

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS

Instituto de Filosofia e Ciências Humanas

Liberdades em Disputa

A Reconstrução da Autonomia Privada na Teoria Crítica
de Jürgen Habermas

Felipe Gonçalves Silva

Tese apresentada ao Departamento de Filosofia do
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da
Universidade Estadual de Campinas para obtenção do
título de doutor, sob a orientação do Professor Dr.
Marcos Nobre

Campinas, 09 de abril de 2010

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA
BIBLIOTECA DO IFCH - UNICAMP
Bibliotecária: Cecília Maria Jorge Nicolau CRB nº 3387**

Si38L **Silva, Felipe Gonçalves**
Liberdades em Disputa: a reconstrução da autonomia da
autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas / Felipe
Gonçalves Silva. -- Campinas, SP : [s. n.], 2010.

Orientador: Marcos Nobre.
Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas,
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.

1. Habermas, Jürgen, 1929-. 2. Liberdade. 3. Igualdade.
4. Democracia. 5. Autonomia. 6. Privacidade. 7. Teoria crítica. I.
Nobre, Marcos. II. Universidade Estadual de Campinas.
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. III. Título.

**Título em inglês: Liberties in Dispute: the reconstruction of private
autonomy in Jürgen Habermas critical theory**

Palavras chaves em inglês (keywords) :

Liberty
Equality
Democracy
Autonomy
Privacy
Critical theory

Área de Concentração: Teoria Crítica da Sociedade

Titulação: Doutor em Filosofia

Banca
examinadora: Marcos Nobre, Ricardo Terra, Yara Frateschi, Oscar
Vilhena, José Rodrigo Rodriguez

Data da defesa: 09-04-2010

Programa de Pós-Graduação: Filosofia



UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS

A Comissão Julgadora dos trabalhos de Defesa de Tese de Doutorado, em sessão pública realizada em 09 de abril de 2010, considerou o candidato FELIPE GONÇALVES SILVA aprovado.

Prof. Dr. Marcos Severino Nobre

Prof. Dra. Yara Adário Frateschi

Prof. Dr. Ricardo Ribeiro Terra

Prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez

Prof. Dr. Oscar Vilhena Vieira

Five handwritten signatures are written on horizontal lines. From top to bottom, they correspond to the names listed on the left: Marcos Severino Nobre, Yara Adário Frateschi, Ricardo Ribeiro Terra, José Rodrigo Rodriguez, and Oscar Vilhena Vieira.

A meus pais e irmãos

AGRADECIMENTOS

A pressa com que escrevo essa nota de agradecimentos certamente me fará cometer injustiças com muitos que contribuíram na confecção deste trabalho. Limito-me aqui a arrolar os nomes que me vêm mais diretamente à cabeça e as instituições que apoiaram a pesquisa. Procurarei corrigir as injustiças privadamente.

Antes de tudo, gostaria de agradecer ao “Núcleo Direito e Democracia” do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP). Os debates e as contribuições do núcleo foram tão significativos para a produção deste trabalho que, se não fossem as profundas discordâncias entre seus membros sobre a leitura de Habermas e sobre a própria tese, sentiria a obrigação de atribuir-lhes a co-autoria integral das afirmações nela contidas. Agradeço em às contribuições dos membros Marcos Nobre, Ricardo Terra, Geraldo Miniuci, Nathalie Bressiani, Rúrion Soares, Luis Repa, Denílson Werle, José Rodrigo Rodriguez, Evorah Cardoso, Bruno Nadai, Mauro Soares, Maurício Keinert, Joaquin Toledo, Monique Hülshof, Fernando Rugitsky, Fernando Costa Matos, Raphael Neves, Marta Machado, Flávia Püschel, Ricardo Crissiuma, Mariana Teixeira, Elaini C. G. da Silva e Clodomiro Bannwart. Agradeço também às integrantes do sub-grupo de pesquisas sobre gênero: Fabíola Fanti, Marina Ganzarolli, Mariana Valente, Luciana Reis, Carolina Cutrupi Ferreira e Ana Carolina Alfinito. Menciono ainda a colaboração das amigas Mariana Thibes e Meire de Paula.

O texto que segue é expressão de um processo de formação intelectual marcado por profundas tensões entre diferentes campos disciplinares. Agradeço aos meus professores de graduação, em especial a Oscar Vilhena Viera, Carlos Ari Sundfeld, José Carlos Estevão, Moacyr Novaes, Irene Cardozo, Maria Lúcia Cacciola e, novamente, Ricardo Ribeiro Terra. Em Ricardo Terra encontro a maior expressão de generosidade intelectual e de condução democrática do trabalho coletivo. Agradeço também aos membros do grupo de filosofia alemã por ele coordenado. Sem repetir nomes, ao Chico, ao Flamarion, à Marisa, à Yara, ao Igor e ao Bruno.

As duas temporadas de estudo e pesquisa na Alemanha marcaram períodos de grande amadurecimento do trabalho. Agradeço imensamente à co-orientação do professor Sérgio

Costa e à preciosa amizade de toda sua família. A recepção do professor Berndt Ladwig em seu grupo de trabalho contribuiu para a atualização de questões envolvendo o tema da pesquisa e para a consolidação das posições defendidas em seu interior. Em relação à temporada de Freiburg, devo mencionar a ajuda imprescindível de Cristiana Menezes e Luke Hammons. Sem seu companheirismo e bom-humor inigualáveis não teria conseguido sobreviver ao frio e à saudade. Em relação à temporada de Berlim, agradeço aos debates cotidianos com Rurion Soares Melo, colega de quarto e grande amigo. Agradeço ainda às contribuições e amizade de Luciano Gatti, Sebastião Nascimento, Omar Ribeiro e Jonathan Marcantonio. A pesquisa no exterior não poderia ter se realizado sem o apoio financeiro recebido do Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD) e da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), pelo que sou profundamente grato.

Agradeço aos meus alunos de filosofia e sociologia jurídica da Faculdade de Direito de São Bernado do Campo, os quais me fazem aprender todos os dias. Bem como aos professores Ana Carolina Chasin, Carlos Eduardo Batalha, Jonathan Marcantonio, Márcia Arnaud Antunes, Carmen Fullin e Tarso Menezes de Melo. Agradeço às amigas e aos amigos não acadêmicos, sem os quais a atividade acadêmica seria insustentável. Em particular, expresso meu grande carinho por Érico Sanvicente, Marcelo Spiller, Tânia Klinger, Alexandre dal Farra, Guilherme Brun, Renato Campos, Horácio Vilhen, Juliana Ramalho, Alessandra Tridente, “Capitu”, “Naná”, “Fran”, “Kika”, “Baiacú”, “Yolão” e “China”. Sob a mesma rubrica, agradeço ainda a meus primos Wand, Márcia, Tato, Renata e Fernanda.

Em cada linha desta tese se revela minha dívida intelectual com Marcos Nobre. Se o leitor tem agora um trabalho concluído em mãos, isso se deve em grande medida a seus comentários rigorosos e sua paciência quase infinita com as idiossincrasias de um pesquisador teimoso e intelectualmente disperso. Sua orientação, entretanto, vai muito além das obrigações acadêmicas. Seus incentivos constantes e conselhos sinceros revelam qualidades de um grande professor e de um grande amigo. Expresso aqui toda minha admiração e agradeço profundamente pela orientação desta tese.

À FAPESP, agradeço mais uma vez pela bolsa de doutorado direto concedida e pelo financiamento do projeto temático no qual este trabalho se inscreve.

Aos funcionários da secretaria de pós-graduação do departamento de Filosofia da UNICAMP, especialmente ao Rogério e à Sônia, agradeço pela presteza e atenção em todas as ocasiões em que a eles recorri. À Mariê, que mesmo à distância, continua me ajudando e alegrando.

A meus pais, Cesar e Maria Emília, e irmãos, Juju e Cesinha, agradeço pelo amor e pelo apoio de toda a vida.

À Fabiola, muito mais do que pela difícil tarefa de organizar minhas notas e bibliografia, agradeço pela imensa felicidade de nosso tempo juntos.

“A possibilidade da intimidade vincula-se à promessa da democracia. (...) Existe uma simetria entre a democratização da vida pessoal e as possibilidades democráticas na ordem política.” (Anthony Giddens, *A Transformação da Intimidade*)

Resumo:

O objetivo do trabalho foi estudar a reconstrução do conceito de autonomia privada na obra *Direito e Democracia*, de Jürgen Habermas. Tal estudo foi cumprido em atenção ao projeto mais amplo do autor de rearticular a Teoria Crítica da sociedade segundo os termos intersubjetivos de sua teoria do discurso, o que nos levou a investigar os diferentes momentos do programa reconstutivo desenvolvido na obra e a maneira particular com que o conceito se insere em cada um deles. Assumimos, por hipótese, que a estrutura do empreendimento crítico que compõe *Direito e Democracia* é composta por três momentos principais – a “reconstrução interna”, a “reconstrução externa” e o cruzamento dessas duas perspectivas possibilitado pela noção de “paradigma jurídico”. Na reconstrução interna, a autonomia privada é caracterizada como a exigência normativa de iguais liberdades subjetivas de ação e reclamação a todos os membros de uma comunidade jurídica, assegurando-lhes a liberdade de arbítrio e a liberdade ética em contornos definidos democraticamente. Na reconstrução externa, os direitos que compõem a autonomia privada são considerados constitutivos de um domínio da vida social caracterizado por formas comunicativas de acesso reservado. Nesse âmbito da investigação, a “esfera privada” passa a ser considerada inscrita nos processos sociais de formação da vontade política em seus pontos mais distantes dos núcleos sistêmicos de tomada de decisão, atribuindo a ela uma posição germinal na identificação dos novos problemas sociais que compõem as esferas públicas informais. Por fim, no âmbito de discussão que envolve a disputa entre os paradigmas jurídicos, a saída dos impasses deixados pelos modelos liberal e do Estado social exigirá a procedimentalização da escolha sobre o sentido da igualdade de tratamento jurídico. Sob a ótica de um novo paradigma procedimental, a compreensão inicial da autonomia privada é retomada pelo autor e passa a incorporar demandas por igualdade material no postulado de “iguais liberdades subjetivas de ação”. Ao final do percurso, a hipótese estrutural que possibilitou o desenvolvimento da tese mostra-se performativamente confirmada. Ela permite compreender as modificações por que passa o conceito de autonomia privada como um movimento progressivo de reconstrução composto por três momentos principais, bem como indicar transformações correlatas de outros conceitos-chave a ele vinculados, tais como “autonomia pública”, “cooriginaridade” e a própria “tensão entre facticidade e validade”.

Abstract:

This work aims to study the concept of private autonomy in Jürgen Habermas' *Between Facts and Norms*. The study was made in regard to the author's larger project of rearticulating critical theory under the intersubjective turn of his discourse theory, which led us to investigate the different steps of the reconstructive program developed in this work and the particular way the concept is discussed in each of them. We assume, hypothetically, the structure of the book as composed of three main stages - the "internal reconstruction", the "external reconstruction" and the intersection of these former perspectives made possible by the notion of "legal paradigm". In domain of the internal reconstruction, private autonomy is characterized as the normative requirement of equal individual liberties to all members of the legal community, providing them the freedom of choice and ethical freedom in boundaries defined democratically. In the external reconstruction the private autonomy's rights are considered to constitute a domain of social life characterized by communication forms of restricted access. The "private sphere" is considered here enrolled in the social processes of political will formation in its most distant points of the systemic decision-making institutions. Finally, in the scope of discussion involving the dispute of legal paradigms, the response to the impasse left by the liberal and the welfare state models will require to proceduralize the choice about the meaning of equal legal treatment. From the viewpoint of a new procedural paradigm, the initial understanding of private autonomy is reevaluated by the author and incorporates demands of material equality in the assumption of "equal individual liberties of action." At the end of the course, the structural hypothesis which allowed the development of the thesis is shown performatively proven. It allows to understand the changes undergone by the concept of private autonomy as a progressive reconstructive movement consisted of three principal steps, and to indicate changes related to other key concepts linked to it such as "public autonomy", "cooriginarity" and the "tension between facts and norms".

Sumário

INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO I – O Conceito de Autonomia Privada	55
I. O conflito entre autonomia privada e pública na autocompreensão do direito	55
II. Autonomia privada e seus momentos internos	82
III. O nexó conceitual entre autonomia pública e privada	100
IV. Crítica e contra-crítica	108
CAPÍTULO II – Esfera Privada e Política Deliberativa	123
I. A compreensão empírica dos processos políticos	125
II. Esfera Privada e os limites da publicidade	137
III. Esfera privada e a formação pública da vontade	173
CAPÍTULO III – Autonomia privada e o sentido da igualdade	199
I. A materialização do direito privado	202
II. Liberdade e igualdade na disputa entre paradigmas	211
Excurso	236
III. Liberdades iguais e o paradigma procedimental	264
CONSIDERAÇÕES FINAIS	275
BIBLIOGRAFIA	301

INTRODUÇÃO

Klaus Günter chama atenção para o fato de que antes da publicação de *Direito e Democracia*, em 1992, uma grande quantidade de críticos – a maior parte deles liberais, ainda que não exclusivamente - apresentavam uma desconfiança, ou mesmo um “medo” comum em relação à obra do filósofo alemão Jürgen Habermas: sua defesa radical do “paradigma da intersubjetividade” poderia fazer com que Habermas fosse obrigado a abrir mão das proteções jurídico-institucionais ao indivíduo, justificadas teoricamente na modernidade sob a rubrica de uma filosofia da consciência por ele rejeitada em bloco. A centralidade que sua obra havia dado a um conceito de racionalidade discursivamente exercido – e, portanto, de caráter eminentemente “público” – poderia representar graves riscos quando alcançasse o patamar das explanações político-jurídicas, legitimando novas formas de violência contra a privacidade, a intimidade e o indivíduo. As críticas geradas por esse tipo de inquietação tiveram de ser ao menos reformuladas após *Direito e Democracia*, onde Habermas se dedica explicitamente à justificação de um âmbito de liberdades individuais por meio do conceito de “autonomia privada”, novo em sua obra¹.

As particularidades da obra de Habermas apontadas acima, entre outras, foram também tomadas como mote desta pesquisa, sendo elas conduzidas, entretanto, segundo um outro estado de espírito: em lugar do “medo” ou da “desconfiança” com a virada intersubjetivista da teoria crítica habermasiana, tomou espaço aqui o interesse pela perspectiva de uma fundamentação das liberdades individuais que escapasse aos termos do “individualismo possessivo”. Este estudo, pois, dedica-se à reconstrução do conceito habermasiano de autonomia privada realizada em sua obra *Direito e Democracia*. Tal conceito, em uma formulação introdutória, refere-se à pretensão normativa que explicita e fundamenta abstratamente as liberdades individuais de ação estruturadas por direitos subjetivos privados em códigos jurídicos concretos. Ele surge nesta obra – de maneira quase que abrupta – como uma das bases normativas mais caras às principais vertentes jurídicas e filosóficas dedicadas à compreensão do direito moderno; vale dizer, como

¹ GÜNTER, K. “Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis”, in ROSENFELD, M.; ARATO, A. (ed.). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkley: University of California Press, 1998, p. 234.

uma das últimas “idéias em cuja luz o direito moderno ainda pode ser justificado”.² A partir da apreensão da autonomia privada como uma idéia presente nas principais elaborações modernas da teoria do direito e da filosofia política, o significado atribuído por Habermas a esse conceito passa a ser elaborado progressivamente ao longo de *Direito e Democracia* e, se estivermos corretos, receberá suas delimitações finais apenas no último capítulo da obra. Habermas pretende se apropriar de um conceito tradicional – surgido no âmbito da dogmática do direito civil – e transformá-lo na medida em que apresenta suas limitações de diferentes ordens. O que nos orienta na apresentação desse trabalho de construção ou transformação do conceito realizado por Habermas é que tal trabalho não pode ser bem compreendido se desvinculado de seu projeto mais amplo de rearticular a Teoria Crítica da sociedade segundo os termos intersubjetivos de sua teoria do discurso. A nosso ver, portanto, Habermas pretende mostrar o papel fundamental que o conceito de autonomia privada cumpre no interior de uma teoria crítica voltada ao alcance de “condições necessárias para formas de vida emancipadas”, as quais são identificadas em *Direito e Democracia* com a realização do projeto democrático de auto-organização de uma comunidade de homens e mulheres livres e iguais.

Nesta introdução, gostaríamos de explicitar rapidamente alguns contornos teóricos que tradicionalmente delineiam a compreensão das liberdades individuais com o intuito de adiantar as principais limitações atribuídas pelo autor a seu respeito (I); apresentar a estrutura geral de *Direito e Democracia* como uma tentativa de aplicar as orientações metodológicas da Teoria Crítica da Sociedade ao estudo dos Estados democráticos de direito (II) e, por fim, justificar nossa estratégia de exposição do conceito de autonomia privada como aquela que faz jus à tentativa de Habermas superar as mencionadas limitações por meio de uma abordagem crítica (III).

² HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Surkamp, 1992, p. 129 (doravante abreviado como FG); Idem, *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 133 (doravante abreviado como DDem).

I

Benjamin Constant, escrevendo trinta anos após o início da Revolução Francesa, defendia que a maior parte dos excessos cometidos por seus contemporâneos revolucionários seria derivada de uma má compreensão acerca da “liberdade dos modernos” – e com esse termo pretendia condensar mais de um século de desenvolvimentos do pensamento burguês em defesa dos espaços para a livre condução dos interesses individuais. Por “modernidade” era entendido ali o advento de transformações no formato das unidades políticas e nas práticas sociais de “satisfação das necessidades e desejos” que culminariam juntas num inédito “amor pela independência individual”: de um lado, o aumento da extensão e da população dos *Estados nacionais* teria tornado impossível a participação direta e constante de todos os cidadãos na direção de seu governo e feito com que a influência pessoal de cada um na vontade coletiva fosse tomada como elemento irrisório ou imperceptível; de outro lado, o estabelecimento progressivo do *comércio* como prática generalizada teria multiplicado ao infinito as formas de felicidade particular e feito com que sua realização dependesse exclusivamente dos esforços de cada um. Na argumentação de Constant, a revolução teria em seu primeiro momento produzido resultados felizes ao destruir uma autoridade política ilimitada e abusiva; entretanto, sua continuidade teria corrido o risco de consolidar uma nova forma de soberania igualmente ilimitada e abusiva, forçando cidadãos modernos a um modelo de liberdade ultrapassado, centrado no engajamento político irrestrito e na submissão de todos os temas ao escrutínio público. E contra um tal anacronismo ameaçador, o autor repete insistentemente o mesmo mote: “Devemos desconfiar, Senhores, dessa admiração por certas reminiscências antigas. Se vivemos nos tempos modernos, quero a liberdade que convém aos tempos modernos”.³ Tratava-se, portanto, de assumir a liberdade dos modernos, a qual seria bem compreendida como limitações feitas à autoridade política por meio de garantias institucionais que possibilitassem o “gozo da independência privada e a busca dos interesses particulares”⁴, permitindo a cada

³ CONSTANT, B. “Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos” in *Filosofia Política*. Porto Alegre, n.2, 1985, p. 21.

⁴ *Ibidem*, p. 23.

indivíduo singularmente “preencher seus dias e suas horas de maneira mais condizente com suas inclinações, com suas fantasias”.⁵

Como salientado, a liberdade dos modernos é defendida por Constant como garantias individuais contra *qualquer* tipo de autoridade política. Entretanto, ao confessar sua “desconfiança” acerca da “admiração por certas reminiscências antigas”, ele guarda em mente uma experiência específica de poder: a soberania popular ilimitada professada pelos líderes da República Jacobina, a qual pretendeu encarnar aquilo que considerava o modelo antigo de democracia direta e irrestrita. Contra tais reminiscências antigas, Constant defendia, em primeiro lugar, que declarar a soberania popular indelegável significa dizer que ela não pode ser exercida. Em segundo lugar, que uma pretensa vontade popular descamba em tirania quando não limitada em sua área de jurisdição. Para Constant, a ficção de uma vontade popular encarnada na autoridade política só pode ser concretizada à custa do massacre da heterogeneidade das vontades individuais. Dessas considerações, extrai um primado normativo das liberdades individuais modernas em relação a qualquer pretensão política de auto-governo, o qual se expressaria numa democracia constitucional limitada, na qual alguns poucos representantes imbuídos de poder político administrariam os reduzidos assuntos públicos, deixando que a imensa maioria de cidadãos desinteressados pela vida política conduzissem suas próprias vidas e seus negócios privadamente.

Para Constant, assim, o cerne das liberdades individuais modernas defendidas pelo pensamento político burguês estaria contido em sua função negativa de evitar interferências em áreas da vida humana consideradas de caráter privado. Aceitando essa proposição, Isaiah Berlin substitui a indicação cronológica contida na expressão cunhada por Constant por um termo que ganharia uso corrente na delimitação do novo conceito de liberdade: a “liberdade dos modernos” passaria assim a ser bem entendida como “liberdade negativa”.⁶ Entretanto, essa concepção negativa de liberdade, entendida como

⁵ Ibidem, p. 10.

⁶ “Supõe libertários como Locke e Mill na Inglaterra, e Constant e Tocqueville na França, que exista certa área mínima de liberdade pessoal que não deve ser violada de modo algum, pois, do contrário, o indivíduo se verá numa área demasiado estreita até para aquele desenvolvimento mínimo de suas faculdades naturais que é o único a possibilitar a busca, e até a concepção, dos vários fins que os homens consideram bons, corretos ou sagrados. (...) Esse sentido de liberdade, que eu irei chamar de sentido negativo, está implicado na resposta à pergunta: Qual a área em que o sujeito – uma pessoa ou um grupo de pessoas – é ou deve ter a permissão de fazer ou ser o que é capaz de fazer ou ser sem a interferência de outras pessoas?” BERLIN,

“não-intervenção”, faria necessário o estabelecimento de uma fronteira legal entre o público e o privado; de um determinado leque de direitos individuais que figurassem como uma “capa protetora” do sujeito de direito contra o controle público. Grande parte dos esforços do pensamento liberal moderno foram desempenhados com a intenção de encontrar em que ponto essa fronteira deveria ser adequadamente fixada. A teoria, pois, deveria decidir os elementos da vida dos cidadãos considerados de “caráter privado”, caracterizados estes como aspectos “naturais”, “imutáveis”, da vida humana ou como temas de simples escolha pessoal não passíveis de consenso público.

Embora diferentes autores da tradição liberal tenham prescrito variadas classificações de liberdades necessárias à tutela do indivíduo contra a autoridade estatal, seus conteúdos mais recorrentes revelavam um comprometimento direto com a proteção da propriedade privada, da pequena-família burguesa e da livre formação da consciência individual⁷. Em diferentes fundamentações, os direitos derivados desses três pilares normativos do liberalismo moderno (como o direito de apropriação individual, de livre acumulação e circulação da propriedade, de herança, de tutela dos filhos e livre administração familiar, de livre formação do gosto e da consciência religiosa, etc.) são tratados como direitos pré-políticos, derivados de leis da razão ou da própria natureza humana e que, dessa forma, deveriam ser simplesmente garantidos – e, portanto, não alterados – por autoridade política qualquer. Apesar de toda a pretendida abstração das “condições de vida em sociedade” presente nas fundamentações contratualistas de tais direitos, seus “conteúdos” revelam uma íntima relação com uma forma de vida concreta – a sociedade burguesa de livre mercado. E um tal vínculo entre as liberdades individuais e essa forma de vida concreta foi tomado como *necessário* por vertentes interpretativas que enxergaram no impulso moderno em defesa da individualidade autônoma a *ideologia* da sociedade de livre mercado, a qual deveria ser rejeitada seja porque confere uma base moral positiva à dominação capitalista, seja porque, enquanto ideologia mesma, teria perdido sua função explicativa no seio do capitalismo administrado.

I. “Dois Conceitos de Liberdade”, in Idem. *Estudos sobre a Humanidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, pp. 229-230.

⁷ Cf. BENHABIB, S. *Situating the Self – Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*. New York: Routledge, 1992, p. 105 e ss.

Essas rápidas considerações acerca da “liberdade dos modernos” servem-nos aqui para antecipar um primeiro leque de problemas encontrados por Habermas nos desenvolvimentos teóricos modernos em defesa das liberdades individuais, o qual nos permitirá apresentar o percurso geral deste trabalho. Num primeiro momento de análise, suas críticas irão apontar déficits de caráter tanto *explicativo* quanto *normativo* atribuídos às delimitações conceituais que pretendiam esclarecer e justificar as liberdades individuais. Em relação ao primeiro tipo desses déficits, Habermas pretende denunciar que uma compreensão das liberdades individuais estritamente como um âmbito de liberdade negativa, vale dizer, como limitações erguidas contra a autoridade política, é incapaz de explicar a *gênese* política dessas mesmas liberdades e a função *positiva* cumprida por elas na racionalização do próprio poder Estatal. Uma tal compreensão negligenciaria que a positivação das codificações modernas de direitos individuais é fruto de lutas políticas nas quais sujeitos privados engajados buscam publicamente garantias jurídico-institucionais a seus espaços individuais de ação, e que, ao mesmo tempo, a positivação de tais garantias – as quais incluem, por exemplo, liberdades de pensamento e expressão – ampliam as possibilidades de reflexão e crítica acerca do próprio poder político. Para Habermas, a negligência quanto a um tal vínculo entre as liberdades individuais e a racionalização do poder político, vale dizer, entre direito e democracia, faz com que o pensamento moderno em defesa das liberdades individuais seja obrigado a usar o artifício metafísico de buscar a origem de tais liberdades num “estado de pureza transcendental”. Ainda no registro do que chamamos aqui de déficits explicativos, Habermas irá apontar que o pensamento moderno em defesa das liberdades individuais estaria preso a uma antropologia individualista, não comprovada empiricamente, segundo a qual sujeitos individuais seriam incapazes de unir suas vontades auto-centradas, elaboradas atomisticamente e nos estritos termos de “planos estratégicos de ação”, ao conhecimento daquilo que interessa aos demais membros de sua comunidade. Essa antropologia individualista seria pressuposto de uma compreensão dos direitos subjetivos como bens possuídos individualmente e distribuídos em limites rigorosamente definidos e intocáveis. Uma tal compreensão não conseguiria explicar a estrutura intersubjetiva dos direitos, os quais, para serem criados e exercidos, exigem a cooperação de sujeitos que se reconhecem reciprocamente como destinatários de faculdades e deveres. Para Habermas,

o caráter intersubjetivo dos direitos nos obrigaria a compreender prioritariamente as liberdades individuais não como limites erguidos *contra* uma autoridade política ou pessoa qualquer, mas, como liberdades pactuadas *entre* sujeitos que precisam continuamente se entender acerca dos espaços e limites para suas ações.

A tais déficits explicativos atribuídos aos desenvolvimentos modernos das liberdades individuais corresponderiam certos prejuízos encontrados em sua construção normativa. Segundo Habermas, a defesa de liberdades individuais como limites erguidos contra o poder político seria sustentada por uma construção teórica que separa direitos individuais e democracia como dois princípios normativos concorrentes e que elege a superioridade do primeiro sobre o segundo. A mencionada “desconfiança” de Constant contra uma soberania popular ilimitada exemplifica aquilo que para Habermas caracteriza mais fortemente o pensamento liberal moderno: o primado normativo das liberdades individuais em relação a qualquer pretensão política de auto-governo. A tradição liberal estaria marcada por uma desconfiança direcionada não apenas ao arbítrio de uma autoridade política estanque; ela seria também direcionada, em seu limite, à própria práxis de autodeterminação política dos cidadãos, os quais, no calor dos processos de formação da vontade democrática, poderiam renunciar aos espaços individuais de ação que a eles mesmos beneficiam. Essa última forma de desconfiança motivaria a petrificação de certas garantias individuais na forma de direitos humanos inalienáveis, as quais gozariam de um status normativo superior à autodeterminação democrática e que, portanto, estariam fora da disposição política das gerações futuras. Segundo os termos desse primado normativo, as liberdades individuais são defendidas como barreiras erguidas contra a vontade democrática, de maneira com que a ampliação dos espaços individuais de ação na forma de direitos subjetivos privados representa, ao mesmo tempo, uma redução da liberdade política de autogoverno. Ao longo de sua obra, Habermas irá apontar em tal construção normativa prejuízos de dupla ordem: ela limita não apenas a autonomia pública dos cidadãos, na medida em que legitima uma redução da pauta público-política em nome do indivíduo, como a própria autonomia privada, porque impede que os conteúdos das liberdades individuais sejam alterados pelos próprios concernidos como parte de uma práxis política histórica que busca os espaços individuais de ação mais condizentes àquilo que consideram sua autonomia individual.

A primazia das liberdades individuais viria ainda acompanhada de um outro tipo de prejuízo normativo: a delimitação teórica do *conteúdo* das liberdades que estabelecem as fronteiras entre o público e o privado. Ao afastar do escrutínio público a gênese dos direitos que protegem as liberdades individuais de ação, a teoria se vê obrigada a determinar, ela mesma, o conteúdo de tais direitos – e a justificação para a existência de uma área da vida social impassível de intervenções públicas seria acoplada a um rol de direitos fundamentados teoricamente, os quais deveriam ser meramente implementados, de cima para baixo, em comunidades jurídicas concretas. Esse novo passo da construção normativa revelaria, segundo o autor, contornos fortemente paternalistas, já que nele o teórico julga conhecer melhor que os próprios concernidos os espaços de ação necessários à condução autônoma de suas vidas, decidindo em seu lugar os direitos que devem atribuir a si mesmos. Além disso, ao decidir sobre o conteúdo das liberdades individuais, a teoria elege os aspectos da vida social a serem considerados de antemão como “privados”, engessando determinados padrões de comportamento que passam a ser tidos como alheios ao domínio público. Com isso, o impulso pela individualidade autônoma é transformado num princípio de conservação acrítica de certas relações interpessoais existentes; vale dizer, num selo de imutabilidade que impede que as injustiças contidas nos âmbitos da vida social eleitos como “privados” sejam discutidas e modificadas publicamente. Grande parte dos elementos que sugerem um vínculo necessário entre os desenvolvimentos teóricos modernos em defesa das liberdades individuais e uma sociedade burguesa de livre mercado são passados para a teoria neste momento da construção normativa. Com efeito, no momento em que o filósofo legisla acerca das liberdades individuais mais adequadas à regulação do comportamento de sujeitos concretos, sob uma fundamentação que encontra em tais direitos a melhor realização dos atributos físicos ou psicológicos que constituem a natureza humana, ele naturaliza certos elementos de uma forma de vida concreta (como por exemplo, os modelos de socialização da “sociedade de mercado”, da “pequena família burguesa” e da “política burocrática”), transformando-os em padrões imutáveis de comportamento que não podem ser pervertidos sem a perversão de toda a ordem jurídica.⁸

⁸ “Logo tornou-se claro que a dinâmica de uma sociedade integrada através de mercados não podia mais ser capturada nos conceitos normativos do direito, nem *petrificada (stillstellen)* no quadro de um sistema

Para Habermas, assim como os demais déficits apontados anteriormente, esse novo passo teórico não é necessário. Segundo o autor, a teoria do discurso permite reconstruir o impulso normativo moderno em defesa da individualidade autônoma sem se prender a uma estrutura teórica que subordina as pretensões políticas de auto-governo democrático e que fixa de antemão o conteúdo das liberdades individuais. A reconstrução intersubjetiva do princípio que explicita e fundamenta o teor normativo das liberdades individuais as coloca em paridade normativa com relação à pretensão política de auto-governo democrático. E nos termos de uma tal relação de não-subordinação, as liberdades individuais serão defendidas, a um só tempo, como um produto e condição de produção de procedimentos deliberativos de formação da vontade democrática, o que faz com que os “conteúdos” dessas mesmas liberdades, que estabelecem os limites da privacidade, devam ser atribuídos exclusivamente por seus próprios destinatários em processos públicos de formação da vontade popular.

Uma boa parte dos prejuízos teóricos mencionados tiveram a chance de ser superados por uma vertente especializada do pensamento jurídico. O conceito de “autonomia privada” nasce da dogmática do direito privado como a liberdade para a autodeterminação da vontade individual garantida por meio dos institutos jurídicos do contrato civil. A autonomia individual dos sujeitos de direito seria preservada quando estes estivessem autorizados a estabelecer, modificar e extinguir relações jurídicas entre si mediante o acordo direto das vontades individuais. Nesse sentido, autores como Savigny, Windscheid, e Ihering teriam procurado traduzir em linguagem propriamente jurídica as elaborações filosóficas em defesa da “liberdade dos modernos”; entretanto, a especificidade de seu objeto – as relações jurídicas geradas por meio do contrato – forçaria um extravasamento dos termos nos quais ela era compreendida. Segundo

jurídico elaborado aprioristicamente. Toda tentativa de deduzir teórica e definitivamente os fundamentos do direito privado e público a partir de princípios superiores teve de naufragar diante da complexidade da sociedade e da história. As teorias contratualistas – e de maneira alguma apenas as de cunho idealista – eram demasiadamente abstratas. Elas não tinham conseguido comprovar os pressupostos sociais de seu individualismo possessivo. Elas não haviam confessado que a justiça prometida com os institutos fundamentais do direito privado (propriedade e contrato) e com os direitos público-subjetivos de defesa contra o Estado burocrático implicava a assunção de uma fictícia economia de pequena escala. Ao mesmo tempo, as teorias contratualistas – e de maneira alguma apenas as de caráter apriorístico – eram demasiadamente concretistas. Elas não consideraram suficientemente a modificação das relações de vida e subestimaram a pressão de adaptação provenientes do crescimento capitalista e da modernização social.” FG, p. 592 (DDem, v. II, p. 241).

Habermas, as relações jurídicas pactuadas por meio do contrato “acentuariam o nexo entre as liberdades subjetivas de ação e o reconhecimento intersubjetivo entre parceiros do direito”.⁹ Com efeito, a própria natureza do contrato, a qual seria encontrada num *acordo* estabelecido espontaneamente entre dois ou mais sujeitos de direito, apontaria para o caráter intersubjetivo das liberdades subjetivas de ação: na criação de relações jurídicas originais, cada uma das partes contratantes é obrigada a unir sua vontade ao conhecimento das demais e a buscar um entendimento acerca dos termos a serem aceitos coletivamente. Além disso, a exigência normativa do reconhecimento entre sujeitos de direito – que já se faz presente em relação às partes contratantes – é ampliada em direção à comunidade jurídica em seu todo. Os contornos das liberdades para gerar, extinguir ou modificar relações jurídicas mediante o acordo direto de sujeitos de direito são delimitados por meio de “autorizações legais”, as quais contêm disposições sobre as partes capazes de contratar, sobre os objetos ou prestações passíveis de contrato e sobre os procedimentos capazes de garantir que os acordos sejam alcançados livremente (isto é, sem coerções entre as partes). Esses dois âmbitos do reconhecimento exigido entre os membros de uma comunidade jurídica poderia já indicar o vínculo necessário entre autonomia privada e democracia: como a delimitação do que pode ser decidido no âmbito da autonomia privada já se encontra estabelecido por lei, as decisões tomadas ali não poderiam ser consideradas rigorosamente autônomas caso não estivesse aberta a possibilidade dos sujeitos de direito privado tomarem parte na gênese pública do direito estatutário, segundo os termos de uma auto-legislação.

A dogmática clássica do direito civil alemão teria oscilado na decisão de assumir a especificidade de seu objeto e, com isso, lançar as bases para o desenvolvimento de uma teoria intersubjetiva do direito privado, ou adotar os mesmos termos monológicos e idealistas de uma teoria geral do direito cunhada pela filosofia política – tendo se deixado seduzir, segundo Habermas, pela segunda dessas alternativas. Um bom exemplo dessa oscilação é encontrado na obra de Savigny: nos primeiros parágrafos de seu *System des heutigen Römischen Rechts*, Savigny parece antever a explicitação do caráter intersubjetivo dos direitos subjetivos privados e seu nexo normativo com a formação democrática da vontade coletiva. Com efeito, ele busca a natureza dos direitos subjetivos

⁹ FG, p. 112 (DDem, v. I, p. 116).

privados no “livre acordo das vontades individuais”, encontrando neles “uma região onde domina a vontade da pessoa singular – e domina com o nosso consentimento”¹⁰. No desenvolvimento de sua obra, entretanto, Savigny se deixa absorver pelo idealismo da filosofia do direito alemã do século XVIII, passando a considerar os direitos de fechar contratos, de adquirir, herdar e alienar a propriedade como direitos que recebem sua legitimidade “a partir de argumentos da razão”, portanto, sem depender de qualquer autoridade politicamente constituída: “‘o direito no sentido subjetivo’ é legítimo por si mesmo, porque ele, partindo da invulnerabilidade da pessoa, da aplicação livre da vontade individual, garante ‘uma região de dominação independente’”.¹¹ A partir daí, quando o jurista fala em “nosso consentimento”, ele encarna a totalidade da comunidade jurídica e passa a legislar racionalmente em nome de todos os seus membros. Com isso, reafirma-se a mesma relação de oposição entre direitos subjetivos e democracia: a autonomia privada passa a ser compreendida como a liberdade negativa de fechar contratos assegurada normativamente por direitos pré-políticos erguidos contra a autoridade estatal.

Para Habermas, as delimitações normativo-conceituais das liberdades individuais de ação, defendidas enfaticamente na modernidade tanto pelo pensamento jurídico quanto filosófico, estariam presas a certos déficits oriundos de um paradigma da consciência incapaz de compreender o caráter intersubjetivo do direito e de uma herança idealista que subordina direitos e práticas políticas concretas a um leque de direitos originários fundamentados racionalmente. Habermas, entretanto, une a tais considerações um outro tipo de críticas, direcionadas estas à própria *perspectiva teórica* segundo a qual tais delimitações conceituais são produzidas. As vertentes do pensamento moderno que mais enfaticamente desenvolveram as elaborações conceituais das liberdades individuais de ação, vale dizer, o liberalismo político e a doutrina jurídica dos direitos subjetivos, fariam parte de uma mesma perspectiva teórica que trabalha estritamente sob uma ótica interna ao sistema jurídico e que considera o direito como a categoria chave para a regulação das relações sociais. A sociedade “correta” ou “justa” seria aquela organizada segundo um programa jurídico racional, cabendo ao teórico a tarefa de elaborar um

¹⁰ SAVIGNY, F. C. *System des heutigen Römischen Rechts*, v. I, Berlin, 1840, parág. 4, *apud* FG, p. 112.

¹¹ SAVIGNY, *op. cit.*, parág. 53 *apud* FG, p. 112.

sistema de direitos formais e não contraditórios capaz de permitir seus destinatários tomarem as rédeas dos processos sociais nos quais se encontram envolvidos por meio da livre disposição de suas vontades. Essa “perspectiva normativista” passava ao largo de uma compreensão empiricamente informada acerca da realidade social, pressupondo explícita ou tacitamente a imagem holística de uma sociedade concebida em seu todo como uma associação intencional, composta de membros que se relacionam livremente entre si segundo uma ordem de trabalho e trocas comerciais organizada conscientemente.

A cegueira social de uma tal perspectiva teórica normativista e as idealizações que a sustentavam são combatidas por um movimento vitorioso de “desencantamento do direito”, o qual, segundo Habermas, guarda suas raízes na filosofia moral escocesa, na economia política clássica e na crítica marxista à economia política. As diferentes vertentes desse processo de desencantamento, orientadas por variados níveis da observação empírica, compartilhariam as teses de que existem âmbitos da sociedade que escapam a um regramento consciente por meio do direito formal e a de que as “leis anônimas” aí encontradas regem tão significativamente a vida social, a ponto de impedir que seu funcionamento e reprodução sejam adequadamente apreendidos por meio das categorias normativas do direito racional. Em sua vertente crítica, o desencantamento do direito revelava que o esqueleto que mantém coeso o organismo social não é o conjunto das relações jurídicas, mas sim o das relações materiais de produção, alojando o direito na superestrutura de um sistema econômico que rege a vida dos indivíduos por trás de suas consciências e vontades. Sem fazer uso da desmentida normatividade do direito racional, a crítica era ali possibilitada pela afirmação dos potenciais existentes para o vir-a-ser de uma associação intencional futura de produtores libertos do fetiche do capital, os quais submeteriam as condições de reprodução material ao controle comunitário. Movidas pelas críticas que apontavam aí novas idealizações contidas em pressupostos histórico-teleológicos e em concepções holísticas da “totalidade social”, as vertentes pós-marxistas do processo de desencantamento do direito despem seu pretendido realismo de qualquer intenção crítica, passando a ser usado somente para a observação melancólica de sociedades profundamente fragmentadas entre sistemas de ação auto-centrados. Em sua vertente tardia mais significativa, a “teoria dos sistemas”, o direito deixa de ser considerado um epifenômeno do sistema econômico sem que, entretanto, sejam-lhe

restituídas suas antigas pretensões de legitimidade normativa e de regulação direta na sociedade como um todo: de um lado, a “validade” da norma jurídica é reduzida a sua inscrição num código positivo altamente especializado, sem guardar qualquer relação com a “aceitação racionalmente motivada” de seus leigos destinatários ou com a implementação de pretensões normativas vindas de fora; de outro lado, o sistema jurídico é considerado incapaz de exercer intervenções diretas nos outros sistemas funcionais – como, por exemplo, os sistemas econômico e político – podendo, no máximo, produzir neles reações indiretas e não intencionais nos casos em que estes se rearticulam em função de uma melhor estabilização com o sistema jurídico. De mais a mais, o direito passa a ser considerado um sistema autista, incapaz de receber demandas sociais por autonomia pessoal, auto-governo ou justiça material, ou ainda convertê-las em imperativos eficazes frente a outros sistemas de ação, igualmente autistas.

O movimento de desencantamento do direito é considerado vitorioso não apenas devido à grande adesão de suas vertentes tardias por um número sempre maior de disciplinas teóricas que pretendem explicar o fenômeno jurídico por um ponto de vista objetivador. O longo processo de desencantamento do direito gerou um “desafio” às perspectivas teóricas normativas ao revelar o imenso abismo existente entre norma e realidade – desafio este que deve ser por elas levado em conta caso não queiram ser completamente desacreditadas como um idealismo isento de qualquer contato com a facticidade social. Assim, a vitória do movimento de desencantamento do direito se revela mesmo no interior das perspectivas teóricas que pretendem explicitar e justificar as categorias jurídicas por um ponto de vista normativo: sua ingenuidade, uma vez perdida, não pode mais ser recuperada. As tentativas contemporâneas de reabilitação da normatividade do direito não podem mais ser levadas a cabo sem a consideração do funcionamento efetivo das sociedades complexas existentes. Vale dizer, não podem mais desconsiderar os sistemas funcionais de ação que trabalham por trás das costas de sujeitos voltados ao entendimento mútuo. E ao assumirem o desafio de superar o abismo entre norma e realidade, importa-lhes a tarefa de estabelecer afinidades e trocas de informações com disciplinas em princípio alheias a seu campo de pesquisa, unindo a especulação normativa ao conhecimento empiricamente informado acerca da facticidade social.

No que se refere mais propriamente ao objeto deste trabalho, a reconstrução do conceito de autonomia privada não pode se ater simplesmente a um âmbito de discussões que pretende resgatar seu lugar normativo no interior de um sistema de direitos fundamentado teoricamente. Ao pretender reelaborar intuições normativas presentes nos desenvolvimentos modernos do pensamento jurídico-filosófico segundo os termos modificados da teoria do discurso, Habermas ainda não consegue escapar das limitações normativistas que lhes são próprias. É verdade que esse primeiro passo reconstutivo já faz uso de elementos norteadores de sua teoria da modernização social – os quais enxergam no advento histórico de sociedades pós-tradicionais a liberação dos potenciais comunicativos necessários às diferentes modalidades de autonomia jurídica – e que a gênese dos conceitos normativos fundamentais, entre eles, o de autonomia privada, é realizada em atenção à facticidade de uma forma jurídica observada na maior parte das modernas codificações de direitos. Tais considerações já indicam um afastamento da reconstrução normativo-conceitual habermasiana em relação a fundamentações teóricas de princípios normativos desprendidas de seus contextos de surgimento, já apontando para aquilo o Habermas irá chamar de “tensão entre facticidade e validade *interna* ao direito moderno”. Entretanto, elas ainda são incapazes de responder àquele abismo entre norma e realidade social apresentado como um desafio às elaborações normativas, uma vez que não avaliam em que medida as pretensões por autonomia inscritas no direito moderno encontram condições de se realizar em meio à complexidade social contemporânea. Vale dizer, sua reconstrução normativo-conceitual é incapaz de antever em que medida as pretensões normativas por autonomia privada são produzidas no próprio tecido social das democracias contemporâneas e implementadas como “ganhos reais de liberdade” em face de sistemas de ação que tendem a operar anonimamente. Para Habermas, as limitações de uma perspectiva teórica que opera segundo uma ótica interna aos códigos jurídicos apenas podem ser superadas em atenção a disciplinas voltadas à *base social* dos processos políticos empiricamente observáveis, as quais permitem um diagnóstico sobre as condições atuais para o cumprimento de um projeto democrático pautado na autonomia dos cidadãos. Trata-se, portanto, de unir os resultados de sua reconstrução da autocompreensão normativa do direito moderno, a qual já revela uma tensão entre facticidade e validade interna aos códigos jurídicos, a um segundo passo

reconstrutivo, focado na tensão entre as pretensões normativas socialmente elaboradas e o funcionamento hermético de sistemas instrumentais de ação. Assim, Habermas irá assumir uma teoria crítica da sociedade que opera em dois passos reconstrutivos, considerados estes como perspectivas teóricas que permitem a apreensão da tensão entre facticidade e validade que se apresenta tanto interna quanto externamente ao direito.

II

Na literatura filosófica contemporânea, encontramos um empenho coletivo de entender o significado da expressão “Teoria Crítica da Sociedade” como um campo intelectual amplo e plural, o qual, apesar de ter sido cunhado conceitualmente por Horkheimer em seu artigo “Teoria Tradicional e Teoria Crítica” e compartilhado por boa parte dos intelectuais vinculados ao Instituto de Pesquisa Social em Frankfurt, não pode ser reduzido a nenhum de seus modelos teóricos específicos. E é digno de nota que um tal empenho tenha sido assumido por autores que reclamam ainda hoje a própria filiação a esse campo intelectual ou que defendem sua continuidade mesmo depois do enfraquecimento de determinadas “teorias” e estruturas conceituais a ele vinculados. Dessa forma, ao invés de uma doutrina bem-acabada, a Teoria Crítica é assumida como uma determinada forma de reflexão intelectual, vale dizer, como uma determinada “metodologia”¹² de análise e crítica da realidade social existente. No cerne desse campo intelectual compartilhado, encontramos a afirmação de uma crítica social imanente, orientada pelas possibilidades concretas de emancipação contra as formas de dominação vigentes. A Teoria Crítica, pois, desde seus textos inaugurais, assumiria a “orientação pela emancipação” como sua diretriz própria, com a qual afirmaria sua particularidade tanto em relação às ciências sociais “positivistas” – as quais, em nome de uma observação neutra e distanciada dos fenômenos sociais, limita-se a “expressar, cada vez melhor (...) o aspecto do mundo miserável que se apresenta aos olhos do cientista” –

¹² HONNETH, A. “Social Dynamics of Disrespect: situating Critical Theory today”, in DEWS, P. (ed.). *Habermas: A Critical Reader*. Oxford: Blackwell, 1999, p. 322.

quanto ao “utopismo” das reflexões normativas de cunho idealista – o qual, desprovido de uma “compreensão profunda do presente”, busca uma avaliação da realidade social em função não de suas “possibilidades reais”, mas de modelos “ideais” ante os quais o teórico pode exprimir apenas uma “crença na sua realização.”¹³ Assim, de um lado, o tipo de reflexão social conduzido pela Teoria Crítica não se limita à descrição das recorrências ou da rotina de funcionamento das estruturas e relações sociais observadas, mas visa à sua avaliação em nome dos potenciais de emancipação nelas inscritas. De outro, como escreve Marcos Nobre, a “perspectiva da emancipação”, que figura aqui como vetor performativo da teoria, não é assumida como um “‘ideal’ meramente imaginado pelo teórico, mas uma *possibilidade real*, inscrita na própria lógica social do capitalismo”, o que obriga a teoria a se pautar em diagnósticos do tempo presente capazes de descortinar tendências do desenvolvimento histórico a serem delineadas como potenciais e bloqueios à emancipação: “Do ponto de vista crítico, portanto, a análise do existente a partir da realização do novo – que se insinua no presente, mas que ainda não é – permite a apresentação do presente histórico sob a perspectiva dos obstáculos à realização de suas potencialidades melhores: apresenta o existente do ponto de vista das oportunidades de emancipação relativamente à dominação vigente.”¹⁴

Entretanto, a orientação pela emancipação contra formas de dominação vigentes, que continua a delinear o campo da Teoria Crítica, teve de passar ela mesma por reflexões e modificações substanciais depois da recusa de pressupostos filosóficos e estruturas conceituais que a possibilitavam em suas elaborações primeiras. Entre as “rejeições” mais enfaticamente explicitadas no interior do próprio campo crítico, encontramos o ataque à retaguarda de uma filosofia da história de cunho teleológico – a qual, partindo da dialética entre forças produtivas e relações de produção, permitiria a explicitação das leis que comandam o processo histórico em face das quais as possibilidades de emancipação em relação à dominação capitalista poderiam ser descritas como tendências objetivas – bem como do conceito de “totalidade” – com o qual a crítica podia ser sustentada em nome de uma visão privilegiada do todo social, derivada seja da

¹³ HORKHEIMER, M. “Teoria Tradicional e Teoria Crítica”, in *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1975, p. 147.

¹⁴ NOBRE, M. “A idéia de Teoria Crítica”, in MÜLLER, M. C.; CENCI, E. M. (orgs.) *Ética, Política e Linguagem. Confluências*. Londrina: Edições CEFIL, 2004, pp. 22-23.

posição da classe trabalhadora no processo de produção, seja da eliminação da parcialidade das ciências especializadas. Sem mirarmos aqui os detalhes que levam a essa auto-crítica, ela toma o caráter de uma “crítica imanente” à própria filosofia da práxis quando aponta que a assunção prolongada de tais pressupostos levam a um afastamento da teoria em relação à história; em especial, quando aponta que um tal modelo de crítica não consegue mais abarcar os processos sociais e as lutas emancipatórias vividas no âmbito do capitalismo tardio.¹⁵ E frente a tais rejeições fundamentais, a orientação pela emancipação tem de lidar com um duplo desamparo: de um lado, com a suspensão das certezas que possibilitavam falar da “dominação de classe”, sente-se a falta dos critérios que permitam a caracterização normativa de práticas e estruturas sociais como “formas de dominação vigentes”, cuja superação dá o sentido e a necessidade de uma teoria crítica da sociedade; de outro, resta abalada a própria caracterização da perspectiva emancipatória como uma “possibilidade real”, tendo ela de se sustentar por recursos outros que aqueles provenientes de uma filosofia da história.

Nos desenvolvimentos contemporâneos da teoria crítica da sociedade, tais problemas têm sido tratados por meio do recurso a uma *reflexão normativa enraizada*. A possibilidade da teoria continuar sustentando seu comprometimento com uma crítica social imanente e não idealista passa a ser alojada em sua capacidade de descortinar os critérios normativos que a possibilitam na própria realidade observada. Com efeito, em “Social Dynamics of Disrespect: situating Critical Theory today”, Axel Honeth apresenta a Teoria Crítica como “uma forma particular de crítica normativa”, cujo ponto de vista crítico é ancorado em “possibilidades intramundanas de emancipação”¹⁶. Nesse mesmo sentido, Iris Young escreve: “Tal como eu a compreendo, a Teoria Crítica é uma forma

¹⁵ Cf. HABERMAS, J. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, cap. 5; HONNETH, A. “Social Dynamics of Disrespect: situating Critical Theory today”, in DEWS, P. (ed.). *Habermas: A Critical Reader*. Oxford: Blackwell, 1999, p. 323; COHEN, J. *Class and Civil Society. The Limits of Marxian Critical Theory*. Amherst: The University of Massachusetts Press, 1982; REPA, L. S., *A Transformação da Filosofia em Jürgen Habermas: os papéis da reconstrução, interpretação e crítica*. Tese de Doutorado, FFLCH-USP, 2004, p. 38.

¹⁶ HONNETH, A. “Social Dynamics of Disrespect: situating Critical Theory today”, in DEWS, P. (ed.). *Habermas: A Critical Reader*. Oxford: Blackwell, 1999, pp. 323-324. Cf. ainda: “Por ‘teoria crítica da sociedade’ eu entendo neste contexto o tipo de pensamento social que compartilha com o programa original da ‘Escola de Frankfurt’ – e, talvez, com toda a tradição do hegelianismo de esquerda – uma forma particular de crítica normativa. Um tal pensamento é capaz de nos informar sobre as fontes pré-teóricas de legitimidade (*vorwissenschaftliche Instanz*), o interesse empírico ou a experiência moral, na qual seu próprio ponto de vista crítico é ancorado extra-teoricamente.”. Op. cit, pp. 321-323.

de reflexão normativa histórica e socialmente contextualizada,(...) a qual projeta possibilidades normativas não realizadas, mas sentidas numa realidade social particular.”¹⁷ Ao recorrerem a uma reflexão normativa enraizada, tais autores pretendem, ao mesmo tempo, garantir a imanência dos critérios que permitem a crítica social e sustentar o caráter prático da orientação pela emancipação; vale dizer, sob as exigências de um efetivo *enraizamento* da crítica, a teoria se compromete não apenas com a elaboração conceitual das expectativas normativas veiculadas socialmente, mas também com a análise das condições de seu cumprimento, sem a qual a atitude teórico-normativa não consegue se comprovar como algo além da explicitação de utopias compartilhadas. No cumprimento desta última exigência, a qual compreende a tarefa de uma constante avaliação sobre as atuais possibilidades e bloqueios à emancipação, a teoria crítica mobiliza conhecimentos de ciências e disciplinas especializadas, não mais com a pretensão de possuir ante elas um ponto de vista cognitivo privilegiado, mas sob a premissa de uma cooperação mesma entre as reconstruções normativas e os saberes aplicados.

Não pretendo aqui analisar a evolução da obra habermasiana em direção a uma “caracterização normativa da teoria crítica”, mas simplesmente apresentá-la como elemento fundamental na explicitação da estrutura geral de *Direito e Democracia*. Em seu prefácio, Habermas escreve:

“O colapso do socialismo de Estado e o final da ‘guerra civil internacional’ colocaram em evidência a falha teórica do partido fracassado: descobriu-se que ele confundira o projeto socialista com o esboço – e a imposição forçada – de uma forma de vida concreta. Todavia, se entendermos ‘socialismo’ como protótipo de condições necessárias para formas de vida emancipadas, sobre as quais os próprios participantes precisam entender-se preliminarmente, não é difícil verificar que a auto-organização democrática de uma comunidade jurídica forma o núcleo normativo desse projeto.”¹⁸

¹⁷ YOUNG, I. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990, pp. 6-7. Cf. ainda BENHABIB, S. *Critique, Norm and Utopia. A study of the foundations of Critical Theory*. New York: Columbia University Press, 1986; Habermas é considerado precursor dessa caracterização normativa da Teoria Crítica, a qual, segundo ele, desde sua “primeira geração”, sempre precisou se valer de critérios normativos não explicitados como possibilidades mesmas para a crítica. Cf., por exemplo, HABERMAS, J. *Para a reconstrução do Materialismo Histórico*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990, pp. 51-52. Não pretendemos aqui analisar esta tese também assumida por Honneth, mas simplesmente apresentar a compreensão da Teoria Crítica como uma “crítica normativa socialmente enraizada” e mostrar, a seguir, sua importância na estrutura geral de *Direito e Democracia*.

¹⁸ FG, p. 12 (DDem, v. I, p. 12).

Com essas palavras, Habermas retoma um posicionamento firmado em “Direito Natural e Revolução” e constantemente reafirmado em sua obra: a reprovação veemente ao abandono do direito e das reivindicações democráticas por parte de Marx e do marxismo. Habermas nos lembra que, para além das passagens ambíguas da *Crítica à Filosofia do Direito de Hegel* e da *Crítica ao Programa de Gotha* que afirmam a liberdade como “a transformação do Estado, de um órgão superposto à sociedade, num órgão totalmente a ela subordinado” – das quais poder-se-ia retirar a compreensão da “sociedade comunista como a única forma possível de realização da democracia”¹⁹ –, Marx não dá mais nenhuma palavra a respeito da institucionalização dessa mesma liberdade. “Sua imaginação institucional não vai além da ditadura do proletariado prevista para o ‘período de transição’”.²⁰ Com base num nexos funcional supostamente necessário entre dominação de classe e sistema jurídico, Marx e a maior parte do marxismo teria se recusado a incorporar explicitamente qualquer pretensão normativa ligada ao Estado democrático de direito, sendo tal recusa considerada por Habermas uma das deficiências de “maiores conseqüências práticas” ao projeto marxista, já que teria contribuído, de forma decisiva, para o “desvio”, ou a “completa inversão”, de suas intenções emancipatórias originais no âmbito do chamado “socialismo real”. Para Habermas, o socialismo teria sido interpretado como “uma figura historicamente privilegiada da moralidade concreta”, na qual os trabalhadores livremente associados, tão logo instaurado o modo de produção correto, teriam sua convivência normalmente harmonizada segundo uma ética própria, estimulada pelo projeto teórico ou mesmo imposta forçadamente por uma vanguarda política. Com a negação da ordem jurídico-democrática, pois, o materialismo histórico teria assumido um caráter tão substantivo, a ponto de parecer sustentar que tanto a resposta às questões práticas (i.e., morais, éticas e pragmáticas) supervenientes à revolução, quanto a própria supressão revolucionária da propriedade privada não tivesse necessariamente de recorrer à livre formação da vontade de sujeitos historicamente enraizados. Habermas escreve, entretanto, que se considerarmos o socialismo, em suas linhas mestras, como a emancipação de condições heterônomas de reprodução material e simbólica da sociedade, segundo a qual indivíduos

¹⁹ HABERMAS, J. “Que significa socialismo hoje? Revolução recuperadora e necessidade de revisão da esquerda” in *Novos Estudos* CEBRAP, n. 30, julho de 1991, p. 51.

²⁰ *Ibidem*, p. 51.

poderiam se enxergar como os autores de seus destinos particulares e comuns, o núcleo normativo de um tal projeto poderia ser encontrado na auto-organização democrática de uma comunidade jurídica.

Esse trecho nos revela, muito antes do que teses a serem defendidas no âmbito de uma exegese marxista rigorosa, dois elementos fundamentais do próprio modelo crítico presente em *Direito e Democracia*: um novo direcionamento à compreensão de *emancipação social*, pautado nas condições necessárias a processos discursivos de entendimento, e um *núcleo normativo* centrado nas pretensões radical-democráticas de auto-organização de uma comunidade jurídica. Com efeito, desde sua *Teoria da Ação Comunicativa*, a emancipação social passa a ser delineada por Habermas em termos de aproveitamento e expansão dos potenciais comunicativos liberados com o advento das sociedades pós-tradicionais modernas, os quais estariam constantemente ameaçados de serem neutralizados pelo avanço dos sistemas econômico e político sobre a base comunicativa do mundo da vida. Dessa maneira, o modelo crítico habermasiano pretende deslocar de sua perspectiva emancipatória a assunção de qualquer modelo substantivo de sociedade justa ou virtuosa, comprometendo-se com a investigação das condições comunicativas necessárias para que os próprios concernidos possam decidir acerca de sua forma de vida concreta mediante processos de entendimento livres de coerções. A Teoria Crítica, pois, não assume aqui o “conteúdo” daquelas soluções históricas a produzir formas de vida emancipadas, as quais pudessem ser realizadas diretamente por meio de uma revolução de caráter definitivo; ela confia tais decisões a uma práxis comunicativa constante de sujeitos histórica e socialmente enraizados, cujos resultados – falíveis e sempre reflexivamente modificáveis – pretendem expressar acordos alcançados entre si por meio de seu livre convencimento.

Desde *Direito e Democracia*, essa compreensão discursiva e “dessubstancializada” da emancipação social encontra seu “núcleo normativo” na pretensão de “auto-organização democrática de uma comunidade jurídica”, a qual expressa a expectativa de uma auto-regulação eficiente por meio de procedimentos deliberativo-decisórios radicalmente inclusivos. De um lado, pois, o procedimento jurídico-democrático exigirá, em sua compreensão ampla, não apenas a distribuição das liberdades políticas e a criação das estruturas institucionais a permitirem que as opiniões, tematizações e

questionamentos de todos os concernidos possam ser apresentadas em igualdade de condições nos processos de formação da vontade coletiva, mas também que as contribuições particulares aí apresentadas possam ser consideradas autonomamente produzidas, exigindo, pois, concomitantemente, a distribuição igualitária de liberdades individuais de ação e de condições materiais e ecológicas adequadas entre todos. De outro lado, por expressar seus resultados segundo a forma coercitiva do direito positivo, a auto-organização democrática de uma comunidade jurídica envolve não apenas processos de formação da opinião e da vontade, mas também decisões de caráter obrigatório. Com isso, os processos jurídico-democráticos alimentam a expectativa de transformar o poder comunicativo gerado nas bases sociais do mundo-da-vida em imperativos eficazes frente não apenas a seus cidadãos-destinatários, como também aos sistemas econômico e político. Com isso, a práxis comunicativa – que no âmbito da *Teoria da Ação comunicativa* apenas era considerada capaz de oferecer “resistência” à expansão da lógica sistêmica em direção ao mundo da vida, delimitando sua área de atuação e preservando formas de interação comunicativamente reguladas – passa a ser considerada capaz de agir sobre o funcionamento dos sistemas instrumentais de ação por meio das instituições democráticas.

Tais elementos constitutivos do modelo crítico presente em *Direito e Democracia* serão desenvolvidos em seus dois capítulos iniciais, nos quais Habermas pretende introduzir a categoria do direito na ótica da teoria do agir comunicativo e passar a delinear os diferentes passos reconstrutivos de uma teoria crítica que se volta aos potenciais de entendimento e de crítica intra-mundana contidos nas sociedades democráticas contemporâneas. Neste percurso, Habermas parte da tensão entre facticidade e validade inscrita nos próprios pressupostos pragmáticos da linguagem cotidiana. Segundo o autor, a guinada linguística operada na filosofia ocidental com Frege e Peirce revelou uma tensão entre facticidade e validade embutida no próprio uso da linguagem: tal tensão é encontrada em pressupostos pragmáticos contrafactuais que, embora possuam conteúdos *ideais*, têm de ser admitidos *factualmente* por todos os participantes de discursos sempre que estes pretendem entrar numa argumentação para justificar ou negar pretensões de validade. Todo sujeito que utiliza a linguagem a fim de entender-se com um destinatário qualquer ver-se-ia, pois, obrigado a adotar certos

pressupostos idealizantes, os quais, embora possam ser unidos ao estoque de problematizações levantadas ao longo da interação comunicativa, permitem dar início a elas e possibilitar processos de aprendizagem social. Habermas nos apresenta, nestas páginas de *Direito e Democracia*, dois tipos de idealizações necessárias: aquelas ligadas à “generalidade do significado” e à “universalidade das pretensões de validade”, vale dizer, a suposição de que as palavras e os enunciados utilizados pelas partes possuem significados idênticos e a de que as pretensões de validade resgatadas arguetivamente podem ser consideradas justificadas não somente perante os próprios participantes, mas também em relação a todos aqueles que eventualmente participassem da comunicação. Sem esse primeiro tipo de suposição, escreve o autor, não seria possível sustentar a expectativa de falantes entenderem-se sobre algo no mundo e nem de superar, no interior do próprio discurso, seus eventuais mal-entendidos: “A idealidade da generalidade do significado marca os contextos do agir comunicativo na medida em que os participantes não conseguem formular a intenção de entender-se entre si sobre algo no mundo, nem atribuir às expressões utilizadas significados idênticos, caso lhes seja vedado apoiar-se numa linguagem comum (ou traduzível). E os mal-entendidos só podem ser descobertos como tais quando esta condição estiver preenchida. A suposição da utilização de expressões lingüísticas com significado idêntico pode às vezes parecer errônea na perspectiva do observador e, inclusive, parecerá sempre errônea à luz do microscópio dos etnometodólogos; entretanto, tal pressuposto é necessário, ao menos contrafactualmente, para todo uso da linguagem voltada ao entendimento.”²¹ E sem o segundo tipo de suposição, por sua vez, não se poderia mesmo falar em algo “verdadeiro” ou “correto” para além dos contextos de comunicações atuais desempenhadas por falantes determinados. Para Habermas, pois, a sustentação das pretensões de “verdade proposicional” e de “correção normativa” exigiria a suposição de que os argumentos mobilizados para seu resgate fossem também aceitos em face de uma comunidade interpretativa ampliada universalmente; e embora a suposição idealizante de um auditório universal nunca possa se comprovar factualmente, ela permite que ações ligadas ao contexto sejam orientadas em nome das pretensões de verdade e correção intersubjetivamente partilhadas, além de exigir, segundo os termos de uma “coerção

²¹ FG, p. 35 (DDem, v. I, p. 38).

transcendental fraca”, que tais orientações estejam sempre abertas a novos argumentos e problematizações. “O momento ideal de incondicionalidade está enraizado nos processos de entendimento factuais, porque as pretensões de validade põem à mostra a dupla face de Jano: enquanto pretensões, elas ultrapassam qualquer contexto; no entanto, elas têm que ser colocadas aqui e agora, caso contrário não serão capazes de ser portadoras de um acordo capaz de coordenar a ação – pois não existe para isso um contexto zero. A universalidade da aceitabilidade racional asserida explode todos os contextos; entretanto, somente a aceitação obrigatória *in loco* pode fazer das pretensões de validade trilhos para uma prática cotidiana ligada ao contexto”.²²

Para Habermas, assim, a assunção de tais pressupostos idealizantes, ligados às condições de uma comunicação sem entraves, não apenas possibilita comunicações factuais, como também permite que as distorções comunicativas aí encontradas possam ser constatadas e criticadas pelos próprios falantes. Nesse sentido, escreve mais uma vez Marcos Nobre: “Sendo um tipo de orientação da ação efetivamente presente na realidade das relações sociais, a orientação para o entendimento só é possível, entretanto, porque projeta *condições ideais* em que não haveria qualquer obstáculo à plena comunicação entre os interlocutores. Nesse sentido, diz Habermas, tais condições *ideais* são, por paradoxal que possa parecer, condições de comunicações *reais* no mundo.(...) Salta aos olhos, entretanto, que condições como essas *jamais se cumprem* no mundo real das relações sociais, em que as assimetrias e dessimetrias entre os sujeitos são a regra e não a exceção. Mas esse é justamente o argumento de Habermas: ao orientar sua ação para o entendimento, os sujeitos *antecipam necessariamente* tais condições ideais, pois sem elas não seria possível uma ação comunicativa; simultaneamente, entretanto, tais condições necessárias não são cumpridas, o que permite, por sua vez, que sejam detectadas todas as *distorções* da comunicação – aqueles obstáculos que impedem a cada vez a plena realização de uma ação comunicativa. Para que a comunicação possa se dar, essas condições ideais têm de ser antecipadas em situações reais de ação, o que significa que essa antecipação encontra-se inscrita na vida social concreta. Com isso, Habermas pode simultaneamente fornecer uma solução para o ancoramento real da *emancipação* na configuração social atual e estabelecer um parâmetro crítico para avaliar tanto o

²² FG, p. 37 (DDem, v. I, p. 39).

conhecimento produzido quanto situações sociais concretas, já que o *potencial comunicativo* inscrito na vida social jamais se realiza plenamente.”²³ Importante notar, assim, que não se trata esta de uma tensão a ser “superada”: Habermas insiste que a identificação da função exercida por tais pressupostos idealizantes não deve ser interpretada como a assunção teórica de um “estado final almejavável”; uma completa correspondência dos elementos constitutivos da tensão entre facticidade e validade embutida na linguagem sugeriria o alcance de uma “linguagem última, de uma interpretação definitiva, de um saber irrevidável”, na posse dos quais “qualquer nova comunicação poderia mesmo ser considerada supérflua”. No que se refere às suposições de “generalidade do significado” e “universalidade das pretensões de validade” apresentadas, o nivelamento completo da tensão entre facticidade e validade poderia sugerir, por exemplo, que não existissem mais ressignificações possíveis a expressões e enunciados lingüísticos ou questionamentos contextuais legítimos a pretensões de validade universais. Por isso, Habermas explicita que “o resgate discursivo de pretensões de validade (isto é, a pretensão de que se cumpram as condições para a validade de um enunciado) deve ser considerado como um processo metacrítico *contínuo* de enfraquecimento das objeções.”²⁴

Após introduzir a tensão entre facticidade e validade embutida na linguagem, Habermas nos diz que essa tensão “emigra” para o mundo dos fatos sociais na medida em que indivíduos são socializados lingüisticamente; com isso, ela passa a ser compreendida como um “momento da facticidade social”, vale dizer, como um elemento da prática comunicativa cotidiana através da qual se reproduzem as formas de vida: “Os argumentos devem sua força racionalmente motivadora a uma relação interna com a dimensão do significado e da validade de expressões lingüísticas. E constituem naturalmente uma faca de dois gumes, porque tanto podem fortalecer convicções, quanto estremecê-las. Com elas, a tensão entre facticidade e validade que reside na linguagem e no seu uso, se introduz na sociedade.”²⁵ Sempre que sujeitos coordenam suas ações por meio do uso da linguagem voltado ao entendimento, eles levantam pretensões de validade criticáveis, as

²³ NOBRE, M. *A Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, pp. 56-57.

²⁴ HABERMAS, J. “Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law”, in ROSENFELD, M., ARATO, A. (ed.). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkley: University of California Press, 1998, p. 418.

²⁵ FG, p. 54 (DDem, v. I, p. 57).

quais têm de ser resgatadas por meio de argumentos aceitos intersubjetivamente. Essa forma de integração social, chamada por Habermas de “ação comunicativa”, apresenta-se como uma forma de integração profundamente instável, já que incorpora em si aquela tensão entre facticidade e validade própria da linguagem, encontrando-se, pois, constantemente ameaçada por um imenso leque de problematizações possíveis. Ao mesmo tempo, embora a integração linguísticamente mediada seja considerada profundamente instável, ela é apresentada aqui como a única forma de integração social não violenta, porque pautada na coordenação voluntária de planos de ação e na aceitação racionalmente motivada de normas e suposições de fatos.

“Toda integração social não violenta pode ser entendida como a solução do seguinte problema: como é possível coordenar entre si os planos de ação de vários atores, de tal modo que as ações de uma parte possam ser “engatadas” nas do outro? Tal engate contínuo reduz o jogo das possibilidades de escolha, duplamente contingentes, a uma medida que possibilita o entrelaçamento menos conflituoso possível de interações de ações, portanto o surgimento de padrões de comportamento e da ordem social em geral. Enquanto a linguagem é utilizada apenas como *medium* para a transmissão de informações e redundâncias, a coordenação da ação passa através da influencia recíproca de atores que agem uns sobre os outros de modo funcional. Tão logo, porém, as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador da ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social. É nisso que consiste o ‘agir comunicativo.’”²⁶

Segundo Habermas, portanto, a análise dos pressupostos pragmático-linguísticos nos conduz a uma situação paradoxal: a única forma de socialização não coercitiva, a saber, a integração comunicativa, é ao mesmo tempo considerada uma forma de integração social extremamente instável; vale dizer, uma forma de integração incapaz de estabilizar por si mesma o profundo risco de dissenso e desagregação que lhe é própria. E, dessa forma, para continuarmos perseguindo os potenciais de integração comunicativa sem negligenciarmos suas debilidades características, “impõe-se uma intervenção reconstrutiva, a fim de explicar o modo de surgimento da integração social sob condições de uma socialização instável, que opera com suposições contrafactuais, permanentemente ameaçadas”.²⁷ Assim, antes de avaliar as possibilidades de uma integração comunicativa nas sociedades atuais, Habermas se vale de três passos teóricos subseqüentes: em

²⁶ FG, p. 33 (DDem, v. I, p. 36).

²⁷ FG, p. 37 (DDem, v. I, p. 39).

primeiro lugar, o profundo grau de dissenso da integração comunicativa, que se revelou a partir da análise pragmático-linguística empreendida, é parcialmente reduzido quando alcança o âmbito sociológico de análise do *mundo da vida*: “o alto risco de dissenso, alimentado a cada passo através de experiências, portanto, através de contingências repletas de surpresas, tornaria a integração social através do uso da linguagem orientado pelo entendimento inteiramente implausível se o agir comunicativo não estivesse embutido em contextos do mundo da vida, os quais fornecem apoio através de um maciço pano de fundo consensual”.²⁸ Assim, o mundo da vida, entendido como a esfera de reprodução simbólica da sociedade, seria constituído por um pano de fundo consensual no qual os entendimentos explícitos movem-se no horizonte de convicções comuns habitualmente não problematizadas; vale dizer, de um estoque de saber implícito que envolve a ação comunicativa no modo de certezas imediatas, do qual nós nos utilizamos sem ter a consciência de que pode ser falso. Com isso, o risco de dissenso é significativamente removido na medida em que “na prática do dia-dia, a inquietação ininterrupta através da experiência e da contradição, da contingência e da crítica, bate de encontro a uma rocha ampla e inamovível de lealdades, habilidades e padrões de interpretação consentidos”.²⁹

A agudização da perspectiva histórico-sociológica nos aponta, em segundo lugar, para uma ultra-estabilização da tensão entre facticidade e validade derivada não apenas das certezas intuitivas do mundo da vida, mas de sua ligação com garantias meta-sociais conferidas por autoridades de cunho religioso. Para Habermas, as sociedades tradicionais se caracterizavam não apenas por formas de vida homogêneas, que já em si encontravam-se bem imunizadas contra problematizações por meio das convicções quase unânimes de um mundo da vida pouco diferenciado, como também por autoridades impositivas que revestiam o complexo cristalizado de convicções com o poder factual de coações sancionadoras: “O jogo de narrativas místicas e de ações rituais pode mostrar por que esse saber só pode ser tematizado com reservas. Restrições à comunicação, determinadas cerimonialmente, protegem contra problematizações a validade autoritária dos conteúdos descritivos, valorativos e expressivos que se entrelaçam formando uma síndrome. O

²⁸ FG, p. 38 (DDem, v. I, p. 40).

²⁹ FG, p. 38 (DDem, v. I, p. 40).

complexo cristalizado de convicções afirma um tipo de validade revestida com o poder do factual. De sorte que a *fusão entre facticidade e validade* não se realiza no modo de uma familiaridade originária, através das certezas que de certa forma carregamos nas costas na forma de mundo da vida, mas no modo de uma autoridade ambivalente que *vem ao nosso encontro* de forma impositiva”.³⁰ Nesse contexto de sociedades tradicionais, portanto, não havendo para os próprios atores uma diferenciação clara entre a facticidade da autoridade impositiva de ordens coercitivas e sua aceitabilidade fundada em convicções, autoridade e validade permaneceriam amalgamadas segundo a égide de uma força normativa dos fatos.

Por fim, Habermas escreve que os processos *modernos* de complexificação social nos remetem à pluralização de mundos da vida antes homogêneos, ao declínio das garantias de estabilidade meta-sociais oferecidas por autoridades religiosas e à diferenciação funcional da sociedade em sistemas de ação orientados pelo interesse estratégico: “Quanto maior for a complexidade da sociedade e quanto mais se ampliar a perspectiva restringida etnocentricamente, tanto maior será a pluralização de formas de vida e a individualização de histórias de vida, as quais inibem zonas de sobreposição ou de convergência de convicções que se encontram na base do mundo da vida; e, na medida de seu desencantamento, decompõem-se os complexos de convicções sacralizadas em aspectos de validade diferenciados, formando os conteúdos mais ou menos tematizáveis de uma tradição diluída comunicativamente. Antes de tudo, porém, os processos de diferenciação social impõem uma multiplicação de tarefas funcionalmente especificadas, de papéis sociais e de interesses, que liberam o agir comunicativo das amarras institucionais estreitamente circunscritas, ampliando os espaços de opção, o que implica uma intensificação das esferas do agir orientado pelo interesse do sucesso individual”.³¹ É, pois, com a diluição da sociedade tradicional que são liberados os potenciais comunicativos capazes de dar vazão ao exercício ampliado de uma crítica intra-mundana e a uma integração lingüística pautada no livre convencimento. Entretanto, a liberação de tais potenciais comunicativos não consegue, por si mesma, preencher as condições para seu devido aproveitamento: num mundo profanizado e pluralizado em diferentes formas

³⁰ FG, p. 40 (DDem, v. I, pp. 42-43).

³¹ FG, p. 42 (DDem, v. I, p. 44).

de vida, as certezas intuitivas do mundo da vida mostram-se cada vez mais frágeis e expostas à problematização, não sendo capazes de, sozinhas, estabilizar de maneira prolongada os riscos de dissenso e de desagregação de uma integração comunicativa. Ao mesmo tempo, a integração comunicativa se vê obrigada a conviver com duas outras formas de integração sistêmica oferecidas pelo Estado e pela economia, baseadas elas nos meios não-comunicativos do *poder* e do *dinheiro*. Dessa forma, aquele “paradoxo” da integração comunicativa, apresentado anteriormente segundo a simples análise dos pressupostos lingüístico-pragmáticos da comunicação cotidiana, é expressado agora no seguinte problema: “como integrar socialmente mundos da vida em si mesmos pluralizados e profanizados, uma vez que cresce simultaneamente o risco de dissenso nos domínios do agir comunicativo desligado de autoridades sagradas e instituições fortes? Após a descrição dessa cena, parece que a necessidade crescente de integração, nas modernas sociedades econômicas, sobrecarrega a capacidade de integração do mecanismo de entendimento disponível, quando uma quantidade crescente de interações estratégicas, imprescindíveis para a estrutura social, são liberadas.”³²

É em face de um tal delineamento de problemas que o direito será apresentado por Habermas como uma forma de estabilização da integração lingüística que permite manter livres (ou “não-confinados”) os potenciais críticos do mecanismo comunicativo: “a positivação completa do direito, antes apoiado no sagrado e entrelaçado com a eticidade convencional, vai apresentar-se como uma saída plausível do paradoxo, como um mecanismo com o qual uma comunicação não-circunscrita pode aliviar-se das realizações de integração social sem se desmentir: através dele, cria-se um sistema de regras que une e, ao mesmo tempo, diferencia ambas as estratégias, a da circunscrição e a da liberação do risco do dissenso embutido no agir comunicativo”. O direito aparece na modernidade como a forma de assegurar as expectativas de comportamento em um mundo profanizado, fazendo uso da regulação coercitiva do comportamento e, com isso, separando a faticidade e validade amalgamadas anteriormente nos aspectos de cumprimento das normas. Com efeito, quando as exigências normativas passam a se dirigir para o comportamento dos destinatários, sua validade, compreendida como aceitação no campo das convicções internas, desliga-se da simples faticidade de sua

³² FG, pp. 43-44 (DDem, v. I, p. 46).

imposição externa, passando a poder ser questionadas mesmo por aqueles que as cumprem formalmente. Segundo Habermas, a positivação moderna de direitos subjetivos privados coloca explicitamente à disposição do destinatário uma escolha sobre a perspectiva de cumprimento da norma: elas passam a poder ser cumpridas como meras delimitações factuais presentes no leque de dados do ator que age estrategicamente, atuando como uma força que o induz a adaptar objetivamente seu comportamento em face de uma ameaça de sanção; ou como uma força social integradora para o ator que age pela convicção de sua aceitabilidade, a qual só é possível segundo a sustentação intersubjetiva de suas pretensões de validade. Por um lado, essa dupla perspectiva estabiliza as expectativas de comportamento por meio de sanções e, por outro, possibilita a exposição de normas e valores ao exame crítico. E uma tal liberação dos mecanismos comunicativos de reflexão e crítica traz conseqüências diretas para coordenação do comportamento por meio do direito, já que permite que sejam ligadas à imposição do direito positivo uma expectativa de legitimidade a ser cumprida com a distribuição de direitos à participação política e a criação de procedimentos de formação democrática da vontade, segundo os quais “as leis coercitivas devem comprovar sua legitimidade como leis da liberdade no processo de legislação”.

Para Habermas, pois, a maneira particular com que o direito moderno incorpora a tensão entre facticidade e validade explica por que ele pode ser considerado aqui um instrumento capaz de aliviar os sobrecarregados processos de entendimento das tarefas de integração social sem anular, “em princípio”, a liberação dos mecanismos comunicativos: de um lado, a *positividade* do direito estabiliza expectativas de conduta por meio de coerções impostas facticamente a seus destinatários, sendo tal imposição considerada não uma expressão de mandamentos sagrados ou de leis naturais imutáveis, mas “um fragmento da realidade social produzido artificialmente, a qual só existe até segunda ordem, porque pode ser modificada ou colocada fora de ação em qualquer um de seus componentes singulares”. De outro lado, é a pretensão de *legitimidade* que “empresta duração a determinadas normas para que se oponham à possibilidade presente de virem a ser declaradas sem efeito”³³, sendo tal pretensão alojada na expectativa de terem sido

³³ FG, p. 57 (DDem, v. I, p. 60).

criadas pelos próprios destinatários segundo um livre acordo motivado pelos melhores argumentos.

Além disso, o direito possibilita não apenas estabilizar as expectativas de comportamento geradas comunicativamente, como também a quantidade crescente de interações estratégicas. Habermas escreve, pois, que o direito mostra-se ligado “às três fontes de integração social”; vale dizer, ele apresenta-se como um *medium* de integração ligado não apenas às fontes próprias do agir comunicativo, como também às fontes sistêmicas do mercado e do poder administrativo, as quais “coordenam as ações de forma objetiva, como que por detrás das costas dos participantes da interação.”³⁴ De um lado, pois, o direito se mantém ligado às fontes de integração comunicativa através, principalmente, dos processos de formação democrática da vontade, abertos aos argumentos e problematizações de todos os eventuais interessados. De outro, as instituições do direito privado e público possibilitam o estabelecimento de mercados e a organização de um poder do Estado, “pois as operações do sistema administrativo e econômico (...) completam-se em formas do direito.”³⁵

Segundo Habermas, é essa “ambivalência” do direito, ligado tanto ao mundo da vida quanto aos sistemas funcionais de ação, que o permite exercer funções em face de toda a sociedade. Entretanto, o autor não deixa de ressaltar que em sua “ambivalência”, o direito não deixa de possuir, sob o ponto de vista crítico, um caráter extremamente “ambíguo”. Com efeito, de um lado, ele abre canais para que os imperativos provenientes de interações comunicativas alcancem os sistemas econômico e jurídico com a pretensão de seu direcionamento legítimo. De outro, entretanto, os sistemas de ação podem se servir da força legitimadora da forma jurídica a fim de disfarçar uma imposição meramente factual: “Como meio organizacional de uma dominação política, referida aos imperativos funcionais de uma sociedade econômica diferenciada, o direito moderno continua sendo um meio extremamente ambíguo da integração social. Com muita frequência o direito confere a aparência de legitimidade ao poder ilegítimo. À primeira vista, ele não denota se as realizações de integração jurídica estão apoiadas no assentimento dos cidadãos associados, ou se resultam de mera autoprogramação do Estado e do poder estrutural da

³⁴ FG, p. 59 (DDem, v. I, p. 61).

³⁵ FG, p. 59 (DDem, v. I, p. 62).

sociedade; tampouco revela se elas, apoiadas neste substrato material, produzem por si mesmas a necessária lealdade das massas.”³⁶

Em face da recorrência com que o direito e a formação democrática da vontade se apresentam propensos a ceder à “pressão *profana* dos imperativos funcionais” e a “disfarçar”, com uma aparência de legitimidade, a imposição factual da dominação política e econômica, uma teoria crítica da sociedade voltada aos potenciais de entendimento e crítica contidos no Estado democrático de direito não pode assumir meramente a observação positivista de seus insucessos, limando-se a “desmentir” suas pretensões idealizantes em face de seu funcionamento corriqueiro, nem tampouco a postura de um observador idealista, o qual, partindo da identificação das intuições normativas nele contidos, presta-se à tarefa de afirmá-los a todo custo em relativo desprezo a uma realidade que não os condiz. Por isso, Habermas assume a estratégia de partir da tensão entre facticidade e validade *interna* ao sistema de direitos, a qual permite reconstruir segundo os termos da teoria do discurso as pretensões normativas nascidas na “autocompreensão do direito”, para depois passar à análise da tensão *externa* entre as pretensões normativas de ordens democrático-constitucionais e a facticidade de seu contexto social, com a qual se pode avaliar em que medida tais pretensões se apresentam como potencialidades inscritas nas sociedades complexas atuais, ainda que na forma de “fragmentos e partículas de uma ‘razão existente’”, sujeita a bloqueios ou distorções.

“Uma teoria crítica da sociedade não pode limitar-se à descrição da relação entre norma e realidade servindo-se apenas da perspectiva do observador. Antes de retomar esta tensão externa entre as pretensões normativas de ordens democrático-constitucionais e a facticidade de seu contexto social, eu desejo reconstruir, nos próximos capítulos, a *autocompreensão* destas ordens jurídicas modernas. E tomo como ponto de partida os direitos que os cidadãos têm que atribuir uns aos outros, caso queiram regular legitimamente sua convivência com meios do direito positivo. Esta formulação deixa entrever que existe uma tensão entre facticidade e validade permeando o sistema de direitos em sua totalidade, característica do modo ambivalente de validade jurídica.”³⁷

Delineia-se, assim, a divisão de duas abordagens teóricas que irão marcar a estrutura de *Direito e Democracia*. De um lado, a abordagem interna da tensão entre facticidade e validade, traduzida como uma tensão entre positividade e legitimidade a

³⁶ FG, pp. 59-60 (DDem, v. I, p. 62).

³⁷ FG, p. 109 (DDem, v. I, p. 113).

permear os códigos jurídicos e a organização interna do Estado democrático de direito em suas funções de criação legislativa e aplicação administrativo-jurisdicional; de outro lado, a abordagem externa, focada na tensão juridicamente mediada entre as pretensões sociais geradas comunicativamente e o funcionamento dos sistemas funcionais de ação. Para Habermas, pois, essa estratégia é justificada em sua intenção de iniciar uma análise do Estado democrático de Direito no interior do campo crítico: segundo a primeira dessas abordagens, o autor acha possível reelaborar as pretensões de legitimidade do direito positivo a partir de uma tensão imanente aos códigos jurídicos modernos. Por meio de uma reconstrução discursiva da autocompreensão do direito moderno, Habermas pretende suprimir, por um lado, o caráter idealista contido no recurso a garantias meta-sociais de legitimação, prolongadas pela filosofia da consciência e pelos resquícios do direito natural, e, por outro, o caráter positivista das leituras que identificam a legitimidade do direito com a simples legalidade, sendo insensíveis ao fato de que suas pretensões de legitimidade transcendem os limites internos do sistema jurídico e precisam contar com uma práxis comunicativa ininterrupta das bases sociais do mundo da vida. Por meio da segunda abordagem, busca-se análises sobre o funcionamento efetivo das democracias contemporâneas, com as quais pode-se diagnosticar em que medida o sistema político se mostra aberto aos fluxos comunicativos gerados no mundo da vida, ou recursivamente fechado em um funcionamento puramente estratégico e carente de legitimidade.

Após apresentar a tensão entre faticidade e validade pelo ponto de vista externo, Habermas relembra que a reconstrução da teoria do direito revelou as categorias de direitos civis e políticos que devem ser implementadas para que uma comunidade jurídica se constitua como uma associação de sujeitos de direito autônomos. Entretanto, a reconstrução das categorias normativas do direito moderno empreendida sob o ponto de vista interno é por demais abstrata para responder sobre as possibilidades e limites de sua *realização*. As análises empreendidas pela perspectiva externa, por seu turno, permitem que se localize onde a “positividade” apresentada abstratamente pela teoria do direito pode ser encontrada nas democracias contemporâneas, desdobrando-a descritivamente em instituições do sistema burocrático-estatal que podem servir, ao mesmo tempo, como condições possibilitadoras ou como entraves à plena realização do sistema de direitos. Sozinha, a perspectiva interna não possui olhos para diagnosticar as limitações de ordem

sistêmica que podem sobrepor o momento da positividade às pretensões normativas por autonomia, impedindo-as de serem plenamente realizadas. De outro lado, a perspectiva externa não consegue, sozinha, vincular seu conhecimento acerca do funcionamento efetivo das democracias contemporâneas a uma reformulação reflexiva do próprio sistema de direitos. Assim, a pergunta sobre as condições de implementação efetiva de uma comunidade de sujeitos de direito autônomos exige o cruzamento de ambas as perspectivas de análise até aqui desenvolvidas, cruzamento este apresentado apenas no último capítulo de *Direito e Democracia* com a noção de “paradigma jurídico”.

“A reconstrução revelou que os direitos fundamentais e os princípios do Estado de direito explicitam apenas o sentido performativo da autoconstituição de uma comunidade de parceiros do direito, livres e iguais. (...) E sob a ótica desse processo constituinte, duradouro e *contínuo*, o processo democrático da legislação legítima adquire um estatuto privilegiado. O que nos leva a formular a seguinte pergunta: será que esse processo exigente pode ser implementado efetivamente em nossas sociedades complexas, de tal modo que o sistema político seja atravessado por um fluxo de poder regulado pelo Estado democrático de direito? Em caso afirmativo, é necessário perguntar: como isso pode dar-se? As respostas a essa questão podem revelar nossa própria compreensão paradigmática do direito.”³⁸

“Os paradigmas do direito permitem diagnosticar a situação e servem de guias para a ação. Eles iluminam o horizonte de determinada sociedade, tendo em vista a realização do sistema de direitos. Nesta medida, sua função primordial consiste em abrir portas para o mundo. Paradigmas abrem perspectivas de interpretação nas quais é possível referir os princípios do Estado de direito ao contexto da sociedade como um todo.”³⁹

Dessa maneira, além dos dois grandes momentos de reconstrução, anunciados de modo explícito pelo autor e reconhecidos de forma mais consolidada pela bibliografia complementar, a obra parece conter um último momento em que as duas perspectivas reconstrutivas, concernentes prioritariamente a uma teoria do direito e a uma teoria da sociedade, podem ter suas contribuições particulares interconectadas nos debates vinculados à disputa entre paradigmas jurídicos. Nesse sentido, Habermas escreve no prefácio do livro que “o último capítulo tenta reagrupar as considerações sobre teoria do

³⁸ FG, p. 464 (DDem, v. II, p. 119).

³⁹ FG, p. 527 (DDem, v. II, p. 181).

direito e sobre teoria da sociedade servindo-se do paradigma jurídico procedimental”⁴⁰ e, mais adiante, no capítulo primeiro: “esta linha de uma teoria da sociedade e de uma teoria do direito, apoiadas no princípio do discurso, torna possível introduzir um paradigma procedimental do direito”.⁴¹ Um tal cruzamento, por seu turno, pode ser explicado pela ambivalência própria à noção de paradigma jurídico: ao ser entendido como a imagem social que orienta a fundamentação e aplicação do direito por seus operadores, a noção de paradigma permite que sejam investigados os “nexos de sentido” havidos entre *compreensão do direito* e *compreensão da sociedade*, vale dizer, entre interpretações particulares dos princípios normativos que orientam o direito moderno e dos contextos sociais nos quais eles se pretendem inscritos. Teremos ainda a oportunidade de discutir em que sentido Habermas fala dessa conexão. Podemos adiantar, entretanto, que ela não suprime a diferença das duas perspectivas anteriormente apresentadas, mas simplesmente permite a intersecção de seus resultados específicos revelando sua complementaridade na crítica imanente ao Estado democrático de direito. Em segundo lugar, vale já dizer que no âmbito desse cruzamento das perspectivas de análise os conceitos normativos apresentados inicialmente recebem esclarecimentos e modificações significativas, apresentando-se, assim, como um momento necessário em seu estudo e compreensão.

III

Habermas afirma a diversidade em certos pontos “desconcertante” das questões trabalhadas e o pluralismo das perspectivas metodológicas presentes em *Direito e Democracia*: “O que antigamente podia ser mantido coeso em conceitos da filosofia hegeliana, exige hoje um pluralismo de procedimentos metodológicos que inclui as perspectivas da teoria do direito, da sociologia do direito e da história do direito, da teoria moral e da teoria da sociedade”.⁴² E ainda que, com isso, evite constituir um *sistema* filosófico coeso, vale dizer, “uma filosofia do direito fechada em si mesma, como ainda se fazia nos tempos de Hegel”, a obra não deixa de possuir um *percurso* coeso, dotado de

⁴⁰ FG, p. 10 (DDem, v. I, pp. 10-11)

⁴¹ FG, p. 22 (DDem, v. I, p. 24)

⁴² FG, p. 9 (DDem, v. I, p. 9).

objetivos bem delineados e de uma estratégia de cumprimento ligada a um campo intelectual particular. Quando se compreende a estrutura de *Direito e Democracia* como um esforço progressivo de remissão dos elementos fundamentais do Estado democrático de direito a um modelo discursivo de teoria crítica, o qual se volta ao aproveitamento dos potenciais comunicativos liberados com o advento das sociedades pós-tradicionais modernas, nenhum de seus momentos singulares, apresentados ali como perspectivas teóricas interligadas de maneira complementar, pode ser adequadamente apreendido se isolado de todo o percurso. O mesmo vale, acredito, para cada um de seus conceitos-chave.

Pretendemos seguir tais suposições naquilo em que se referem ao conceito de *autonomia privada*. Assim, este estudo será orientado por duas hipóteses centrais: em primeiro lugar, assumimos a hipótese geral de que a estrutura de *Direito e Democracia* é delineada por um modelo crítico pautado por três etapas principais, a saber, a “reconstrução interna”, a “reconstrução externa” e o cruzamento dessas duas perspectivas empreendida no âmbito de discussão dos paradigmas jurídicos. Em segundo lugar, pretendemos investigar a hipótese mais específica de que o conceito de autonomia privada é elaborado progressivamente em atenção a esses três momentos particulares da crítica, recebendo suas delimitações finais apenas no último capítulo da obra. Em vista de tais hipóteses, cada um dos capítulos deste trabalho tentará abordar as principais características dos referidos passos reconstrutivos e, sobretudo, a forma específica como a autonomia privada encontra-se neles inserida. Ao longo do trabalho, veremos que as leituras do conceito de autonomia privada pela bibliografia secundária revelam frequentemente uma compreensão parcial do mesmo, isto é, uma compreensão que não apreende de maneira plena os diferentes momentos de sua reconstrução. Além disso, seremos levados a tocar em transformações sofridas por outras categorias centrais a ela vinculadas, tais como a “autonomia pública”, a “cooriginaridade” e a própria “tensão entre facticidade e validade”. Ao final do percurso, pretendemos demonstrar explicitamente comprovada a segunda das hipóteses aqui apresentadas e, indiretamente, sustentar a plausibilidade da hipótese estrutural que permite o desenvolvimento desta tese. Vale dizer, defenderemos que um entendimento adequado do conceito de autonomia privada exige seu enquadramento na estrutura geral do projeto crítico presente em *Direito*

e *Democracia*, o qual deve ser compreendido tanto na especificidade de seus momentos singulares quanto em seu conjunto. E a hipótese estrutural, confirmada performativamente para o caso da autonomia privada, também se mostrará sugestivamente aplicável aos demais conceitos-chave da obra, embora uma tal “aplicação” mais ampla não possa ser tomada como objeto própria desta tese.

Em vista de tais objetivos, o trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro capítulo será dedicado à elaboração da autonomia privada desenvolvida no âmbito da perspectiva interna, a qual busca reconstruir segundo os termos intersubjetivos da teoria do discurso os princípios normativos mais fundamentais ao direito moderno. Nesse âmbito de discussão, a autonomia privada será caracterizada como a exigência normativa de iguais liberdades subjetivas de ação e reclamação a todos os membros de uma comunidade jurídica, assegurando-lhes a liberdade de arbítrio e a liberdade ética em contornos democraticamente definidos, vale dizer, em contornos determinados segundo a autonomia pública dos cidadãos. No segundo capítulo, trataremos da maneira como a privacidade se inscreve na reconstrução externa da tensão entre facticidade e validade, a qual passa a ser investigada como uma tensão entre os fluxos comunicativos que elaboram pretensões sociais e o sistema político. Nesse âmbito de investigação, dedicado à elaboração de uma “sociologia reconstrutiva dos processos políticos reais”, os direitos que compõem a autonomia privada são tratados como elementos constitutivos de um domínio da vida social caracterizado por formas comunicativas de acesso reservado. A “esfera privada” passará então a ser considerada inscrita nos processos *políticos* de formação coletiva da vontade em seus pontos mais distantes dos núcleos sistêmicos de tomada de decisão, atribuindo a ela uma posição germinal na identificação dos novos problemas sociais que compõem as esferas públicas informais. Por fim, o último capítulo do trabalho será dedicado ao cruzamento da “autocompreensão do direito” e da “autocompreensão social” possibilitado pela noção de paradigma jurídico. Nesse âmbito de investigação, teremos acesso às representações sociais que sustentam interpretações determinadas sobre o sentido normativo da igualdade de tratamento jurídico entre todos. Vale dizer, ele nos remete à compreensão das desigualdades sociais que representam condições diferenciadas ao exercício das liberdades de ação protegidas juridicamente. Como veremos, a saída dos impasses deixados pelos paradigmas liberal e do Estado

social exigirá a “procedimentalização” tanto das imagens sociais que orientam a fundamentação e aplicação do direito por seus operadores, quanto da escolha entre os modelos regulatórios mais adequados em face das desigualdades fáticas que compõem os contextos sociais visados. Sob a ótica desse novo paradigma procedimental, a compreensão inicial da autonomia privada será retomada pelo autor e passará a abarcar em seu próprio conceito exigências por igualdade material, incorporando uma disputa sobre o sentido da igualdade de direitos, a ser resolvida mais uma vez pelo exercício da autonomia pública dos cidadãos, no postulado mesmo de “iguais liberdades subjetivas de ação”.

CAPÍTULO 1

O Conceito de Autonomia Privada

“Pessoas que se enquadram cegamente no coletivo fazem de si mesmas meros objetos materiais, anulando-se como sujeitos dotados de motivação própria (...) Inclui-se aí a postura de tratar os outros como massa amorfa. Uma democracia não deve apenas funcionar, mas sobretudo trabalhar o seu conceito, e para isso exige pessoas emancipadas. Só é possível imaginar a verdadeira democracia como uma sociedade de pessoas emancipadas.” (Adorno)

I. O conflito entre autonomia privada e pública na autocompreensão do direito

Na reconstrução da autocompreensão do direito realizada em *Direito e Democracia*, Habermas parte de um diagnóstico teórico central: autonomia pública e privada, os dois princípios normativos mais caros ao pensamento jurídico moderno, vale dizer, “as idéias em cuja luz ainda é possível justificar o direito”, encontram-se historicamente em uma relação de conflito. Esses dois princípios, que segundo o autor concentram a base normativa que sobrevive depois que a substância de um *ethos* ancorado em tradições metafísicas e religiosas passa pelo crivo de fundamentações pós-tradicionais, não conseguiram ser harmonizados em meio ao pensamento jurídico-filosófico, sendo posicionados num embate recíproco que leva à submissão alternada de um e de outro.

O conflito não harmonizado entre autonomia privada e pública é encontrado por Habermas tanto na dogmática jurídica quanto na tradição do direito racional desenvolvida no interior da filosofia política: na primeira delas, o conflito mostra-se como um embate acerca da precedência normativa entre direitos subjetivos e direito objetivo, e no pensamento político, como a concorrência entre direitos humanos e soberania popular – “A relação não esclarecida entre direito subjetivo e público no âmbito da dogmática jurídica e a concorrência não apaziguada entre direitos humanos e soberania popular

revelam que até agora não se conseguiu harmonizar conceitualmente e de modo satisfatório, autonomia pública e privada.”⁴³

a) A reconstrução da dogmática jurídica

Para Habermas, a dogmática do direito civil é fundamental para a autocompreensão do direito alemão em seu todo – e em seu interior, a noção de direito subjetivo assume um papel central.⁴⁴ A distinção moderna entre direito objetivo e direito subjetivo é considerada “um produto da decomposição das instituições tradicionais feudais, especialmente religiosas, (...) nas quais toda relação jurídica específica era imediatamente idêntica à ordem objetiva única, sem depender em nada da disposição de vontade de seus próprios portadores.”⁴⁵ O aumento da “complexidade e do grau de incertezas da vida social nas sociedades de mercado”, unido ao “enfraquecimento da autoridade religiosa” e ao surgimento de “concepções normativas de indivíduo”, teriam forçado uma distinção conceitual entre lei objetiva (*objektives Gesetz*), direcionada a todos os membros de uma comunidade jurídica com acentuado grau de generalidade e abstração, e direitos subjetivos (*subjektive Rechte*), entendidos de maneira ampla como liberdades jurídicas portadas por cada sujeito de direito individualmente⁴⁶. Quando a dogmática jurídica moderna elabora a diferenciação entre direito objetivo e subjetivo, ela também cria um conhecido problema acerca de sua harmonização, explicitado em cada nova definição de direito subjetivo observada. O que Habermas pretende fazer ao longo de toda sua exposição sobre a dogmática do direito civil é mostrar que na distinção entre direito subjetivo e objetivo encontramos uma concorrência entre princípios normativos opostos – e não apenas uma disputa sobre o lugar epistemológico de onde se descreve o direito (sujeito de direito vs. Estado). Nesse sentido, Savigny e Kelsen serão apresentados como

⁴³ FG, p. 111 (DDem, v. I, p. 115).

⁴⁴ FG, p. 112 (DDem, v. I, p. 116). Nesse mesmo sentido, cf. COING, H. “Zur Geschichte des Begriffs ‘subjektives Recht’”, in Idem (org.). *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*. Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1959.

⁴⁵ LADEUR, K. H. “Subjektive Rechte und Theorie der Prozeduralisierung: Vom Universalismus des Rechts zur rechtlichen Modellbildung unter Ungewissheitsbedingungen” in *Kritische Justiz*, vol. 40, n. 1, pp. 42, ss.

⁴⁶ LADEUR, op. cit., p. 43; COING, op. cit., p. 19.

os representantes extremos de uma tensão entre autonomia privada e pública que se aloja no interior da dogmática jurídica.

No início de seu *System des heutigen römischen Rechts*, Savigny escreve: “Ao considerarmos a condição jurídica, tal como ela nos envolve e nos perpassa por todos os lados na vida efetiva, aparece-nos em primeiro lugar o poder que cabe a cada pessoa: uma região onde rege a sua vontade e rege com nosso consentimento. Podemos chamar o direito desta pessoa, que é equivalente a uma faculdade, de direito em sentido subjetivo.”⁴⁷ Com essa passagem, Savigny inicia sua abordagem de toda a condição jurídica existente *a partir* dos direitos subjetivos privados, definidos como domínios juridicamente delimitados para a livre disposição da vontade individual. É claro que essa definição já implica uma “regra jurídica”, isto é, um “pronunciamento do mais alto poder do Estado” capaz de autorizar e garantir a livre disposição das vontades individuais. Entretanto, a ênfase é colocada na *vontade livre* e não em sua autorização. Ao direito objetivo – que surge apenas posteriormente na construção teórica⁴⁸ – é atribuída com frequência a função de *meio* para a celebração das relações jurídicas particulares⁴⁹. Para Savigny, pois, a “base mais profunda do direito”, seu “elemento racional”, encontrar-se-ia não na norma legislativa, mas na idéia de uma “*fronteira invisível* dentro da qual a existência de cada um ganha um espaço livre e seguro, atribuindo à vontade individual um domínio no qual ela pode reinar independentemente de qualquer vontade alheia”.⁵⁰ Segundo Habermas, por trás dessa tentativa de explicar todo o arcabouço jurídico como uma estrutura de direitos subjetivos privados, encontramos em Savigny escolhas normativas específicas:

“Para Savigny, uma relação jurídica assegura ‘o poder que cabe a cada pessoa: uma região onde rege sua vontade - e rege com nosso consentimento.’ Até aqui ainda é destacado o nexos das liberdades subjetivas de ação com o reconhecimento intersubjetivo dos parceiros do direito (*Rechtsgenossen*). Na continuação de seu pensamento, entretanto, cresce o

⁴⁷ SAVIGNY, F. C. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin, 1840, v. I, § 4, p. 7 (versão digitalizada disponível no site do Instituto Max Planck <http://dlib-pr.mpg.de>).

⁴⁸ “O juízo sobre um direito particular apenas é possível por meio da relação dos fatos específicos com uma regra geral. (...) A essa regra chamamos de Direito pura e simplesmente: alguns a chamam de direito em sentido objetivo. Ela aparece-nos em forma segura especialmente na Lei, a qual é um pronunciamento do mais alto poder do Estado sobre uma regra jurídica.” SAVIGNY, op. cit., § 5, p. 9.

⁴⁹ SAVIGNY, op. cit., § 53, p. 332.

⁵⁰ SAVIGNY, op. cit., § 53, p. 333. Grifo meu.

valor intrínseco do direito privado; o ‘direito em sentido subjetivo’ deve ser legítimo *per se*, pois, partindo da inviolabilidade da pessoa, do livre exercício da vontade individual, garante uma ‘região de controle independente’. (...) Nessa interpretação, direitos subjetivos são direitos negativos que protegem esferas de ação individual, na medida em que fundamentam pretensões jurídicas contra intervenções não autorizadas na liberdade, na vida e na propriedade. Nessa esfera colocada sob proteção jurídica, sobretudo através do direito de fechar contratos, adquirir, herdar ou alienar propriedade, a autonomia privada é garantida.”⁵¹

A autonomia privada aparece aqui, pela primeira vez na reconstrução da autocompreensão do direito elaborada Habermas, como a dimensão da liberdade privilegiada por Savigny. Vale dizer, como a intuição normativa a todo tempo protegida por sua concepção de direitos subjetivos. E para cumprir a intenção de apontar o conflito entre autonomia pública e privada no interior da dogmática jurídica, importa para Habermas mostrar os contornos específicos que esta intuição normativa toma no interior da obra do autor. Para Habermas, quando Savigny apresenta os direitos subjetivos, ainda no início do *System*, como constituintes de uma “esfera onde rege a vontade individual, e rege com *nosso consentimento*”⁵², ainda seria possível antever algum nexo entre a autonomia privada, entendida como um leque de liberdades individuais de ação, e o reconhecimento intersubjetivo dos parceiros de direito, o qual exige algum tipo de acordo alcançado publicamente entre eles. Entretanto, com a busca de uma racionalidade imanente à “idéia de direito”, os direitos subjetivos passariam a ganhar uma legitimidade própria. Segundo Habermas, haveria em Savigny uma identificação entre pessoa moral e pessoal natural, descrita em função de uma inviolabilidade originária e de um respeito recíproco ante a vontade de cada um.⁵³ Com isso, os direitos subjetivos apenas

⁵¹ FG, p. 112 (DDem, v. I, pp. 116-117).

⁵² Grifo meu.

⁵³ A exposição de Habermas sobre a “doutrina do direito subjetivo” mostra-se em grande medida orientada pelo artigo de Helmut Coing citado por ele. Ali, Coing salienta a legitimidade imanente atribuída aos direitos subjetivos privados, considerados estes como as liberdades para a ação individual juridicamente protegidas pelo direito. Tal legitimidade seria proveniente de uma restrição em si mesma justificável das esferas individuais de ação, a qual conferiria aos direitos subjetivos uma autoridade moral independente e anterior à própria gênese democrática da vontade. Segundo Coing, a dogmática do direito privado alemão, que já antes do século XVIII defendia o vínculo entre os direitos subjetivos e uma esfera de liberdades individuais conferida a sujeitos responsáveis e racionais, não teve dificuldade de incorporar a filosofia moral kantiana. Contra um tal “idealismo” cristalizado com Savigny e ainda influente no pensamento jurídico alemão, o autor defende a necessidade de se desenvolver uma compreensão das relações jurídicas privadas não como “restrição e proteção das posições jurídicas individuais, mas também como colaboração

institucionalizariam as fronteiras a serem espontaneamente respeitadas por sujeitos morais – e a partir de uma tal concepção de sujeito moralmente carregada, o autor poderia se referir aos direitos subjetivos já positivados como cristalizações da racionalidade imanente a uma não intervenção recíproca.⁵⁴ Nessa construção, a autonomia privada assumiria as seguintes características gerais: ela ganharia um caráter eminentemente restritivo, como fronteiras estabelecidas contra a violação da vontade individual, seja por parte de outros sujeitos privados, seja por parte da autoridade política. Além disso, ela já viria acompanhada de um leque de direitos substantivos, a saber, os direitos de propriedade, os direitos contratuais e os direitos de família, os quais estabeleceriam, de uma vez por todas, o lugar onde tais fronteiras deveriam ser erguidas em nome da proteção da vontade individual. Por fim, tais direitos que delimitam as fronteiras da autonomia privada receberiam uma legitimidade própria e anterior aos processos político-legislativos. Dotada de uma autoridade que merece ser protegida do ponto de vista moral, a autonomia privada ganharia aqui primazia sobre a autoridade política, independentemente da forma com que esta se apresentasse.

Apesar da grande força e influência exercida pelo *System* na dogmática do direito civil, a concepção de direitos subjetivos de Savigny teria sido rapidamente submetida a uma “crítica de caráter sociológico”.⁵⁵ A igual distribuição dos espaços destinados à vontade individual, que servia como base de legitimidade moral a todo o sistema de direitos, passaria a ser apontada não como uma igualdade real, mas como uma “igualdade meramente postulada”⁵⁶. Além disso, o próprio caráter meta-jurídico de uma base de legitimidade moral passaria a ser atacado: para Habermas, a especialização das carreiras jurídicas e da própria dogmática teria obrigado o desengate entre direito e moral no interior da autocompreensão do direito. O direito autônomo teria de sobreviver e legitimar-se segundo ficções autoproduzidas – de caráter, portanto, propriamente jurídicas –, de modo que um tal engate entre direito e moral na fundamentação de direitos

ou cooperação dos membros de uma comunidade jurídica em vista do objetivo geral de se organizar racionalmente.” Cf. COING, H. “Zur Geschichte des Begriffs ‘subjektives Recht’”, in Idem (org.). *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*. Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1959, p.22.

⁵⁴ “Esse poder do homem sobre si mesmo e sua força indubitável é a base e pressuposto de todos os verdadeiros direitos, como por exemplo a propriedade”. SAVIGNY, F. C., op. cit., p. 336.

⁵⁵ COING, op. cit., p. 21.

⁵⁶ LADEUR, op. cit., p.43; COING, op. cit., pp. 21 e ss.

subjetivos não poderia mais permanecer. Dessa forma, o mesmo século XIX, que vira as intuições normativas do idealismo alemão serem incorporadas na dogmática do direito civil, “passa a denunciar que o direito privado somente poderia legitimar-se por si mesmo durante o tempo em que autonomia privada do sujeito de direito estava apoiada na autonomia moral da pessoa. No momento em que o direito em geral perdeu sua fundamentação idealista, especialmente a retaguarda da teoria moral kantiana, o invólucro do ‘poder de dominação pessoal’ perde o núcleo normativo de uma legítima liberdade de vontade, que naturalmente necessita de proteção.”⁵⁷

Habermas descreve a desconexão progressiva do sujeito com a normatividade jurídica – realizada por Windscheid, Ihering e Kelsen – na respectiva caracterização dos direitos subjetivos como uma transposição de mandamentos jurídicos objetivos ao poder de mando da vontade individual, como um poder juridicamente protegido para a satisfação de interesses e, finalmente, como uma autorização objetiva para uma liberdade de arbítrio estritamente delimitada. Segundo Kelsen, as duas vertentes mais significativas da doutrina dos direitos subjetivos, a saber, a teoria da vontade (Savigny) e a teoria do interesse (Ihering), estariam ambas focadas não nas normas jurídicas elas mesmas, mas em suas representações psíquicas. Dessa forma, tais doutrinas colocariam em risco a autonomia e a neutralidade da ciência do direito, uma vez que pretenderiam descrever e fundamentar a ordem jurídica a partir do suposto funcionamento psíquico de uma pessoa natural situada fora de seu próprio objeto de análise.⁵⁸ A superação de um tal “psicologismo” por meio de uma análise estritamente interna da ordem jurídica levar-nos-ia a compreender os direitos subjetivos como reflexos subalternos do direito objetivo, vale dizer, como uma mera derivação das normas jurídicas que estatuem deveres gerais. Assim, a idéia de direito subjetivo é de tal maneira absorvida pelo direito objetivo, a ponto de tornar-se uma categoria desnecessária ou redundante: “o direito subjetivo é direito objetivo”.⁵⁹

Segundo o positivismo kelseniano, a autonomia privada não apenas perde seu lugar de destaque na autocompreensão do direito, como também deixa de existir como um princípio normativo independente, capaz de explicitar a racionalidade existente no

⁵⁷ FG, pp. 112-113. (DDem, v. I, p. 117).

⁵⁸ KELSEN, H. *Teoría General del Estado*. Madrid: Editorial Labor, 1934, p. 72.

⁵⁹ KELSEN, H., op. cit., p. 74.

interior do edifício jurídico. Com efeito, a manifestação da vontade individual para a criação ou disposição de um conteúdo jurídico específico não seria mais do que um caso previsto pelas normas legais e, como tal, dependeria das decisões puramente contingentes da autoridade capaz de impô-las.⁶⁰ As liberdades individuais, pois, deixam de conter qualquer caráter de indisponibilidade e o sujeito de direito individual passa a ser considerado um mero “lugar lógico para onde convergem mandamentos jurídicos específicos.” Enfim, a racionalidade do direito deixa de ser explicada nos termos da autonomia individual e passa a ser encontrada em um sistema bem-ordenado de normas em uma hierarquia de autoridades capaz de criá-las e impô-las coercitivamente – a qual encontra no Estado, entendido como detentor soberano do poder de sanção, sua figura de autoridade última. Nas palavras de Kelsen : “A Teoria do Estado como Teoria do Direito político é a doutrina da ordem estatal, com especial relação com a questão em torno de sua validade e criação. A existência desta ordem consiste em sua validade objetiva. E ao passo que esta ordem é a ordem jurídica, a Teoria do Direito político é uma doutrina do direito objetivo. Não é, com efeito, uma doutrina do direito subjetivo ou de algum sujeito de direitos particular. Sem embargo, toda a Teoria do Estado deve ser exposta, por regra geral, como doutrina dos deveres e faculdades do Estado, quer dizer, como doutrina do Estado como sujeito de direito, como pessoa”.⁶¹

Habermas explica essa “subordinação abstrata dos direitos subjetivos” como uma tentativa de constituir um conhecimento normativa e axiologicamente neutro do sistema jurídico. A tentativa de suprimir todos os elementos “meta-jurídicos” da autocompreensão do direito teria levado Kelsen a buscar uma perspectiva rigorosamente funcionalista – o que aproximaria sua versão do positivismo à teoria sistêmica de Luhmann⁶². Em ambos os casos, firmar-se-ia um compromisso com a autonomia funcional do direito, a ser exigida tanto em suas práticas cotidianas, quanto na constituição de uma disciplina propriamente jurídica. Para Habermas, entretanto, o esvaziamento normativo da categoria de direitos subjetivos não garantiria ao positivismo jurídico sua pretendida neutralidade. Nas aulas que compõem as “Tanner Lectures”, de 1986, Habermas já apontava que ao alojar a racionalidade do direito num poder de

⁶⁰ KELSEN, H., op. cit., pp. 74-75.

⁶¹ KELSEN, H., op. cit., p. 61.

⁶² FG, pp. 114-115 (DDem, v. I, pp. 118-119).

coerção impessoal, pretendendo com isso descrever o sistema jurídico de um ponto de vista realista e valorativamente neutro, a longa tradição do positivismo jurídico apenas assumiria “um valor entre outros” presentes na tradição do direito ocidental, qual seja, a segurança jurídica. Em *Facticidade e Validade*, Habermas interpreta a subordinação kelseniana da categoria de direitos subjetivos como um modo específico de conceber a normatividade própria do direito, alojada não mais na vontade dos sujeitos de direito individuais, mas na vontade de um legislador político dotado do poder de sanção:

“Segundo Kelsen, as autorizações subjetivas são não apenas derivadas da vontade de um detentor do poder, como também recobertas pela validade de um dever – as proposições jurídicas estatuem as liberdades de ação devidas. Esse ‘dever’, entretanto, não é compreendido de modo deontológico, mas empírico, como a validade que o legislador político confere às suas decisões ao acoplar o direito posto a normas penais. O poder estatal de sanção qualifica a vontade do legislador como ‘vontade do Estado’.”⁶³

Segundo Habermas, ao procurar eliminar a legitimidade imanente aos direitos subjetivos privados, Kelsen apenas substituiria a vontade dos sujeitos individuais pela vontade do legislador político, transfigurada em poder de Estado. Nesse sentido, seu positivismo jurídico estaria ainda bastante preso à doutrina dos direitos subjetivos que pretendia a todo custo negar. Com um tal movimento, entretanto, Kelsen eliminaria a tensão entre facticidade e validade que ainda era possível encontrar em Savigny na forma de uma exigência racional por direitos subjetivos iguais entre todos e a norma positiva. Em Kelsen, o poder de sanção estatal passa a revestir a vontade do legislador político com a força de uma normatividade fática, de modo a ser diluída qualquer distinção entre a vigência empiricamente comprovada de uma ordem jurídica soberana e sua validade racionalmente motivada: a validade do dever jurídico, pois, esgotar-se-ia na facticidade de sua imposição estatal. Com isso, a dogmática jurídica veria a disputa entre autonomia privada e pública tomar uma nova forma. Se em Savigny, a autonomia privada gozava de primazia normativa em relação à autonomia pública, em Kelsen, a autonomia privada se vê inteiramente eliminada por uma autonomia pública interpretada de maneira decisionista. A vontade do legislador político, pois, gozaria de uma soberania absoluta

⁶³ FG, p. 114. (DDem, v. I. p. 118).

no interior da autocompreensão do direito, de modo a procurar suprimir qualquer outro princípio concorrente.

Em *Direito e Democracia*, Habermas não combate explicitamente Kelsen de um ponto de vista normativo-filosófico. Em sua desqualificação apressada do positivismo jurídico, Habermas escreve simplesmente que esta corrente de pensamento não consegue solucionar um problema que ela mesma formulou, a saber, a explicação da legitimidade por meio da legalidade: “Como reação [à doutrina dos direitos subjetivos] vimos um desenvolvimento que culmina na subordinação abstrata dos direitos subjetivos ao direito objetivo, segundo o qual a legitimidade do direito se esgota, em última instância, na legalidade de uma dominação política, compreendida nos termos do positivismo jurídico. Esse desenvolvimento da discussão, entretanto, encobre o verdadeiro problema, o qual está ligado à posição central dos direitos subjetivos privados: ele não consegue explicar de onde o direito obtém sua legitimidade”.⁶⁴

Para o enfrentamento dessa passagem, podemos nos servir novamente das “Tanner Lectures” de 1986, as quais têm início justamente com a pergunta “como é possível a legitimidade através da legalidade?” Habermas persegue ali as debilidades da resposta positivista a essa pergunta, encontradas tanto no âmbito da coerência interna da teoria, quanto em sua capacidade de descrever adequadamente a evolução histórica do direito ocidental. As objeções de Habermas podem ser agrupadas aqui em dois argumentos principais. Em primeiro lugar, o positivismo jurídico sustentar-se-ia mediante pressupostos *contraditórios* ao assumir, ao mesmo tempo, uma autonomia funcional do direito, fechada contra quaisquer intervenções externas, e uma legitimidade que se esgota na dominação política. Para Habermas, quando o positivismo recusa qualquer pretensão por “justiça” ou “correção normativa” como parte dos pressupostos internos de funcionamento do direito, atribuindo a validade da norma puramente às decisões arbitrárias do legislador político, ele destruiria não apenas seu pressuposto de “autonomia funcional”, como também a própria “identidade” do sistema jurídico. O direito passaria, pois, a ser entendido exclusivamente como um resultado contingente do jogo político, como um entre outros instrumentos de dominação política. Em poucas palavras, o direito dissolver-se-ia na própria política.

⁶⁴ FG, p. 117 (DDem, v. I, pp. 121-122).

“Se as normas do direito se reduzissem apenas a ordens do legislador político, o direito dissolver-se-ia em política (...) A partir do momento em que a validade do direito é desligada dos aspectos da justiça, os quais ultrapassam as decisões do legislador, a identidade do direito torna-se extremamente difusa. Pois, nesse caso, desaparecem os pontos de vista legitimadores, sob os quais o sistema jurídico poderia ser configurado para manter determinada estrutura do *medium* do direito.”⁶⁵

Em segundo lugar, a resposta do positivismo jurídico seria *implausível* de um ponto de vista descritivo. Ela passaria ao largo de críticas e demandas por legitimidade direcionadas *contra* códigos positivos específicos, apresentadas tanto na linguagem de juristas e teóricos do direito, quanto na linguagem em princípio não-especializada das demandas sociais elaboradas fora do aparato burocrático-estatal. Com efeito, tanto as teorias jurídicas “racionalizadoras” (como as de Lon Fuller e Ronald Dworkin) como as denúncias de uma redução das práticas jurídicas existentes ao puro decisionismo político (que acompanhariam a tradição do direito ocidental desde as primeiras escolas realistas até os *Critical Legal Studies*) pressuporiam, em seu caráter mesmo de denúncia, a existência de demandas por legitimidade que vão além de uma mera “normatividade fática”. O mesmo poderia ser observado em relação a demandas sociais pela “realização de direitos” ou pela implementação do “direito correto”, as quais acompanhariam a história do direito ocidental nas formas, por exemplo, da desobediência civil ou de exigências específicas de classe, gênero ou minorias culturais. Juntos, esses fenômenos que falam contra o “direito positivo” em nome do “direito correto” revelariam “suposições de racionalidade que podem ser nomeadas e usadas contra a prática jurídica existente”, forçando uma distinção entre o direito empiricamente vigente e sua aceitabilidade racional. Vendo sua plausibilidade ameaçada por constantes disputas acerca do direito correto, o positivismo jurídico teria sido obrigado a traduzi-las como uma “auto-ilusão” criada para a manutenção funcional do sistema. Segundo Habermas, entretanto, a penetração cada vez maior de tais disputas nas práticas jurídicas cotidianas e seu caráter “disfuncional” para os padrões positivistas tornariam esta resposta mais uma vez pouco convincente.

Para Habermas, o positivismo jurídico possuiria em princípio um potencial crítico ao combater a doutrina dos direitos subjetivos em sua fundamentação prévia e idealista

⁶⁵ FG, p. 587 (DDem, v. II, p. 237).

de um código de direitos privados, atribuindo uma historicidade radical à gênese do direito posto e indicando sua conexão íntima com a política. Esse potencial crítico, entretanto, teria sido anulado pela identificação conceitual entre facticidade e validade. Com ela, pois, a autocompreensão do direito deixa de possuir qualquer espaço para uma crítica imanente. Segundo Habermas, a raiz dessa falha fundamental do positivismo jurídico estaria em não preservar nada de seu objeto combatido; vale dizer, em jogar fora, junto com o conteúdo de um direito racional legítimo em si mesmo, a “indisponibilidade” da forma das iguais liberdades individuais de ação, sem a qual o direito ver-se-ia privado de sua racionalidade própria: “de um lado, os fundamentos morais do direito positivo não podem ser explicados em termos de um direito racional superior. De outro, porém, esses fundamentos não podem ser liquidados sem deixar nenhum vestígio, pois isso privaria o direito do momento essencial de indisponibilidade que habita nele.”⁶⁶

Dessa maneira, a intuição positivista teria de escolher entre dar andamento ao falso realismo que entrega tudo ao decisionismo de um legislador político ou continuar sustentando algum lastro de autonomia do direito face aos sistemas político e econômico. É com o objetivo de seguir este segundo caminho que Habermas situa a necessidade de reconstruir as exigências normativas que acompanham a autocompreensão do direito moderno, procurando, com isso, tanto explicitar os contornos de uma racionalidade propriamente jurídica, quanto verificar como ela se “acomoda” a uma positivação que pode, a qualquer momento, ser instrumentalizada para fins de dominação política. Nessa reconstrução, entretanto, a intuição positivista precisa reformular alguns de seus conceitos fundamentais: de um lado, ao assumir uma esfera de liberdades individuais como uma exigência normativa contida nas práticas jurídicas cotidianas, a própria gênese dos direitos que a compõem precisará ser cumprida livremente, exigindo, pois, um esforço constante de transformação democrática da política. De outro, a própria compreensão da autonomia funcional do direito teria de ser alterada: para se fazer jus à tensão entre facticidade e validade interna ao direito moderno, a presunção de autonomia funcional não pode ir tão longe a ponto de representar o direito como um “sistema narcisiticamente fechado em si mesmo”. Quando a validade jurídica deixa de ser

⁶⁶ FG, p. 594 (DDem, v. II, p. 243).

explicada meramente nos termos de sua imposição fática, o direito positivo deve poder ser considerado também como “direito correto”, o que exige a abertura das estruturas jurídicas a exigências de legitimidade democrática não reduzíveis a sua auto-coerência funcional.

Habermas, dessa forma, posiciona Savigny e Kelsen como as duas extremidades da dogmática jurídica alemã; como representantes típicos do embate acerca da posição da normatividade no interior da teoria do direito – contrapondo, assim, os direitos subjetivos como portadores de uma legitimidade moral própria ou como meros reflexos do direito objetivo. Tal embate, segundo Habermas, não deve ser considerado historicamente datado. Suas oposições, que têm início no século XIX, são retomadas após o término da Segunda Guerra como uma reação às mudanças do direito privado introduzidas durante o regime do nacional-socialismo. Ao invés de se procurar reconstituir o embricamento conceitual necessário entre direito e democracia, uma nova valorização do conteúdo moral do direito subjetivo é realizada por teóricos tanto do liberalismo ortodoxo como do Estado Social em suas reações ao “solapamento moral do direito subjetivo”. Ambas as correntes, pois, visariam à retomada donexo entre autonomia privada e consciência moral: o liberalismo, de um lado, pela “auto-limitação” da vontade atribuída à estrutura de iguais liberdades individuais entre todos e os teóricos do Estado social, de outro, pela “responsabilização coletiva” da pessoa em sociedade alcançada com a complementação das liberdades de ação clássicas por direitos sociais.

É nestes termos que o conflito entre autonomia privada e pública fica posto no interior da dogmática jurídica: a doutrina do direito subjetivo defende o valor independente destes em relação ao direito objetivo, pretendendo uma legitimidade maior que a do processo de legislação política, enquanto que o positivismo jurídico opõe a isso a subordinação abstrata dos direitos subjetivos ao direito objetivo, em nome de uma legitimidade que se esgota na legalidade de uma dominação política. Na conta do primeiro dos partidos desse conflito, encontramos o ônus de sustentar uma autoridade moral independente da legislação democrática, a qual não pode ser fundada no âmbito da própria teoria do direito. Na conta do positivismo jurídico, com o completo esvaziamento normativo do direito subjetivo, fica colocado o enigma de explicar a legitimidade a partir da legalidade. Por um lado, o positivismo jurídico pecaria em não considerar a proteção

de uma esfera de liberdades individuais – a qual garantiria os espaços para a independência e a livre formação da vontade individual – como elemento constitutivo da legitimidade das ordens jurídicas modernas. Por outro, um retorno ao tipo de fundamentação da doutrina dos direitos subjetivos é ao mesmo tempo considerado vetado: ele se sustenta nos pressupostos idealistas do direito natural e assume a precedência normativa da autonomia privada ante a pública.

Segundo Habermas, as dificuldades que dão ensejo a tal conflito dentro da dogmática jurídica são provenientes de uma perspectiva individualista, compartilhada por ambos os partidos em disputa, por meio da qual não é possível identificar a relação intrínseca entre direito subjetivo e objetivo como um reflexo da *estrutura intersubjetiva do direito*:

“Direitos subjetivos não estão referidos, de acordo com seu conceito, a indivíduos atomizados e alienados, que se entesam possessivamente uns contra os outros. Como elementos da ordem jurídica, eles pressupõem a colaboração de sujeitos, que se reconhecem reciprocamente em seus direitos e deveres, reciprocamente referidos uns aos outros, como membros livres e iguais do direito. Tal reconhecimento recíproco é constitutivo para uma ordem jurídica, da qual é possível extrair direitos subjetivos reclamáveis judicialmente. Neste sentido, os direitos subjetivos são co-originários com o direito objetivo; pois este resulta dos direitos que os sujeitos se atribuem reciprocamente.(...) O desconhecimento desta estrutura determina não somente os segmentos idealistas, como também as ramificações positivistas da dogmática do direito civil alemão”⁶⁷

Para Habermas, portanto, o caráter intersubjetivo dos direitos portados pelos sujeitos jurídicos é a chave para a superação da oposição encontrada no interior da dogmática do direito civil alemão. Segundo ele, direitos subjetivos não poderiam ser compreendidos como meros domínios para a livre disposição da vontade de sujeitos isolados, mas sim como liberdades de ação reconhecidas intersubjetivamente. E isso porque tais direitos confeririam pretensões a seus portadores que valem apenas em relação a outras pessoas, não havendo, nesse sentido, direito algum sem a cooperação de sujeitos que reconhecem e cumprem direitos e deveres. Nessa perspectiva, os direitos subjetivos não devem ser prioritariamente entendidos como esferas de liberdade

⁶⁷ FG, p. 117 (DDem, v. I, p. 121).

individuais protegidas *contra* a ação do Estado ou de terceiros, mas sim como liberdades pactuadas *entre* os sujeitos de direito; vale dizer, como a coexistência da maior medida possível de iguais liberdades de ação reconhecida entre os membros de uma comunidade jurídica, o que exigiria, portanto, a deliberação dos mesmos sobre suas necessidades e planos de ação. Para Habermas, os direitos subjetivos, aos quais são atribuídos uma legitimidade proveniente da liberdade e igualdade que proporcionam aos sujeitos privados, não podem ser formulados de maneira adequada sem que antes os próprios atingidos possam articular e fundamentar as esferas de liberdade e os aspectos relevantes para o tratamento igualitário entre si. Com isso, a autonomia privada apenas poderia ser assegurada *pari passu* com a ativação da autonomia pública, o que representa o cerne da tese da *cooriginariedade* a ser tratada adiante. Antes disso, entretanto, Habermas se dedica a apresentar o conflito entre autonomia pública e privada encontrado na tradição ocidental do pensamento político moderno.

b) A reconstrução da filosofia política

Antes de passarmos à reconstrução da autocompreensão do direito operada pela filosofia política, cabe insistirmos na razão deste novo passo reconstrutivo. Como vimos, a dogmática jurídica não teria conseguido responder adequadamente de onde o direito positivo retira sua legitimidade. A reação positivista à concepção idealista de direitos subjetivos teria sido feita em nome de um conceito de autonomia pública meramente decisionista. A rigor, tratar-se-ia não de uma “autonomia pública” – se entendermos com esse termo a idéia de auto-determinação democrática –, mas de uma mera soberania do legislador político. O positivismo jurídico, pois, ao indicar a relação entre direito e política, não concebe este último termo como uma prática de autolegislação. Dessa forma, ele não teria conseguido alcançar onexo necessário entre direito e democracia; em outras palavras, não teria identificado a cooriginariedade entre autonomia privada e pública. Para Habermas, é importante mostrar que a “tese da cooriginariedade”, pressuposta ao longo de toda a crítica à dogmática jurídica, já havia sido intuída na autocompreensão do direito realizada pela filosofia política. Com efeito, tanto as vertentes liberais quanto republicanas do pensamento político moderno teriam tentado

sustentar, ao mesmo tempo, liberdades individuais e auto-governo democrático, recebendo tais tentativas sua expressão maior nas obras de Rousseau e Kant. Para Habermas, entretanto, se essa intuição já se faz presente no pensamento político moderno, ela não consegue ser adequadamente cumprida devido a dificuldades compartilhadas, as quais precisariam ser mais uma vez superadas.

Segundo Habermas, diferentes exigências por “autonomia” surgem no pensamento político como as únicas bases normativas capazes de legitimar as normas legais no mundo profanizado moderno. A noção de autonomia, entendida genericamente como a liberdade para um sujeito agir estritamente segundo as normas e orientações de ação que ele mesmo criou, teria sido duplicada na filosofia política moderna de acordo com o caráter do “sujeito” considerado: os conceitos de autonomia privada e pública, assim, cobririam respectivamente os aspectos da liberdade endereçados, de um lado, a sujeitos individuais e, de outro, a comunidades políticas interpretadas em seu todo como “macro-sujeitos sociais”. Segundo o autor, entretanto, esse viés próprio da filosofia do sujeito, que apenas altera a dimensão de uma consciência que opera monologicamente, seria incapaz de harmonizar adequadamente autonomia privada e pública. Para Habermas, a superação das dificuldades encontradas pelo pensamento político em cumprir sua intuição principal exigiria a superação da filosofia do sujeito com a explicitação da *estrutura comunicativa da autolegislação*: “A cooriginaridade entre autonomia pública e privada apenas se mostra quando deciframos discursivamente a figura de pensamento da autolegislação, segundo a qual os destinatários são ao mesmo tempo os autores de seus direitos.”⁶⁸

Como já dito, a relação não harmonizada entre autonomia pública e privada é encontrada no pensamento político moderno na forma de uma concorrência entre soberania popular e direitos humanos. Segundo Habermas, o republicanismo moderno⁶⁹ é caracterizado pela primazia normativa atribuída à soberania popular em relação às liberdades apolíticas das pessoas privadas. O “modelo republicano”, pois, fixar-se-ia na

⁶⁸ FG, p. 135 (DDem, v. I, p. 139).

⁶⁹ Ao falar em “republicanismo”, Habermas não considera as distinções significativas traçadas no interior deste campo intelectual, tais como “republicanismo clássico”, “humanismo cívico”, “neo-republicanismo” ou mesmo “comunitarismo”. O republicanismo é tratado aqui como uma figura de pensamento homogênea, caracterizada, como será dito, pela formulação e defesa de uma soberania popular interpretada eticamente. Para leituras bastante divergentes, conferir, por exemplo, PETTIT, P. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

auto-organização da sociedade pelos cidadãos em acordo mútuo e na não remissão dos fins coletivos à negociação de interesses particulares opostos. Com isso, o ideal de autogoverno é introduzido aqui como a liberdade de um povo decidir sobre as normas e instituições políticas que regulam sua vida em comum. Entretanto, no interior de suas estruturas conceituais, o “povo” teria sido transformado num “macro-sujeito social” cuja consciência e vontade poderiam ser conhecidas por meio de uma unidade cultural substantiva, vale dizer, por meio de tradições e valores homogeneamente compartilhados entre seus membros. Segundo tal interpretação, a soberania popular ganharia no republicanismo o formato de discursos ético-políticos fechados em si mesmos, nos quais a *formação* política da vontade seria reduzida ao “auto-esclarecimento” de um substrato ético pressuposto entre todos os membros da comunidade. Como veremos adiante, Habermas não rejeita os discursos ético-políticos como uma dimensão constitutiva da formação política da vontade; entretanto, ao deixar de incorporar a dimensão moral dos discursos práticos modernos – que valoriza o igual respeito a cada indivíduo particularmente – os discursos ético-políticos não poderiam reclamar a suposição de produzir consensos espontânea e racionalmente assumidos por *cada um* de seus participantes. Neste momento, Habermas apenas trata de apontar que a subordinação dos direitos humanos a uma soberania popular interpretada estritamente em termos ético-políticos ainda não consegue se desprender completamente de um pano de fundo tradicional: “os representantes do humanismo republicano dão destaque ao valor próprio, não instrumentalizável, da auto-organização dos cidadãos, de tal modo que, numa comunidade naturalmente política, os direitos humanos só se tornam obrigatórios enquanto elementos de sua própria tradição, assumidos conscientemente.”⁷⁰ A justificação das normas legais não exigiria aqui diretamente a proteção de direitos subjetivos, mas concentrar-se-ia na persecução da auto-realização coletiva e preservação do consenso ético que representariam por si só o bem comum. Em nome da liberdade do ente coletivo, pois, as liberdades individuais, que constituem o “cerne dos direitos humanos”, seriam deixadas em segundo plano. Ainda que não sejam inteiramente rejeitadas em nome da soberania do povo, elas apenas podem ser assumidas como elementos que coincidem com a própria tradição.

⁷⁰ FG, p. 130 (DDem, v.I, p. 134)

Seguindo a vertente moral dos discursos práticos modernos, segundo a qual, nas palavras de Michelman, indivíduos são considerados “livres na medida em que são governados não por homens, mas por direitos”, o liberalismo político atribuiria primazia normativa aos direitos humanos como uma exigência de igual respeito a cada ser humano individualmente. Para Habermas, os direitos humanos seriam defendidos pela vertente liberal do pensamento político como direitos pré-políticos, fundamentados racionalmente como garantias individuais que protegem os atributos físicos e psicológicos que constituem a própria natureza humana. E por pertencerem a cada indivíduo independentemente dos contextos políticos ou culturais nos quais se encontram enraizados, eles deveriam representar barreiras invioláveis por autoridade política qualquer. Escreve Habermas que, não obstante as diferenças localizadas entre as obras de Locke e Paine, os “pais fundadores do liberalismo político”, a versão jusnaturalista delas extraída possuiria um sentido prioritariamente restritivo - como proteção de uma esfera de liberdades privadas contra a intervenção estatal. A sociedade, que se auto-organizaria segundo uma “divisão natural do trabalho”, seria capaz de seguir um desenvolvimento harmonioso quando simplesmente protegida contra a intervenção despótica do governo. A intuição continuada entre as obras desses dois autores, que afirmaria a capacidade dos homens conduzirem suas vidas fundamentalmente por meio de seu trabalho e não pela defesa ou agressão física, fundamentaria os direitos de propriedade como direitos à auto-preservação e auto-desenvolvimento. Dessa forma, “a prática de livre troca universal garantiria os direitos humanos de maneira mais sólida que qualquer teoria que pretendesse ditar o direito (...) por meio da transformação da opinião pública em poder político.”⁷¹

Importante apontar que a defesa do auto-governo político também encontra-se presente no pensamento liberal. Com efeito, Paine considera que a independência americana teria tido pouco significado se não houvesse sido acompanhada por uma revolução nos princípios e práticas de auto-governo. Num sentido ainda mais contundente, Locke coroa o poder legislativo democraticamente configurado como o poder soberano no interior de uma comunidade política. Entretanto, se a

⁷¹ HABERMAS, J. “Naturrecht und Revolution”, in Idem, *Theorie und Praxis. Sozial-Philosophische Studien*. Frankfurt am Main: Surhkamp, 1963, pp. 101-102.

autodeterminação coletiva de uma comunidade política não deixa de ser assumida como um princípio normativo caro ao liberalismo, ela se apresenta ali em um formato estritamente limitado: “Na concepção liberal, os direitos humanos impõem-se ao saber moral como algo dado, ancorado num estado de natureza fictício; (...) evocando o perigo de uma ‘tirania da maioria’, os liberais postulam o primado dos direitos humanos que garantem as liberdades pré-políticas do indivíduo e colocam barreiras à vontade soberana do legislador.”⁷² Habermas insiste no caráter apriorístico dos direitos subjetivos privados, fundamentados por meio do recurso a um “estado de natureza fictício” e meramente “transferidos” à condição civil. E nessa “transferência” mesma, encontraríamos já uma *restrição* do próprio universo do político: o poder político democraticamente configurado mostrar-se-ia antecipadamente determinado pelas funções de impor e vigiar o respeito aos direitos racionalmente fundamentados, entendidos de maneira ampla como “direitos de propriedade”. Seu campo de ação, pois, seria limitado de antemão por tais direitos inatos e inalienáveis, cujo conteúdo, apesar da pretendida abstração do artifício teórico contratualista que os fundamenta como “direitos naturais”, acabaria por engessar os padrões de interação “de uma sociedade integrada através do mercado”.⁷³ Dessa forma, os direitos que protegem a privacidade dos sujeitos de direito seriam impostos ao legislador político como algo dado, retirado do escrutínio público, transformando a autonomia privada num selo de imutabilidade que impede a submissão de importantes temas e esferas da vida social à crítica e à reformulação reflexiva.

Com isso, vemos que a idéia de autogoverno é ligada à compreensão da autonomia pública elaborada pelas vertentes republicana e liberal do pensamento político moderno: de um lado, como a prática soberana de auto-esclarecimento de um povo que pretende realizar o *telos* contido em suas tradições e, de outro, como uma prática de autodeterminação democrática limitada por garantias individuais asseguradas previamente. Para Habermas, entretanto, essas duas compreensões da idéia de autogoverno não conseguem se harmonizar plenamente com a autonomia privada dos sujeitos de direito: em nenhuma delas é dada a possibilidade deles *próprios* decidirem acerca dos direitos que configuram seus espaços individuais de ação. De um lado, tais espaços de

⁷² FG, p. 130 (DDem, v. I, p. 134).

⁷³ FG, p. 592 (DDem, v. II, p. 241).

ação já estariam cristalizados na tradição; de outro, eles seriam impostos como dados inatos fundamentados paternalisticamente pelo teórico. Podemos dizer, pois, que na concorrência entre direitos humanos e soberania popular, liberais e republicanos não interpretam radicalmente os potenciais de reflexão e crítica liberados na modernidade com o declínio da autoridade religiosa: eles ainda se mantêm presos a garantias “meta-sociais” que bloqueiam a livre circulação de temas e argumentações, representadas pela figura holística de um *povo* dotado de um consenso ético substantivo ou por *direitos naturais* resguardados dos debates público-políticos. Uma interpretação normativa radical dos potenciais comunicativos liberados na modernidade exigiria, pois, a assunção simétrica, “não reduzida”, das autonomias pública e privada. Nesse sentido, a racionalidade imanente de direitos humanos (que protege uma esfera de liberdades privadas dos sujeitos individuais) e a soberania da vontade popular (que representa a auto-organização coletiva de uma comunidade política) deveriam ser consideradas, segundo Habermas, princípios normativos que se complementam mutuamente. Para o autor, Rousseau e Kant já teriam procurado conciliar esses dois princípios normativos como uma união de razão prática e vontade soberana – tendo ambos, entretanto, falhado na sustentação simétrica desse par de conceitos: Rousseau teria sobreposto o momento da soberania popular e Kant, o da razão prática.

Ao assumir a vontade popular como a vontade soberana no interior de uma comunidade política, Rousseau nomeia a “Lei” como o instrumento necessário a sua devida expressão e como condição mesma da própria associação civil: “As leis não são, propriamente, mais do que as condições da associação civil. O povo, submetido às leis, deve ser o seu autor. Só àqueles que se associam cabe regulamentar as condições da sociedade.”⁷⁴ Sendo a vontade geral a vontade própria do corpo político, vale dizer, aquilo que o distingue de uma mera agregação de homens, essa vontade precisaria de um instrumento específico para ser fixada, capaz de expressá-la sem deturpar sua natureza peculiar. A Lei é considerada por Rousseau como uma declaração pública e solene de “todo o povo, que estatui algo para todo o povo.”⁷⁵ Assim, ela deveria necessariamente possuir uma *forma geral e abstrata*: “Quando digo que o objeto das leis é sempre geral,

⁷⁴ ROUSSEAU, J. J. *Do Contrato Social*. In *Os Pensadores*, v. I. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p.55.

⁷⁵ ROUSSEAU, J. J., op. cit., p. 54.

por isso entendo que a Lei considera os súditos como corpo e as ações como abstratas, e jamais um homem como indivíduo ou uma ação em particular.”⁷⁶ Com isso, Rousseau julga impedir que a lei seja usada como fonte de privilégios e perseguições a indivíduos ou situações determinadas, sendo configurada como um instrumento regulador da vida social apto a tratar eqüitativamente todos seus destinatários. Habermas enxerga nessa ligação necessária entre a soberania popular e a “Lei” uma tentativa de harmonizar autonomia pública e privada: “Como a vontade soberana do povo apenas pode ser exprimida na linguagem de leis gerais e abstratas, está inscrito naturalmente nelas o direito a iguais liberdades subjetivas.”⁷⁷ Com efeito, as propriedades lógico-semânticas de generalidade e abstração teriam na obra de Rousseau o condão de excluir “todos os interesses não universalizáveis, permitindo apenas regulamentações que garantissem a todos as mesmas liberdades subjetivas.”⁷⁸

Habermas, entretanto, escreve que esse pensamento “luminoso” de unir autonomia pública e privada não seria levado às últimas conseqüências por Rousseau, por se prender, “mais do que Kant, à tradição republicana. Ele interpreta a idéia de auto-legislação mais na linha da ética do que na da moral e concebe a autonomia como a realização da forma de vida consciente de um povo concreto.”⁷⁹. O “povo”, que exerce o poder soberano por meio de leis auto-impostas, ainda seria lido como um “macro-sujeito social”; nas palavras mesmas de Rousseau, como um “ente racional” dotado de “existência e vontade próprias”. Os indivíduos singulares apenas engendrariam esse ente coletivo por meio de sua “*transformação* em cidadãos de uma comunidade ética orientada ao bem comum. Como membros de um corpo coletivo, eles se diluem na prática de legislação de um macro-sujeito, o qual rompeu com os interesses individuais

⁷⁶ ROUSSEAU, J. J., op. cit., p. 54.

⁷⁷ FG, p. 131 (DDem, v. I, p. 135).

⁷⁸ FG, p. 132 (DDem, v. I, p. 136).

⁷⁹ FG, p. 132 (DDem, v. I, p. 136). Ao que parece, Habermas interpreta a obra de Rousseau com os olhos no “comunitarismo” contemporâneo. Vale a pena lembrar apenas que a incorporação da obra de Rousseau no pensamento político contemporâneo alcança também interpretações radicalmente opostas, as quais o enxergam, por exemplo, como um “democrata participativo” ou mesmo como um partidário da “democracia elitista”. Para verificar autores que assumem cada uma dessas leituras, conferir respectivamente HELD, D. *Models of Democracy*. Oxford: Blackwell, 2006 e FRALIN, R. *Rousseau and Representation*. New York: Columbia University Press, 1978. Para uma exposição geral dessas diferentes leituras, conferir meu artigo “Rousseau e a Soberania da Vontade Popular”, in MACEDO, R. P., *Curso de Filosofia Política*. São Paulo, Editora Atlas, 2008.

das pessoas privadas submetidas às leis.”⁸⁰ Segundo Habermas, a compreensão do corpo político como um macro-sujeito dotado de vontade única, pressuposta antecipadamente em cada um de seus membros, não conseguiria abarcar o sentido de uma prática intersubjetiva de autêntica *formação* da vontade política, na qual cada membro individual pode, por princípio, participar da gênese deliberativa da vontade democrática segundo a livre apresentação de suas opiniões particulares. Rousseau, pois, conceberia a “auto-legislação como uma prática que precisa se alimentar da substância ética de um povo que *já se entendeu* preliminarmente sobre suas orientações axiológicas” – e, com isso, ele não conseguiria esclarecer “como a postulada orientação pelo bem-comum dos cidadãos pode ser mediada sem repressão com as posições de interesse socialmente diferenciadas das pessoas privadas.”⁸¹

A crítica que Habermas faz aqui de Rousseau parece coincidir com a interpretação de Bernard Manin contida em seu famoso artigo “Legitimidade e Deliberação Política”. Segundo Manin, ao tratar das deliberações das quais resulta a vontade geral entre os cidadãos, Rousseau não usaria o termo “deliberação” como o processo de *formação* da vontade, isto é, como “o momento particular que precede a escolha, no qual o indivíduo pondera diferentes soluções antes de se filiar a uma delas.”⁸² Ao contrário, “deliberação” seria usado como “simples decisão”, vale dizer, como expressão da vontade geral que habita antecipadamente a consciência de cada parte do ente coletivo: “os indivíduos em Rousseau supõem já saber o que querem quando vão a uma assembléia pública para decidir em comum. Eles já determinaram sua vontade, de tal maneira que qualquer ato de persuasão empreendido pelos outros poderia apenas corromper sua vontade e oprimi-la. Poderia se objetar que, em vez de deliberarem coletivamente, os cidadãos de Rousseau deliberam apenas dentro de si mesmos, no segredo de seus corações. (...) Entretanto, os cidadãos da democracia de Rousseau não deliberam nem consigo mesmos, porque Rousseau considera a política uma matéria simples.”⁸³ E contra o solipsismo contido nessa compreensão de autogoverno, o autor assevera: “a fonte de legitimidade não é a vontade predeterminada dos indivíduos, mas antes o processo de sua formação, ou seja, a

⁸⁰ FG, p. 132 (DDem, v. I, p. 136).

⁸¹ FG, p. 132 (DDem, v. I, p. 136).

⁸² MANIN, B. “Legitimidade e Deliberação Política”, in WERLE, D. L. e MELO, R. S. (orgs.). *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, 2007, p. 23.

⁸³ MANIN, op. cit, pp. 25-26.

própria deliberação. (...) Precisamos afirmar, com o risco de contradizer uma longa tradição, que o direito legítimo consiste no *resultado de uma deliberação geral*, e não na *expressão da vontade geral*.⁸⁴

Para Habermas, em continuação, as propriedades lógico-semânticas das leis apenas seriam suficientes à proteção dos sujeitos de direito individuais em meio a uma comunidade que possui um consenso axiológico absoluto assegurado previamente através da tradição e do *ethos*. De um lado, entretanto, tal pressuposto não seria minimamente realista face ao multiculturalismo presente na maior parte das sociedades contemporâneas.⁸⁵ De outro, uma tal versão ética do conceito de soberania popular se afastaria muito do sentido de uma racionalidade universalista, já que estaria limitada à proteção dos valores específicos compartilhados etnocentricamente por uma comunidade fechada de cidadãos. Por isso, a simples forma de leis gerais e abstratas não bastaria à supressão de interesses não universalizáveis no interior da produção legislativa. Indivíduos isolados e grupos minoritários poderiam ver seus espaços de ação completamente suprimidos por trás das propriedades da generalidade e abstração jurídicas.⁸⁶ Encontraríamos aqui, novamente, uma superposição da autonomia política sobre a privada, revelando um esquema teórico que permite em seu interior uma imposição repressiva da soberania popular como “ditadura da maioria”. Para que isso fosse evitado, escreve Habermas, seria necessário um ponto de vista genuinamente universalista, “a partir do qual poderia ser avaliado se o que é bom *para nós* é do interesse simétrico de cada um”.⁸⁷ Kant, por sua vez, buscaria a fundamentação do direito em princípios morais e, segundo Habermas, desequilibra o jogo de forças entre razão e vontade para o lado oposto.

Assumindo a influência de Rousseau, Kant defende que a constituição civil de todo e qualquer Estado deve ser “republicana” e que as leis nele imperantes devem ser provenientes da vontade soberana do povo: “Todo direito depende de leis. Mas uma lei pública, que determina para todos o que deve ser juridicamente permitido ou proibido, é um ato de vontade pública, da qual surge todo direito e que, por conseguinte, não tem

⁸⁴ MANIN, op. cit., p. 31.

⁸⁵ FG, p. 612 (DDem, v. II, p. 260).

⁸⁶ FG, p. 133 (DDem, v. I, p. 137).

⁸⁷ FG, p. 133 (DDem, v. I, p. 137).

como cometer injustiça contra ninguém. Aqui, porém, não é possível nenhuma outra vontade a não ser a de todo o povo (uma vez que todos determinam sobre todos e, portanto, cada um determina sobre si mesmo: pois ninguém pode ser injusto consigo mesmo).”⁸⁸ Contra Rousseau, entretanto, Kant não precisa contar com um substrato ético comum entre os cidadãos. A “vontade geral”, pois, não é pressuposta como a vontade de um ente coletivo, de um macro-sujeito social, mas surge de um procedimento de universalização segundo o qual cada cidadão, entendido como uma consciência individual, apenas poderia aceitar para si as liberdades de ação que fossem compatíveis com as liberdades de todos os demais membros da comunidade. Segundo os princípios de seu “direito político”, a *independência dos cidadãos* como co-legisladores deve coexistir com a *igualdade* de todos enquanto súditos e com a *liberdade* de cada um enquanto homens, segundo a qual todos teriam o direito de perseguir sua felicidade pelos caminhos que lhes parecessem melhores, em respeito às liberdades dos demais.⁸⁹ Assim, afastando-se de Rousseau, o contrato social deixa de ser visto como supressão das vontades individuais e passa a ser considerado como a “coalizão” de cada “vontade particular e privada em uma vontade geral e pública.” Para Habermas, a exigência kantiana de aceitação das leis públicas como a maior medida de liberdades individuais concedidas a cada um revelaria uma tentativa própria de assumir a cooriginaridade da autonomia privada e pública:

“Os direitos naturais assumem uma figura positiva apenas na forma de ‘leis públicas’, as quais somente podem pretender legitimidade enquanto atos da vontade pública dos cidadãos autônomos e unidos. (...) Uma vez que a pergunta sobre a legitimidade das leis que garantem a liberdade precisa encontrar uma resposta *no interior* do direito positivo, o contrato de sociedade faz prevalecer o princípio do direito, na medida em que liga a formação política da vontade do legislador a condições de um *procedimento democrático*, sob as quais os resultados que aparecem de acordo com o procedimento expressam *per se* a vontade consensual ou o consenso racional de todos os participantes. Dessa maneira, no contrato de sociedade, o direito dos homens a iguais liberdades subjetivas, fundamentado moralmente, interliga-se com o princípio da soberania do povo.”⁹⁰

⁸⁸ KANT, I. “Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis”, in *Immanuel Kants Werkausgabe*, v. VI. Wilhelm Weischedel (ed.). Darmstadt: Wissenschaftliche deutsche Buchgesellschaft, 1964, p. 150.

⁸⁹ KANT I., op. cit., pp. 151 e ss.

⁹⁰ FG, p.123 (DDem, v. I, p. 127).

Segundo Habermas, entretanto, as autonomias pública e privada não conseguiriam aqui ser harmonizadas em seu sentido pleno. Partindo da determinação interior da vontade livre, Kant extrairia o “princípio geral do direito da aplicação do princípio moral a relações externas”. A partir dessa limitação do imperativo categórico “ao meu e teu exterior”, a legislação moral refletir-se-ia na legislação jurídica. Com isso, ainda que o sistema de direitos assumisse uma figura positiva na forma de leis públicas, o conceito de autonomia, que sustenta toda a construção normativa kantiana, seria introduzido na perspectiva monológica, “de certo modo privada”, daquele que julga moralmente. Os direitos subjetivos privados, pois, não dependeriam plenamente da autonomia política dos cidadãos, alcançando sua legitimidade antes mesmo de se diferenciar na figura de leis públicas. Nesse sentido, malgrado sua defesa do autogoverno republicano, Kant se aproximaria dos erros cometidos pelo liberalismo que o antecede: o “direito privado” seria identificado com o “direito natural” e, como tal, representaria uma restrição à autonomia pública dos cidadãos – sendo que, mais uma vez, o “conteúdo” dessa restrição estaria vinculado a um compromisso com a preservação da propriedade privada.⁹¹

Na *Metafísica dos Costumes*, a transformação da “aquisição provisória”, já assumida no estado de natureza, em “direitos peremptórios de propriedade” é considerada o fundamento mesmo da passagem ao Estado civil.⁹² No texto privilegiado por Habermas ao longo de toda sua exposição de Kant, “Über den Gemeinspruch...”, a propriedade privada é assumida não apenas como um “conteúdo” dado à autonomia pública dos cidadãos para posterior positivação, mas também como condição mesma do sufrágio político: “Aquele que tem direito ao voto nessa legislação se chama cidadão.(...) A única qualidade exigida para isso, excetuada a natural (que não seja uma criança, uma mulher), é: que ele seja o seu próprio senhor, tendo portanto alguma propriedade que o

⁹¹ Sobre a “dotrina da propriedade” em Kant, cf. TERRA, R. R. *A Política Tensa. Idéia e Realidade na Filosofia da História de Kant*. São Paulo: Iluminuras, 1995, pp. 75-138.

⁹² “Se alguém, antes de ingressar no estado civil, não quisesse reconhecer nenhuma aquisição como legal, nem sequer provisoriamente, então até aquele estado seria impossível. Com efeito, quanto à forma, as leis sobre o meu e o teu no estado de natureza contêm justamente o mesmo que elas prescrevem no estado civil, na medida em que este se pensa só segundo conceitos puros da razão; só que no último se oferecem as condições sob as quais aquelas se conseguem realizar (de harmonia com a justiça distributiva). – Por conseguinte, se no estado de natureza também não houvesse *provisoriamente* um meu e um teu exteriores, não haveria igualmente deveres jurídicos a tal respeito; logo, também não haveria mandamento algum para sair desse estado.” KANT, I. *Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2004, Parte I, p. 127.

sustente (podendo aí ser computada qualquer arte, artesanato, talento artístico ou ciência), ou seja, que ele, no caso de ter de receber de outros para viver, só o faça através da alienação do que é dele e não através de uma permissão que ele dê a outros no sentido de fazerem uso de suas forças. (...) Ora, nisso todos os artesãos e grandes (ou pequenos) proprietários são iguais entre si.” Comentando esta passagem, Habermas escreve que para Kant apenas os proprietários privados podem participar do público politicamente pensante, sendo excluídos não apenas os escravos, as mulheres e as crianças, como todo trabalhador assalariado: “Enquanto os assalariados estão obrigados a trocar a força de trabalho como sua única mercadoria, os proprietários privados se correlacionam como donos de mercadorias através da troca de artigos. Só estes são seus próprios senhores, só eles devem ter o direito de votar, de fazer uso público da razão em sentido modelar.”⁹³

Para Habermas, ainda que a legitimidade de “leis públicas” apenas seja concebida como um ato da vontade dos cidadãos, a idéia de autonomia política, segundo a qual indivíduos atuam diretamente numa prática de entendimento mútuo que resulta em auto-legislação, não pode ser plenamente explicada pela perspectiva privatista de Kant. A institucionalização posterior do direito natural a iguais liberdades de ação subjetivas, realizada através do contrato, é impulsionada pela vontade autônoma de *individuos singulares*, os quais dispõem preliminarmente, enquanto pessoas morais, da perspectiva social de uma razão que examina as leis. Em oposição, diz Habermas, a autonomia política está fundamentalmente ligada à idéia de que os destinatários de normas jurídicas possam entender-se como autores das mesmas. Essa relação de identificação entre autores e destinatários de um código jurídico exige mais que a mera concordância moral a normas produzidas por legisladores políticos. Um teste moral e posterior de leis que já foram produzidas juridicamente não seria capaz de explicitar a dimensão ativa que a autonomia política exige, caracterizando aquilo o que Habermas chama de “paternalismo de uma dominação das leis”. Embora o ponto de vista universalista – invocado por Habermas para evitar o etnocentrismo de um povo que busca exclusivamente nas leis sua auto-realização ética – seja introduzido por Kant, ele aparece deslocado do próprio procedimento democrático, situando-se num *momento diverso* daquele que contém a formação da vontade política.

⁹³ HABERMAS, J. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

“A idéia da autolegislação de civis exige que os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito. E para fazer jus a esta idéia, não basta compreender o direito a iguais liberdades de ação subjetivas como um direito fundamentado moralmente, que necessita apenas da positivação através do legislador político. Enquanto pessoas que julgam moralmente, podemos certamente nos convencer da qualidade do direito humano primordial, na medida em que já dispomos de um conceito de legalidade. Todavia, enquanto legisladores morais, nós ainda não somos sujeitos jurídicos ou destinatários, aos quais esse direito é conferido. É verdade que cada sujeito do direito, no papel de uma pessoa moral, entende que poderia dar-se a si mesmo determinadas leis jurídicas; mesmo assim, essa ratificação moral posterior e privada não elimina o paternalismo de uma ‘dominação das leis’, à qual os sujeitos do direito, politicamente heterônomos, continuam submetidos. Somente a normatização *politicamente autônoma* permite aos destinatários do direito uma compreensão correta da ordem jurídica em geral.”⁹⁴

A harmonização simétrica da autonomia pública e privada, para Habermas, faz necessária a superação das estruturas conceituais da filosofia do sujeito e o engate na dimensão intersubjetiva da teoria do discurso. A filosofia da consciência faria sempre a teoria pender para o lado do sujeito considerado, seja o “Eu” da *Crítica da Razão Prática*, seja o “Povo” do *Contrato Social*. Apenas a explicitação do caráter intersubjetivo do corpo jurídico poderia produzir um auto-entendimento coerente do direito moderno, na medida em que consegue harmonizar seus princípios normativos mais caros, colocados em posição de concorrência pela filosofia do sujeito.

“Se a vontade racional só pode formar-se no sujeito singular, então a autonomia moral dos sujeitos singulares deve passar através da autonomia política da vontade unida de todos, a fim de garantir antecipadamente, por meio do direito natural, a autonomia privada de cada um. Se a vontade racional só pode formar-se no sujeito superdimensionado de um povo ou de uma nação, então a autonomia política deve ser entendida como a realização autoconsciente da essência ética de uma comunidade concreta; e a autonomia privada só é protegida contra o poder subjugador da autonomia política através da forma não-discriminadora de leis gerais. Ambas as concepções passam ao largo da força de legitimação de uma formação discursiva da opinião e da vontade, na qual são utilizadas as forças ilocucionárias do uso da linguagem orientada pelo entendimento, a fim de aproximar razão e vontade –

⁹⁴ FG, p. 153 (DDem, v. I, p. 157).

e para chegar a convicções nas quais todos os sujeitos singulares podem concordar entre si sem coerção.”⁹⁵

Razão e vontade, portanto, apenas poderiam ser aproximadas pelo caminho do discurso, vale dizer, por meio de procedimentos discursivos que atribuam racionalidade à formação política da vontade. Em sociedades pós-tradicionais, nas quais as ordens normativas não contam mais com garantias meta-sociais fornecidas pela autoridade do sagrado ou do costume, a determinação da ação não se prende mais a complexos solidificados e indivisos de convicções axiológicas. Depois que a substância normativa de um *ethos* ancorado em tradições metafísicas e religiosas passa pelo crivo de fundamentações pós-tradicionais, questões práticas apenas podem ser decididas racionalmente por meio de um discurso que permite o reconhecimento mútuo de vontades e interesses mediante um processo de argumentação empreendido intersubjetivamente: “Sem a retaguarda de cosmovisões metafísicas ou religiosas, imunes à crítica, as orientações práticas só podem ser obtidas, em última instância, através de argumentações, isto é, através de formas de reflexão do próprio agir comunicativo”⁹⁶. Dessa forma, o discurso racional prático, realizado sob condições de comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, é compreendido por Habermas como a única maneira racional de indivíduos se entenderem acerca de normas de ação cujas pretensões de validade tornaram-se problemáticas⁹⁷.

Seguindo esse referencial, a idéia de auto-legislação inferida da noção de autonomia não pode ser identificada com a auto-determinação moral de pessoas singulares, nem tampouco com a auto-realização ética de uma comunidade globalmente considerada. Habermas pretende salientar que toda forma de determinação normativa não discursiva estaria fadada a alguma espécie de autoritarismo: mesmo a intuição iluminada de harmonizar razão prática e vontade soberana revela as conseqüências indesejáveis de uma “ditadura da maioria” ou de um “paternalismo das leis” quando o conceito de autonomia é tomado em uma perspectiva egocêntrica. Por isso, Habermas propõe um

⁹⁵ FG, p. 134 (DDem, v. I, p. 138).

⁹⁶ FG, p. 128 (DDem, v. I, p. 132).

⁹⁷ Cf. DEFLEM, M. “Introduction: law in Habermas’s Theory of Communicative Action”, in *Philosophy and Social Criticism*, vol. 20, n.4, 1999, pp. 2-20; MCCARTHY, T. “Practical Discourse: On the Relation of Morality to Politics”, in Idem, *Ideals and Ilusions: On Reconstructions and Deconstruction in Contemporary Critical Theory*. Massachusetts: MIT Press, 1991, pp. 181-199.

modo próprio de interpretar o conceito de autonomia, seguindo a linha da teoria do discurso. Seu princípio do discurso (princípio D), o qual explicita abstratamente as exigências de racionalidade de discursos práticos, exige que *toda norma de ação possa encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos enquanto participantes de discursos racionais*. Assim, a autonomia é abstratamente ligada à formação discursiva da opinião e da vontade, representando um esforço cooperativo na tomada de posições intersubjetivamente informada acerca de questões normativas.

O núcleo normativo, dessa forma, é transferido das figuras do sujeito individual que luta por vantagens ou do macro-sujeito social que procura sua auto-realização ética para um processo intersubjetivo de entendimento, quer dizer, para processos de comunicação em que o livre fluxo de argumentos e posições substitui a posição central que concepções substantivas de “sujeito” possuíam na construção normativa. A partir desse novo núcleo normativo, a autonomia privada passará a ser cunhada como um momento da autonomia jurídica que se anula sem seu momento oposto. A interpretação intersubjetiva da autonomia privada, segundo Habermas, esclarece suas relações necessárias com a autonomia pública: ela será apresentada como condição para a formação discursiva da vontade política e, ao mesmo tempo, um resultado da mesma. Com isso, ele pretende superar tanto a parcialidade das figuras de pensamento liberal e republicana – por agregar seus elementos normativos de maneira complementar – quanto os déficits normativos presentes em seu conflito – por não reprimir um momento da autonomia em benefício do outro.

II. Autonomia privada e seus momentos internos

A produção do conceito de “autonomia privada” é realizada por Habermas em *Direito e Democracia* com a conexão do princípio do discurso (“Princípio D”) à forma jurídica. Da racionalidade observada no advento histórico de formas discursivas pós-tradicionais é extraído, segundo Habermas, o núcleo normativo para a orientação de juízos práticos: o princípio do discurso representa o sentido de “imparcialidade” contido na busca por “justiça” ou “correção normativa” realizada intersubjetivamente entre os destinatários de normas de ação.

O princípio do discurso aparece no início da segunda parte do capítulo 3 como uma consequência da análise teórico-histórica da dogmática do direito civil e da filosofia política moderna. Vale dizer, como uma tentativa de superação das dificuldades apresentadas por tais tradições de pensamento, derivadas tanto dos “falsos pressupostos” da filosofia do sujeito quanto da subordinação metafísica do direito positivo ao direito natural. A pretensão moderna de derivar a legitimidade do direito da idéia de autolegislação não pôde ser sustentada pela vontade comum de uma comunidade ética homogênea nem pelo conteúdo moral intrínseco das liberdades individuais. Para Habermas, a racionalidade observada no advento histórico de formas discursivas pós-tradicionais permite a exposição de *toda* norma de ação à crítica, exigindo sua justificação fundada em argumentos; o que torna necessário uma *radicalização* da própria idéia de autolegislação: nenhuma norma de ação pode ser afastada da formação discursiva da vontade sob o pressuposto de um consenso ético inicial ou de direitos originários derivados da natureza humana. Segundo Habermas, a idéia de autolegislação apenas pode ser entendida sob condições pós-metafísicas como a *aceitabilidade racional fundada em argumentos*, segundo a qual os próprios destinatários podem produzir e aceitar, por meio de discursos livres de coerção, as normas que terão de obedecer.

A formulação do Princípio do Discurso – “são válidas apenas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”⁹⁸ – concentra, de maneira não exaustiva, as proposições que fornecem as bases para discursos racionais práticos, tais como a igualdade de *status* entre os participantes, o livre movimento de temas e contribuições, a exigência de que todas as partes afetadas com a decisão possam concordar com ela antes que seja considerada válida e a exigência de que tais decisões sejam realizadas na base do melhor argumento. Os termos “normas de ação” e “discursos racionais”, utilizados nessa formulação, não recebem as qualificações de nenhuma forma específica de discurso prático, deixando claro que o princípio do discurso é válido para discursos racionais e normas de ação “em geral”. Com isso, o princípio do discurso representa uma forma de autonomia neutra em relação ao direito e à moral, vinculada simplesmente à

⁹⁸ FG, p. 138 (DDem, v. I, p. 142).

aceitabilidade de normas gerais de ação e permitindo uma especificação independente (não subordinada) entre formas distintas de discursos práticos⁹⁹.

Se a reconstrução do direito parte aqui da normatividade contida no Princípio D, sua especificação em relação aos discursos práticos em geral exige a consideração de certas características peculiares à forma moderna de institucionalização jurídica. Vale dizer, para iniciar o traçado dos elementos que caracterizam a racionalidade própria ao direito, Habermas apresenta a necessidade de unir as exigências normativas extraídas das formas discursivas pós-tradicionais a certas características institucionais peculiares à “forma do direito moderno”.¹⁰⁰ Essa conexão do “Princípio D” à “forma do direito” é descrita por Willian Regh como uma tentativa de salientar as dificuldades de se decidir sobre a validade de normas gerais de ação por meio exclusivamente das intuições normativas do discurso racional prático, sendo a forma do direito introduzida aqui como um “componente institucional necessário”.¹⁰¹ Entre as dificuldades “reais” envolvidas na decisão de questões práticas por meio do princípio do discurso – como, por exemplo, a impossibilidade de se contar com discussões “intermináveis” em busca do consenso, como enfatizado por Regh¹⁰² – Habermas salienta os *déficits* operacionais da moral pós-convencional e a maneira como a forma do direito moderno reage a elas.

⁹⁹ Com a neutralidade do princípio que orienta discursos práticos em geral, Habermas pretende não apenas evitar os imperativos jusnaturalistas que preceituam a subordinação do direito positivo a uma ordem natural de direitos fundamentados moralmente, mas também a tese de Alexy, segundo a qual o discurso jurídico representa um caso específico de discursos morais (Cf. ALEXY, R. *Teorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990.). Contra esta tese, Habermas apresenta a objeção de que a legitimidade das normas de direito e a *correção* de decisões jurídicas não são simplesmente subordinadas a critérios morais de justificação (universalidade), mas à racionalidade de procedimentos democráticos mais complexos, os quais contam não apenas com argumentos morais, mas também éticos e pragmáticos.

¹⁰⁰ Onora O’Neil defende que os ideais contrafáticos acerca da possibilidade de assentimento geral a normas de ação acabam sendo neutralizados pela facticidade da institucionalização jurídica. Cf. “Kommunikative Rationalität und praktische Vernunft”, in *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 41, 1993, pp.329-332. Para Habermas, como veremos, a institucionalização do discurso pela via jurídica é, por princípio, não apenas compatível com a racionalidade de discursos práticos em geral como permite, inclusive, a superação de certos *déficits* operacionais contidos em formas não institucionalizadas de discurso prático, tal como o discurso moral.

¹⁰¹ Cf. REGH, W. “Against Subordination – Morality, Discourse, and Decision in the Legal Theory of Jürgen Habermas” in ROSENFELD, M., ARATO, A. (eds.). *Habermas on Law and Democracy. Critical Exchanges*. Berkley: University of California Press, 1998, p. 261.

¹⁰² Op. cit., p.262.

Segundo Habermas, com o advento da moral pós-convencional¹⁰³ podem ser observados em seu interior certos *déficits* de caráter cognitivo, motivacional e organizatório. Em primeiro lugar, a moral pós-convencional não possuiria um catálogo inequívoco de deveres ou um conjunto de normas hierarquizadas – e tampouco possuiria condições de produzi-los, já que não se encontraria mais diretamente ligada à autoridade de instituições arcaicas capazes de determinar o conteúdo de normas de ação. Por isso, mesmo o sujeito motivado ao agir moral teria dificuldades em decidir qual a ação moralmente correta em contextos específicos. Para Habermas, essa *indeterminação cognitiva* seria significativamente removida pela posituação do direito moderno, já que normas jurídicas passam a ser redigidas por legisladores que decidem qual o direito válido e os tribunais resolvem a disputa sobre sua interpretação, auxiliados ainda pelo trabalho de profissionais de uma dogmática jurídica especializada: “A moral racional configura apenas um procedimento para a avaliação imparcial de questões controversas. Ela não tem condições de elaborar um catálogo de deveres, nem ao menos uma série de normas hierarquizadas: ela exige apenas que os sujeitos formem seu próprio juízo. (...) Problemas de fundamentação e de aplicação de questões complexas sobrecarregam frequentemente a capacidade analítica do indivíduo. E tal indeterminação cognitiva é absorvida pela facticidade da normatização do direito. O legislador político decide quais normas valem como direito e os tribunais resolvem, de forma razoável e definitiva para as partes, a disputa sobre a aplicação de normas válidas, porém carentes de interpretação.”¹⁰⁴

À indeterminação cognitiva da moral pós-convencional soma-se sua *incerteza motivacional*: ela precisaria contar com a “força de vontade” de indivíduos motivados a agir segundo intuições morais, freqüentemente contrárias a seus próprios interesses imediatos. Sua eficácia, pois, ficaria depositada na “internalização” incerta de motivos

¹⁰³ Grosso modo, a moral pós-convencional é aquela na qual a aceitabilidade de normas de ação não pode mais ser justificada pela autoridade da tradição ou dos costumes, mas sim pela sua capacidade de ser fundamentada pelo ponto de vista da *universalidade*. Este último se dá quando são aceitos estritamente argumentos que tomam a humanidade como referência visando a uma “consideração simétrica do interesse de todos”, o que atribui às normas morais a validade falibilista de serem aceitas até que sua suposta imparcialidade seja problematizada por argumentos que apontem seu caráter etnocêntrico. Cf. HABERMAS, H. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989; BANNWART, C. J. *Moral pós convencional em Habermas*. Dissertação de Mestrado, IFCH/UNICAMP, 2002.

¹⁰⁴ FG, p. 147 (DDem, v. I, p. 150).

morais nas estruturas de personalidade, fazendo com que as expectativas ligadas ao agir moral sejam muito frágeis ou mesmo improváveis: “Uma moral dependente de um substrato de estruturas da personalidade ficaria limitada em sua eficácia caso não pudesse atingir os motivos dos agentes por um outro caminho que não o da internalização, a saber, o da institucionalização de um sistema jurídico que complementa a moral da razão do ponto de vista da eficácia para a ação.”¹⁰⁵ O direito moderno vem suprir o referido déficit de eficácia ao se apresentar como uma *forma coercitiva de regulação da conduta*. Vale dizer, ele conta com a possibilidade de imposição fáctica da norma por meio de sanções legalmente previstas, estabilizando assim as expectativas de comportamento em um grau significativamente maior que o da moral pós-convencional. Para Habermas, esse elemento coercitivo do direito moderno não anula as exigências normativas de “livre convencimento” e “livre aceitação da norma” contidas no princípio do discurso – e isso porque, diferentemente de formas jurídicas tradicionais (como o direito canônico), a coerção dirige-se aqui ao comportamento dos destinatários e não a seus enfoques e convicções internas. Nesse sentido, ele permite que as normas sejam debatidas e criticadas mesmo por aqueles que as cumprem segundo um enfoque estratégico, orientado pelas conseqüências, liberando os fluxos comunicativos vinculados a seus aspectos de validade para que possam vir a ser modificadas ou declaradas inválidas: “A incerteza motivacional (...) é absorvida pela facticidade da imposição do direito. Na medida em que não está ancorada suficientemente nos motivos e enfoques de seus destinatários, uma moral racional depende de um direito que impõe um agir conforme a normas, deixando livres os motivos e enfoques. O direito coercitivo cobre de um tal modo as expectativas normativas com ameaças de sanção, que os destinatários podem limitar-se a considerações orientadas pelas conseqüências.¹⁰⁶ (...) Pois o direito legítimo só se coaduna a um tipo de coerção jurídica que salvaguarda os motivos racionais para a obediência ao direito. O direito positivo não pode obrigar os destinatários a isso.”¹⁰⁷

Por fim, Habermas considera que o cumprimento de obrigações morais exige muitas vezes esforços cooperativos e organizacionais dependentes de estruturas institucionais que a moral pós-convencional não possui. O preenchimento de expectativas

¹⁰⁵ FG, p. 148 (DDem, v. I, p. 151).

¹⁰⁶ FG, p. 148 (DDem, v. I, p. 151).

¹⁰⁷ FG, p. 154 (DDem, v. I, p. 158).

morais, especialmente em sociedades complexas, exigiria mais que a ação individual, sendo necessária a criação de sistemas de ação que organizem esforços cooperativos destinados à realização de objetivos comuns. “O dever inequívoco, por exemplo, de impedir que o próximo anônimo morra de fome, contrasta gritantemente com o fato de que milhões de habitantes do Primeiro Mundo deixam perecer milhares de pessoas nas regiões pobres do Terceiro Mundo. A própria ajuda caritativa somente funciona através de organização; o desvio de mantimentos e medicamentos, de roupas e infra-estruturas, ultrapassa em muito as iniciativas e o espaço de ação dos indivíduos.”¹⁰⁸ O direito moderno preenche essa *exigência organizatória* por ser reflexivo, isto é, por conter normas especificamente destinadas à determinação de competências e imputabilidades. Ele contém normas secundárias, destinadas à regulamentação formal da criação de normas primárias, estas diretamente ligadas à orientação do comportamento. Com isso, o direito possuiria um sistema de imputabilidades que confere a si próprio o manejo operativo necessário a sua organização e reprodução: “O direito é naturalmente reflexivo; ele contém normas secundárias que servem para a produção de normas primárias da orientação do comportamento. Ele pode determinar competências e fundar organizações, em síntese, um sistema de imputabilidades que se refere não só às pessoas jurídicas naturais, mas também a sujeitos de direito fictícios, tais como corporações e institutos.”¹⁰⁹

A partir dessa distinção entre direito e moral,¹¹⁰ pautada aqui nos elementos institucionais que permitem ao direito suprir certos déficits operacionais da moral pós-convencional, Habermas retira as características constitutivas da forma do direito moderno. Tais determinações da forma do direito – quais sejam, a positividade de sua normatização, a regulação coercitiva do comportamento e a reflexividade dos procedimentos de criação e aplicação de normas – são unidos ao princípio do discurso como elementos institucionais *funcionalmente* necessários ao preenchimento sua racionalidade discursiva abstrata.

¹⁰⁸ FG, p. 149 (DDem, v. I, p. 152).

¹⁰⁹ FG, p. 149 (DDem, v. I, p. 153).

¹¹⁰ Para uma distinção mais detalhada entre direito e moral, a qual não se pauta estritamente pelas características institucionais que definem a “forma do direito”, cf. FG, pp. 135-143; Idem, “Recht und Moral (Tanner Lectures 1986)” in FG, pp. 541-600. Cf. também KEINERT, M.C.; HULSHOF, M.; MELO, R.S., “Diferenciação e Complementaridade entre Direito e Moral” in NOBRE, M., TERRA, R. *Direito e Democracia – Um Guia de Leitura*. São Paulo: Malheiros, 2008.

“Tentarei clarificar as determinações formais do direito, lançando mão da relação complementar entre direito e moral. Esta clarificação é parte integrante de uma explicação *funcional*, não de uma fundamentação normativa do direito. Pois a forma jurídica não é um princípio que possa ser “fundamentado” epistêmica ou normativamente.”¹¹¹

Essa explicitação das características que compõem a forma do direito moderno, portanto, não deve ser entendida como uma “fundamentação normativa” da mesma. Uma tal estratégia funcionalista de assumir as características institucionais do direito moderno é criticada por autores que enxergam aqui uma grave complicação de toda a estrutura teórica posterior, qual seja, a de pretender estabelecer os termos da legitimação democrática de ordens normativas produzidas por meio do direito sem se colocar o problema da legitimidade do próprio direito enquanto tal.¹¹² Neste ponto, é importante dizer que se Habermas não apresenta uma fundamentação normativa para a forma jurídica, isso não significa que lhe falem elementos para a legitimidade do “medium” do direito em seu todo. Significa apenas que a forma do direito não vem acompanhada de uma contribuição normativa própria (e independente do discurso) à legitimação das normas jurídicas, sendo toda a normatividade da construção habermasiana emanada do caráter racional de formas discursivas isentas de coerção (representadas pelo Princípio D). Nesse sentido, não são triviais as insistências do autor de que a legitimidade das categorias de direitos subjetivos assumidas a seguir é produzida pela “união” da forma jurídica com o princípio do discurso. Além disso, é ainda menos trivial insistir que a forma do direito representa certas características *institucionais* da regulação jurídica. Aqui, como em todo o livro, Habermas se nega a assumir a defesa de estruturas institucionais concretas. Como ficará mais evidente nos capítulos posteriores deste trabalho, o modelo crítico presente em *Direito e Democracia* contempla uma avaliação

¹¹¹ FG, p. 143 (DDem, v. I, p. 147).

¹¹² Cf., nesse sentido, a crítica de Alessandro Pinzani: “Habermas möchte das Phänomen des Rechts aus eine funktionalistischen Perspektive betrachten, die sich gleichwohl moralischen Anforderungen gegenüber nicht verschließt. Diese Versucht ist aber zum Scheitern verurteilt, da sich funktionalistische Perspektive und moralische Fragestellung gegenseitig ausschließen. (...) Dies gibt seiner Rechtstheorie einen zweideutigen Charakter, der seine schwerwiegenden Konsequenzen darin hat, daß Habermas die Frage nach der Legitimation einer Rechtsordnung stellt, ohne aber die grundlegendere Frage nach der Legitimation des Rechts überhaupt in Betracht zu ziehen.” PINZANI, A. *Diskurs und Menschenrecht: Habermas Theorie der Rechte im Vergleich*. Hamburg: Kovac, 2000, p.89. Ver também REGH, W., op. cit., pp. 267 e ss.

dos potenciais de racionalidade comunicativa presentes em instituições existentes, sem que, com isso, comprometa-se com a justificação das mesmas em sua forma dada. Cristalizações como essas não seriam coniventes à idéia de “democracia radical” desenvolvida ao longo da argumentação. Nesse sentido, a própria noção de “forma do direito” (*Rechtsform*), entendida genericamente como forma de institucionalização jurídica, receberá novas especificações no âmbito da disputa entre o paradigma liberal e o paradigma do Estado social, passando a se submeter a escolhas cumpridas democraticamente segundo a autonomia pública dos cidadãos.

Para retomar a linha expositiva, voltamos a dizer que a conexão entre Princípio do Discurso e a forma do direito representa uma delimitação da autonomia: se antes ela era descrita nos termos indiferenciados de uma aceitação intersubjetiva de normas gerais de conduta, alcançamos aqui finalmente o âmbito da autonomia que se constitui através do direito, sendo sua apresentação realizada pela explicitação de seus dois componentes, privado e público. No “Posfácio” à obra, Habermas escreve:

“A moral e o direito servem para regular conflitos interpessoais; ambos devem proteger, de forma simétrica, todos os participantes e afetados. O curioso é que a positividade do direito força uma divisão da autonomia, que não possui equivalente no campo da moral. A autodeterminação moral constitui um conceito unitário, segundo o qual cada um segue exatamente as normas que ele, de acordo com um juízo próprio e imparcial, tem como obrigatórias; ao passo que a autodeterminação do cidadão apresenta uma dupla feição: ela se apresenta como autonomia pública e privada”¹¹³.

Dessa forma, a autonomia, que no campo da moral é una, aparece no domínio jurídico na forma duplicada de autonomia privada e pública. Isso porque a autonomia moral exige que cada indivíduo, *in propria persona*, siga as normas que ele mesmo estabelece para si após um juízo imparcial próprio. As figuras de autor e destinatário não se diferenciam, portanto, no campo da moral, habitando ambas o interior de um mesmo sujeito. Quando Habermas nega a relação de subordinação entre direito e moral, evitando compreender os aspectos da legalidade como especificações da moralidade, o “medium” do direito assume características próprias. Como vimos, a imposição do direito se faz nos estritos limites do comportamento *conforme* a regras. Com isso, ela libera os motivos

¹¹³ FG p. 665 (DDem, v. II, pp. 310-311).

personais para a obediência de normas jurídicas, as quais passam a poder ser seguidas não apenas pela convicção de que são os justos resultados da própria formação autônoma da vontade, mas também pelo arbítrio de um ator que se orienta pelo sucesso próprio, para o qual a regra jurídica constitui um empecilho fático cujas consequências previsíveis no caso de transgressão devem ser pragmaticamente consideradas¹¹⁴. Dessa forma, o direito moderno conta com uma separação entre autor e destinatário no interior dos próprios pressupostos de obediência à norma. Além disso, o direito possui uma “divisão interna do trabalho” que possibilita uma auto-organização das instâncias de criação e aplicação de normas. Essa exigência de organização gerada pela complexidade de sociedades modernas distancia de modo relevante as figuras do sujeito de direito e das autoridades responsáveis pela imposição legal: “o direito não envolve apenas processos de formação da opinião e da vontade, mas também decisões coletivamente obrigatórias de autoridades que fazem e aplicam a lei.” Tais elementos trazem a necessidade de uma distinção conceitual entre os papéis daqueles que produzem o direito e daqueles que atuam como seus destinatários; a noção de autonomia, por isso, deve alcançar ambos os papéis, assegurando que a formação do direito seja realizada segundo um consenso discursivo alcançado entre os cidadãos e que, ao mesmo tempo, direitos individuais garantam esferas de liberdade capazes de proporcionar uma “independência suficiente” entre os destinatários para que estes possam formar de maneira não coercitiva sua opinião e vontade.

A forma específica da autonomia jurídica é explicitada por Habermas com a gênese simultânea de seus dois momentos. O primeiro passo dessa gênese é dado em direção aos destinatários de normas jurídicas. Quer dizer: a explicitação dos resultados imediatos da interligação entre o princípio do discurso e a forma jurídica define as determinações abstratas da autonomia privada dos sujeitos de direito, entendidos estes como possuidores de liberdades individuais de ação e de seus respectivos mecanismos de reivindicação jurisdicional.

“O conceito de ‘forma do direito’, que estabiliza as expectativas sociais de comportamento do modo como foi dito, e do princípio do discurso, à luz do qual é possível examinar a legitimidade das normas de ação em geral, nos

¹¹⁴ FG, p. 47 (DDem, v. I, p. 51); FG, p. 148 (DDem, v. I, p. 151); FG, p. 154 (DDem, v. I, p. 158).

fornece os meios suficientes para introduzir *in abstracto* as categorias de direitos que geram o próprio código jurídico, uma vez que determinam o *status* das pessoas de direito.”¹¹⁵

Habermas escreve no trecho acima que os elementos conceituais trazidos até aqui são suficientes para introduzir as categorias de direitos que geram o código jurídico. De fato, a forma jurídica já contém em si a necessidade de positivação de liberdades individuais, ou seja, de direitos subjetivos que protegem as convicções pessoais dos aspectos de legalidade, atribuindo aos destinatários a escolha sobre o enfoque a ser dado à obediência à norma. E o princípio do discurso liga a tais requisitos funcionais dos direitos subjetivos a exigência normativa de serem distribuídos como liberdades *iguais* de ação, as quais podem regular formas de interação horizontal, baseadas na igualdade de status entre os participantes: “Normas de ação que surgem em forma jurídica autorizam os atores a fazerem uso de liberdades subjetivas de ação. A simples *forma* dos direitos subjetivos não permite resolver o problema da legitimidade dessas leis. Entretanto, o princípio do discurso revela que todos têm um direito à maior medida possível de *iguais* liberdades de ação subjetivas. São legítimas somente as regulamentações que fazem jus a esta condição da compatibilidade dos direitos de cada um com os iguais direitos de todos.”¹¹⁶ Com a interligação desses requisitos, a conexão da forma jurídica ao princípio do discurso produz como primeiro resultado três categorias básicas de direitos, sendo elas (1) direitos à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação, (2) ao status de membro numa associação voluntária de parceiros do direito e (3) à possibilidade de postulação judicial e proteção jurídica individual.¹¹⁷

Como já dito, essas categorias definem o ‘status’ do sujeito de direito como destinatários de normas jurídicas. Como tal, o sujeito de direito encontra-se limitada a uma determinada comunidade jurídica definida histórica e territorialmente, bem como a um contexto de relações reguladas apenas exteriormente. Na definição da pessoa jurídica como portadora de direitos subjetivos, Habermas salienta a liberação do arbítrio como elemento fundamental na fixação do sentido da autonomia privada:

¹¹⁵ FG, p. 155 (DDem, v. I, p. 159).

¹¹⁶ FG, p. 154 (DDem, v. I, p. 160).

¹¹⁷ FG, p. 155 (DDem, v. I, p. 159).

“O *medium* do direito, enquanto tal, pressupõe direitos que definem o *status* dos sujeitos de direito como portadores de direitos subjetivos em geral. Esses direitos são talhados segundo a liberdade de arbítrio de atores singularizados e tipificados, isto é, respeitando as liberdades de ação subjetivas, admitidas condicionalmente. A liberação do arbítrio dos atores orientados pelo sucesso da obrigação do agir orientado pelo entendimento constitui apenas o verso da medalha de um outro aspecto, a saber, o da coordenação da ação por intermédio de leis coercitivas, que limitam os espaços de opção a partir de fora. Resulta disso o valor posicional fundamental de direitos que garantem e compatibilizam entre si as liberdades subjetivas imputáveis individualmente. Elas garantem uma autonomia privada, que também pode ser descrita como liberação das obrigações da liberdade comunicativa.”¹¹⁸

Com isso, Habermas procura caracterizar a autonomia privada como a liberdade negativa de retirar-se do espaço público das obrigações ilocucionárias para uma posição de observação e de influência recíprocas.¹¹⁹ Nesse sentido, as liberdades de ação subjetivas justificam a saída do agir comunicativo, o qual exige que as energias próprias da linguagem sejam utilizadas para o entendimento pautado na tomada de posição frente às pretensões de validade levantadas.¹²⁰ Tais liberdades, portanto, permitiriam a retirada dos sujeitos de direito para o âmbito do agir estratégico, no qual a linguagem é utilizada para influenciar atores em vista de uma racionalidade teleológica dos planos individuais. Dentro dos contornos de sua autonomia privada, portanto, os sujeitos de direito não são obrigados a prestar contas, nem a apresentar argumentos publicamente aceitáveis para seus planos de ação.

Klaus Günter procura explicitar o valor discursivo próprio das liberdades individuais na institucionalização de um âmbito de liberdade comunicativa negativa. Seu conceito de “liberdade comunicativa” se refere à possibilidade, mutuamente pressuposta por participantes de um discurso, de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade levantadas¹²¹. Tal pressuposição, constitutiva para o discurso, não se completa com a possibilidade do participante dizer “sim” ou “não” às

¹¹⁸ FG, p. 151 (DDem, vol. I, p. 155).

¹¹⁹ Cf. também FG, p. 152 (DDem, vol. I, p. 156).

¹²⁰ Para a caracterização de “agir comunicativo” e “agir estratégico” cf. HABERMAS, J. *Pensamento Pós-Metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, pp. 70 e ss.

¹²¹ GÜNTER, Klaus, “Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis”, in ROSENFELD, M., ARATO, A. (eds.). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley: University of California Press, 1998, p. 236.

pretensões de validade apresentadas, mas deve contar *também* com a liberdade de se abster do contexto comunicativo.

“A explicação da ‘liberdade comunicativa’ não seria suficiente se não contivesse a liberdade de se retirar da comunicação enquanto tal, quer dizer, de se ‘colocar fora’ das obrigações ilocucionárias mútuas. Sem essa terceira possibilidade de escolher ‘exit’ ao invés de ‘voice’ ou ‘loyalty’, a liberdade comunicativa não seria de fato um tipo de liberdade. A decisão de comunicar deve ser livre. Ela é constitutiva tanto da liberdade do falante de levantar uma pretensão de validade, quanto da liberdade do ouvinte de tomar a seu respeito uma posição positiva ou negativa. Qualquer coerção violaria a condição de sinceridade necessária ao sucesso ilocucionário de um ato de fala.”¹²²

Para Klaus Günter, a pressuposição de sinceridade dos atos de fala exige que o engajamento em discursos seja espontâneo – no sentido de “voluntário” –, não podendo, assim, o sujeito ser obrigado a argumentar em todos os contextos. Para que a tomada de posições em discursos públicos seja considerada livre, a participação dos envolvidos deve ser isenta de coerções. Dessa forma, a liberdade negativa contida na esfera privada protegida contra intervenções do Estado ou de terceiros – valorizada pelo pensamento liberal – é interpretada neste momento como a liberdade de retirar-se do espaço público das obrigações ilocucionárias. Nesse sentido, como salienta o autor, ela compõe as condições iniciais de um discurso racional, na medida em que protege a decisão primeira de participar ou não de diálogos. Assim, a liberdade comunicativa do sujeito de direito é protegida na medida em que, nos limites de seus direitos subjetivos, não é ele obrigado a prestar contas acerca de suas ações, podendo escolher manter-se fora de discursos públicos quando suas conseqüências forem previamente avaliadas nos termos de constrições, constrangimentos ou, simplesmente, nos casos em que não consiga articular qualquer argumento racional para sua justificação. Com efeito, partindo-se de um modelo de racionalidade comunicativa, as liberdades negativas, que liberam o cidadão da obrigação de “expor suas razões”, podem mesmo ser consideradas um espaço para a “irresponsabilidade, excentricidade ou loucura”¹²³.

¹²² GÜNTER, op. Cit., p. 238. Cf. também KIRSCHMAN, A. O. *Exit, Voice and Loyalty. Decline in Firms, Organizations and States*. New York: Harvard University Press, 1980.

¹²³ Cf. WELLMER, A. “Freiheitsmodelle in der modernen Welt”, in: Idem. *Endspiele: die unveröhnliche Moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p.39.

Para Habermas, entretanto, a autonomia privada, que pôde ser inicialmente apresentada como a liberdade negativa para ausentar-se de discursos, garante a liberdade também num sentido positivo:

“Esta abstração [referente à construção da “personalidade jurídica” em razão da capacidade de portar direitos subjetivos] tem um significado assegurador da liberdade; o *status* da pessoa de direito protege a esfera interior da qual uma pessoa concreta, responsável moralmente, e que conduz a sua vida de modo ético, pode desenvolver-se livremente. A redução do sujeito de direito a um portador de direitos subjetivos, dotado de liberdade de arbítrio, só adquire um sentido moral e ético na medida em que a garantia jurídica de liberdades subjetivas garante uma esfera para uma forma de vida consciente e autônoma. O direito se apresenta como uma “máscara protetora” (H. Arendt) para a pessoa individuada na história e que deseja viver de modo consciente e autêntico.”¹²⁴

A autonomia privada, pois, não significa apenas *liberdade de arbítrio* em limites garantidos juridicamente, mas protege, ao mesmo tempo, a *liberdade ética* do indivíduo para a realização do próprio projeto existencial de vida.¹²⁵ A liberdade ética contida nas esferas individuais de ação é explicada por Habermas como uma das vertentes da especialização dos discursos práticos derivada do influxo de potenciais de racionalidade liberados na modernidade. No *Excurso* presente no terceiro capítulo de *Direito e Democracia*, Habermas descreve a diluição de concepções tradicionais e de eticidades consuetudinárias – as quais eram protegidos contra a problematização por autoridades de cunho religioso ou metafísico – como um processo de racionalização que expõe as tradições culturais e os processos de socialização à reflexão e à crítica. A positivação de liberdades subjetivas contribui em tal processo de racionalização por desfazer a fusão entre faticidade e validade enraizada em instituições arcaicas e na tradição jurídica europeia que sustentava a subordinação do direito posto ao direito natural cristão¹²⁶. Como já observado na análise da forma do direito, os direitos subjetivos rompem essa ligação necessária entre a autoridade impositiva de ordens coercitivas e sua aceitabilidade fundada em convicções. Isso, por um lado, faz com que normas impositivas passem a ter sua legitimidade questionada a partir da resgatabilidade discursiva de suas pretensões de

¹²⁴ FG, p. 144 (DDem, vol. I, p. 148).

¹²⁵ FG, p. 665 (DDem, vol. II, p. 311).

¹²⁶ FG, p. 42 (DDem, v. I, p.45); FG, pp. 118 e ss (DDem, v. I, pp. 121-122).

validade e, por outro, libera os motivos pessoais para a obediência ao direito, deixando para os próprios atores a configuração das concepções de bem que servem como pano de fundo na orientação de suas ações.

Essa última perspectiva – a da seleção e incorporação crítica de valores culturais em projetos de vida traçados de maneira pessoal – passa a constituir a lógica própria de discursos éticos desenvolvida na literatura filosófica a partir da segunda metade do século XVIII: “a partir de então, aquilo que desde os tempos de Aristóteles era conhecido como ‘ética’, recebe um novo sentido subjetivista”. Nesse sentido, autores como Rousseau, Kierkegaard e Sartre desenvolvem “discursos de auto-conhecimento de uma interioridade radicalizada”; vale dizer, as considerações éticas deixam cada vez mais de representar instruções exemplares para uma vida virtuosa e modelos de conduta pautados em valores específicos, passando a serem pautados na “exigência abstrata de uma apropriação consciente e autocrítica, de aceitação responsável da própria história de vida individual, insubstituível e contingente.”¹²⁷ Segundo Habermas, pois, a racionalização dos componentes de personalidade do mundo da vida, que cria condições favoráveis ao advento de “identidades pós-tradicionais”, é refletida pelo discurso filosófico moderno como uma substituição de modelos substantivos de “vida boa” por exigências abstratas de “auto-conhecimento” e “auto-realização”.

Habermas define o discurso ético nos termos de uma compreensão reflexiva e realização consciente dos valores culturais incorporados em histórias de vida individuais ou em coletividades que mantêm laços de identidade e tradições comuns. Nesses termos, a liberdade ética representa a capacidade do indivíduo de formular, em meio a contextos intersubjetivos de socialização, suas próprias concepções de bem e de integrá-las em narrativas pessoais tendentes à formação de seu próprio projeto de vida.¹²⁸ Como escreve Maeve Cooke, essa concepção de liberdade revela a “intuição de que a maneira como nos apropriamos das tradições e formas de vida nas quais nascemos, bem como a maneira como damos continuidade a elas, contém decisões existenciais fortes sobre quem somos e sobre quem queremos ser”¹²⁹. Quer dizer, a interpretação pessoal das tradições culturais

¹²⁷ FG, p. 125 (DDem, v. I, p. 129).

¹²⁸ COOKE, M. “Habermas, Feminism and Autonomy”, in DEWS, P. (ed). *Habermas: A Critical Reader*. Oxford: Blackwell, 1999, p. 196.

¹²⁹ COOKE, op. cit., p. 197.

na qual o sujeito está inserido e sua reação a elas marcam sua identidade e devem poder ser reconhecidas como a construção de uma forma de vida peculiar e assumida criticamente. A autonomia privada, tratando-se de uma autonomia jurídica, protege por meio de direitos subjetivos a liberdade ética assim descrita. Rainer Forst, em *Kontexte der Gerechtigkeit*, salienta essa relação entre autonomia privada e autonomia ética, insistindo no sentido “positivo” existente na garantia das liberdades individuais: “A autonomia jurídica é a estrutura geral necessária para a autonomia ética particular; liberdades negativas juridicamente garantidas faz a liberdade eticamente positiva possível. Direitos individuais não estão localizados fora dos contextos de intersubjetividade e não são atribuídos a sujeitos atomizados, individualistas e descontextualizados; ao invés disso, eles asseguram o reconhecimento geral em associações jurídicas e a possibilidade particular de desenvolver identidades pessoais em diferentes comunidades e contextos intersubjetivos.”¹³⁰

Em seu artigo “A space of one’s own: autonomy, privacy, liberty”, Maeve Cooke não considera a liberdade de arbítrio e a liberdade ética como “duas formas distintas de liberdade” contidas no conceito habermasiano de autonomia privada. Para a autora, a diferenciação entre ambas só é cabível como leituras da autonomia privada realizadas por duas *perspectivas* distintas de análise: “Liberdade negativa é o espaço próprio de cada um. Um espaço no qual o indivíduo pode se retirar, fechando as portas metaforicamente contra a interferência dos outros – como por exemplo, de outras pessoas, de grupos, de organizações, da mídia e do Estado. Importa o que o indivíduo faz nesse espaço? A resposta a essa pergunta depende se adotarmos a perspectiva do observador ou do participante. Pela posição objetivadora do observador desinteressado – por exemplo, o ponto de vista do direito moderno – o sujeito individual é livre para fazer o que quiser na medida em que suas escolhas e ações não infringem a liberdade negativamente definida dos outros.¹³¹ (...) Pela perspectiva dos participantes, a liberdade jurídica mostra-se como uma espécie de concha protetora. Ela cria um espaço negativamente definido no qual um

¹³⁰ FORST, R. *Kontexte der Gerechtigkeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

¹³¹ COOKE, M. “A space of one’s own: autonomy, privacy, liberty”, in *Philosophy & Social Criticism*, v.25, n.1, 1999, p. 39.

sujeito individual específico e eticamente orientado pode desenvolver sua identidade livremente.¹³²

Dessa forma, na perspectiva do observador, não importaria as razões que o sujeito de direito impõe a si mesmo para a realização de ações protegidas por sua autonomia privada. Os motivos pelos quais o sujeito de direito utiliza de uma determinada maneira suas liberdades individuais não seriam transparentes para o “teórico” ou para o “público em geral”, sendo, por isso, a autonomia privada considerada nesta perspectiva como liberdade de arbítrio. Entretanto, tudo aquilo considerado como arbítrio pelo observador representaria para o próprio sujeito que age tentativas de realizar, com maior ou menor sucesso, um projeto de vida autônomo. Na perspectiva do participante, pois, não existiria arbítrio, mas todas suas ações estariam de alguma forma ligadas a seu projeto de formação da identidade e auto-realização pessoal. Para o próprio sujeito de direito, portanto, a autonomia privada consistiria simplesmente na *liberdade ética protegida juridicamente*: “Segundo essa leitura, a autonomia privada, como autonomia ética, centra-se na capacidade do sujeito individual desenvolver e perseguir sua própria concepção de bem. O conceito de autonomia privada difere daquele de autonomia ética apenas na medida em que se apresenta como um conceito jurídico: ele se refere à proteção da persecução individual de objetivos éticos negativamente definida pelo direito. A proteção é negativamente definida; o que é protegido, não.”¹³³

A autora, dessa forma, reduz a autonomia privada à liberdade ética. Defendendo que a liberdade para a persecução das próprias concepções de bem constitui o “único valor intrínseco” das liberdades individuais, elas deveriam ser sustentadas normativamente *apenas* como condições para a realização da liberdade ética. Com a referida leitura da noção habermasiana de autonomia privada, Maeve Cooke pretende introduzir seu conceito de autonomia pessoal como “*self authorship*” no debate clássico que envolve “liberdade positiva” e “liberdade negativa” para, em seguida, defendê-lo como “a base normativa mais convincente para o direito e a política moderna”.¹³⁴

Embora Habermas não se dedique suficientemente em precisar a relação entre liberdade de arbítrio e liberdade ética no interior do conceito de autonomia privada,

¹³² COOKE, op. cit., p. 42.

¹³³ COOKE, op. cit., p. 42.

¹³⁴ COOKE, op. cit., p. 38.

podemos assumir que as características trazidas pelo autor bastam aqui para considerarmos essas duas formas de liberdade como elementos não coincidentes, mesmo na perspectiva dos *próprios sujeitos de direito*. Como já dito, Habermas caracteriza a liberdade de arbítrio como a liberdade de retirar-se do espaço público das obrigações ilocucionárias para uma posição de “observação” e de “influência recíproca”, mantendo-se ligada, dessa forma, à possibilidade do silêncio e da ação estratégica. Em ambos os casos, ela autoriza a saída do sujeito de direito dos contextos comunicativos de *entendimento*. A liberdade ética, por sua vez, é assumida como uma especialização dos discursos racionais práticos modernos, exigindo, portanto, um uso da linguagem voltado ao entendimento no que se refere à assunção de orientações axiológicas e à interpretação de contextos culturais específicos. Além disso, ao contrário do que argumenta Cooke, vimos que Habermas atribui à liberdade de arbítrio um “valor discursivo” próprio, na medida em que protege a decisão de participar ou não de discursos, sem a qual estes não poderiam sustentar a pretensão de serem racionais. Nesse sentido, podemos dizer que a possibilidade do arbítrio conferida ao sujeito de direito é condição necessária para o próprio exercício de sua liberdade ética. Como escreve Rainer Forst (em suas críticas à percepção comunitarista da liberdade feita por Sandel), a possibilidade de uma “distância” suficiente da pessoa jurídica em relação às tradições e valores das comunidades culturais às quais pertence é necessária para que a determinação de sua forma de vida possa ser considerada reflexiva (fundada na aceitabilidade racional), crítica (capaz de modificar valores éticos ou de aceitá-los parcialmente) e integradora (capaz de relacionar e agregar valores de comunidades distintas).¹³⁵ Quer dizer, a não redução da autonomia privada a uma dimensão puramente ética pode ser entendida como uma tentativa de garantir que a própria auto-realização ética possua um caráter autônomo. Para que a incorporação de valores culturalmente compartilhados seja considerada reflexiva, crítica e integradora, a possibilidade de seu “afastamento” ou mesmo de sua “negação” deve ser dada não somente ao observador externo, mas ao próprio sujeito da ação.

No âmbito de suas liberdades individuais, portanto, os sujeitos de direito decidem quando e como irão fazer uso de suas “capacidades comunicativas”: eles decidem se vão

¹³⁵ FORST, op. cit., pp. 45 e ss.

assumir uma perspectiva puramente estratégica ou se adotam uma orientação voltada ao entendimento em contextos intersubjetivos da vida privada. Dessa forma, a liberdade de arbítrio e a liberdade ética coabitam o interior da noção de autonomia privada e sua diferenciação não se define por distintas perspectivas de análise (observador, participante), mas por diferentes possibilidades de *uso* da linguagem dadas ao próprio sujeito de direito.

Cabe dizer que essa dualidade sobre as formas como a liberdade se apresenta no interior do conceito de autonomia privada ocupa um papel importante na estrutura geral de *Direito e Democracia*. Ela reflete a ambivalência do direito como um meio de integração social ligado tanto ao sistema como ao mundo da vida. Como já dissemos na introdução desse trabalho, o direito mostra-se no campo da “reconstrução externa” como um meio capaz de estabilizar não apenas os profundos riscos de dissenso da integração comunicativa, como um crescente número de ações estratégicas que surgem nas sociedades complexas atuais. A consideração dessa ambivalência servirá nos próximos capítulos tanto para combater as vertentes “idealistas” da democracia deliberativa (as quais entendem a gênese do direito como um processo comunicativo puro), como as vertentes “realistas” da sociologia da democracia atual (as quais enxergam o direito como mero produto das exigências de um sistema administrativo estanque). Sobretudo, é essa ambivalência do *medium* do direito que o permitirá canalizar os fluxos comunicativos que emergem da sociedade civil para o interior do sistema político.

No campo da “reconstrução interna” empreendida até aqui, a manutenção desse dualismo permite ainda se evitar no conceito de “sujeito de direito” as concepções substantivas de “pessoa” assumidas pelas figuras de pensamento republicana e liberal – as quais opunham, sem qualquer mediação, a pessoa natural transformada em cidadão eticamente responsável, de um lado, e o indivíduo voltado ao cálculo estratégico e à persecução de interesses egoístas, de outro. A noção de “sujeito de direito”, que acompanha o conceito de autonomia privada, surge aqui como uma criação artificial, definida abstratamente como “portador” (*Träger*) das liberdades individuais reconhecidas juridicamente, sem que com isso se alcance o *uso* particular que se fará das mesmas.¹³⁶

¹³⁶ Não pretendo aqui defender a tese de que a obra habermasiana seria isenta de quaisquer tipos de pressupostos antropológicos, mas simplesmente mostrar como as concepções normativas de pessoa

Nesse sentido, ele cobre todos os membros da comunidade jurídica independentemente de suas identidades, de suas convicções e das perspectivas adotadas para o cumprimento da norma.¹³⁷ Essa abstração contida na noção de sujeito de direito possui funções importantes na delimitação da comunidade jurídica: ela afasta de sua constituição o pressuposto de uma filiação ética particular, pautada em formas de vida compartilhadas e numa substância cultural comum – dando ensejo, dessa forma, a um tipo de “solidariedade abstrata” exercida mesmo entre estranhos, a qual supõe apenas o reconhecimento de parceiros do direito (*Rechtsgenossen*) como autores e destinatários de um mesmo leque de liberdades e obrigações distribuídas igualmente entre todos.

III. O nexó conceitual entre autonomia pública e privada

A construção do conceito de autonomia privada é realizada, como vimos, por meio de duas diferenciações sucessivas: na primeira delas, a autonomia apresentada inicialmente como as exigências de imparcialidade contidas no princípio do discurso, neutro em relação a discursos morais e jurídicos, ganha a especificação de autonomia

apresentadas por liberais e republicanos são incorporadas aqui pela noção de sujeito de direito de uma maneira não essencialista. Não posso me dedicar a reconstruir a concepção de indivíduo em Habermas, mas gostaria de apontar que a própria possibilidade do arbítrio presente na “pessoa jurídica” impede a aproximação do sujeito habermasiano ao *zôon politikon* aristotélico (como sugere Alessandro Pinzani em *Diskurs und Menschenrecht. Habermas’ Theorie der Rechte im Vergleich*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2000, pp. 8 e 9). Para a concepção de indivíduo em Habermas, cf. BELGARD, J. “Identität als Spiel. Eine Kritik des Identitätskonzepts von Jürgen Habermas”. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1992. Ver também GÜNTER, Klaus. “Welschen Personbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson”, in BRUNKHORST, H.; NIESEN, P. (Orgs.) *Das Recht der Republik*. Frankfurt am Main: Surkamp, 1999.

¹³⁷ Essa maneira de tratar a noção de sujeito de direito tem implicações importantes no campo do direito penal. Ela exclui, de antemão, a possibilidade de vir a ser denegada a condição de ‘portador de direitos’ seja quais forem as intenções e os elementos da conduta perante as normas. Uma tal inviolabilidade do sujeito de direito é combatida pelo chamado “direito penal do inimigo”: “Para o direito penal do inimigo não se aplica mais a premissa do autor [de ato delituoso] como pessoa livre e igual. O inimigo é definido como uma não-pessoa, pois, segundo Jakobs, não teria se apresentado o substrato cognitivo necessário para ser considerado pessoa. Ou seja, ele não dá garantias necessárias de que se comportará como um titular de direitos e deveres. (...) O inimigo deve ser combatido nos mais prematuros sinais de perigo e aqui já não há mais, por exemplo, a necessidade de objetivação e exteriorização da conduta, sendo possível que os controles públicos intervenham no âmbito interno do sujeito, em sua esfera privada e inclusive em seus pensamentos perigosos.” MACHADO, M. R. *Do direito à imputação: a teoria de Günter Jakobs na dogmática penal contemporânea*. São Paulo, 2007. Tese (doutorado em direito) - FADUSP. Para especificações da teoria do discurso no campo do direito penal, cf. PÜSCHEL, F. P.; MACHADO, M. R. *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito. Textos de Klaus Günter*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

jurídica com a explicitação da forma do direito. No segundo passo, a autonomia jurídica recebe uma dupla categorização como autonomia privada e pública. A autonomia privada, assim, como resultado imediato da conexão entre o princípio do discurso e a forma jurídica, foi caracterizada como a liberdade possuída pelo sujeito de direito de agir conforme o arbítrio e de configurar segundo sua liberdade ética um projeto de vida autônomo nos limites de seus direitos subjetivos.

Nesse ponto, o essencial para Habermas é tentar mostrar que essa definição da autonomia privada em função de direitos subjetivos já revela uma relação necessária com a autonomia pública. Isso porque o princípio do discurso exige que os próprios destinatários possam dar seu assentimento em relação às normas de conduta que regulam suas ações. Assim, as três primeiras categorias de direitos apresentadas, capazes de definir o status de pessoa jurídica pela forma das liberdades iguais de ação, pelo pertencimento a uma comunidade jurídica específica e por direitos de postulação judicial, são representantes *insaturados* para a especificação de direitos fundamentais. Quer dizer, tais categorias de direitos não constituem em si mesmas os direitos subjetivos que delimitam os contornos da autonomia privada, mas são princípios carentes de uma interpretação a ser realizada pelo legislador político: “as primeiras três categorias de direitos constituem representantes insaturados para a especificação de direitos fundamentais singulares, ou seja, princípios jurídicos pelos quais o legislador constitucional se orienta.”¹³⁸ Somente pelo exercício da liberdade política a autonomia privada recebe uma interpretação substancial específica, sendo necessária a inclusão de uma quarta categoria de direitos destinada à estruturação da autonomia pública: “(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os cidadãos exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo”.¹³⁹

Dessa maneira, não procede a crítica apresentada por Thomas Kupka¹⁴⁰ e Thomas Blanke¹⁴¹, os quais acusam Habermas de conceder um programa completo de direitos ao legislador, tolhendo de antemão a livre formação da vontade democrática. Segundo esses

¹³⁸ FG, p. 160 (DDem, v. I, p. 163).

¹³⁹ FG, p. 156 (DDem, v. I, p. 159).

¹⁴⁰ KUPKA, T. “Jürgen Habermas’ diskurstheoretische Reformulierung des klassischen Vernunftrechts”, in *Kritische Justiz*, vol. 27, 1994, pp. 461 e ss.

¹⁴¹ BLANKE, T., “Sanfte Nötigung”, in *Kritische Justiz*, vol. 27, 1994, pp. 439 e ss.

autores, o papel atribuído por Habermas à autonomia pública seria o de apenas ratificar um sistema de direitos já estabelecido teoricamente, desaguando o projeto habermasiano de uma democracia radical numa democracia liberal munida de direitos racionalmente fundamentados. Como já dito, as três primeiras categorias de direitos não constituem em si mesmas os direitos subjetivos que delimitam os contornos da autonomia privada, mas são princípios carentes de uma interpretação política, à qual compete a determinação de seu conteúdo.¹⁴² Nas palavras de Habermas, tais categorias “não se referem ainda aos direitos fundamentais liberais. Mesmo prescindindo do fato de que, neste nível, ainda não se pode falar de um poder do Estado organizado, contra os quais os direitos de defesa deveriam dirigir-se, os direitos fundamentais, inscritos no código do direito, continuam, por assim dizer, *insaturados*. Eles precisam ser *configurados e interpretados* por um legislador político de acordo com as circunstâncias.”¹⁴³ Comentando esse momento da exposição, Klaus Günter escreve que tais categorias oferecem a “gramática profunda” (*Tiefengrammatik*) da linguagem do direito, quer dizer, a estrutura geral da linguagem a ser usada na organização de formas de vida pelo uso do direito.¹⁴⁴ Trata-se apenas de uma “gramática” e não de um “vocabulário”: não decide *quais* as formas específicas de interação a serem reguladas (não seleciona temas ou pretensões sociais), mas responde apenas *como* a regulação do comportamento por meio do direito deve ser dada: por meio de iguais liberdades de ação e reclamação aos membros de uma comunidade jurídica. A incorporação dos direitos de participação política marca justamente o afastamento do teórico ante a escolha do conjunto de direitos individuais “mais corretos”, representando a necessidade de uma mudança de perspectiva: de uma análise teórica externa para a prática discursiva de autodeterminação realizada pelos cidadãos. Todo o conteúdo dos direitos que definem a autonomia privada, todo “direito fundamental concreto”, deve ser determinado pela vontade popular – e exatamente nisso, segundo Günter, parece refletir-

¹⁴² “Tanto o processo de constituição como o de revisão material dos direitos fundamentais estão ancorados na configuração política dos direitos. Qualquer uma das categorias de direitos deve poder ser revisada no que toca seus conteúdos, sempre passíveis de serem alterados pelo legislador soberano, isto é, pela comunidade de direito. ‘Sem as três categorias de direitos fundamentais’, diz Habermas, ‘não poderia se dar algo assim como o direito; mas sem uma configuração política dessas categorias, o direito não poderia receber conteúdos concretos.’ MELO, R. S. “Habermas e a estrutura ‘reflexiva’ do direito”, in *Revista Direito GV*, São Paulo: v. 1, n.1, 2005, p. 73.

¹⁴³ FG, p. 159 (DDem, v. I, p. 162).

¹⁴⁴ GÜNTER, K. “Diskurtheorie des Rechts oder liberales Naturrecht in diskurstheoretischem Gewande?” in *Kritische Justiz*, vol. 27, 1994, p. 470.

se o sentido de uma democracia radical.¹⁴⁵ Para o autor, a não prescrição do direito de propriedade pode ser tomado como o maior exemplo da extensão atribuída à autonomia pública: ao contrário de Kant e de outros filósofos da tradição liberal, na teoria do discurso devem os próprios cidadãos deliberar e decidir *se e sob quais contornos* o direito subjetivo de propriedade é necessário para garantir a regulação de seus comportamentos segundo a distribuição da maior medida possível de liberdades iguais para todos: “Tudo o que é naturalmente fixado por Kant na forma de uma ‘posse inteligível’ como condição mesma da liberdade exterior, encontra-se pela perspectiva da teoria do discurso à mera disposição do legislador democrático-constitucional.”¹⁴⁶ ¹⁴⁷ Pode ser verdade, como sugere Kupka, que na própria liberdade de arbítrio assumida por Habermas encontramos algo já bastante próximo das “liberdades clássicas de consciência”. Entretanto, dela não se retira ainda a especificação de direitos subjetivos concretos: mesmo a liberdade de consciência tem a delimitação de seu conteúdo fixado por meio da autonomia pública dos cidadãos. Os “direitos liberais clássicos” – entre os quais encontramos aqueles que delineiam a liberdade de consciência – devem ser lidos aqui retrospectivamente como “interpretações e configurações do direito geral à liberdade, entendidas no sentido de um direito a iguais liberdades subjetivas entre todos”.¹⁴⁸

Habermas, dessa forma, atribui *todo* o conteúdo dos direitos subjetivos privados à autonomia pública dos cidadãos, assumindo aqui uma posição que poderia ser lida nos termos de uma primazia, anteriormente rejeitada, da figura de pensamento republicana. Como visto, a liberdade de autogoverno recebeu sua mais forte expressão pela tradição republicana do pensamento político moderno, a qual defendia a vontade popular como a vontade soberana no interior de uma comunidade política; o ideal de autogoverno deveria consistir na liberdade absoluta de um povo decidir sobre as normas e instituições políticas que regulam sua vida comum, sem se submeter às “reservas” liberais produzidas

¹⁴⁵ Ibidem, pp. 482-483.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 483.

¹⁴⁷ David Ingram defende um sentido democrático “revolucionário” contido na gênese lógica de direitos, dando ênfase também à possibilidade de “ampla transformação” do direito à propriedade pelos próprios membros de uma comunidade jurídica. Cf. “Individual Freedom and Social Equality: Habermas’s Democratic Revolution in the Social Contractarian Justification of Law”, in HAHN, L. E. (ed.) *Perspectives on Habermas*, Chicago: Open Court, 2001.

¹⁴⁸ FG, p. 159 (DDem, v. I, pp. 162-163).

em nome do direito natural. Entretanto, no interior de tais estruturas conceituais, o “povo” teria se transformado em um “macro-sujeito social” cuja consciência e vontade poderiam ser conhecidas por meio de sua unidade cultural substantiva, quer dizer, por meio de tradições e valores homogeneamente compartilhados entre seus membros. Para Habermas, entretanto, a suposição de uma tal homogeneidade foi apontada como um pressuposto sociologicamente implausível (por desconsiderar a crescente diversificação do componente cultural em sociedades pós-tradicionais) e normativamente indefensável (por evitar de antemão o dissenso existente entre membros de uma mesma coletividade, abarcando os riscos de uma “ditadura da maioria”). Nessa medida, a teoria do discurso exige uma “despersonalização” da idéia de soberania popular em direção a uma compreensão procedimental de autonomia pública.¹⁴⁹ A “vontade popular” não pode ser tomada como uma grandeza empírica ante a qual se testa a legitimidade de normas sociais pela sua capacidade em apresentar correspondências ou adequações. Ao contrário, a legitimidade de normas jurídicas aloja-se em procedimentos deliberativos nos quais as vozes de todos os concernidos possam ser igualmente consideradas e a gênese da vontade coletiva possa ser *produzida* segundo a livre aceitação dos melhores argumentos.¹⁵⁰ Além disso, a “coletividade” contida no conceito de autonomia pública é transferida da figura de um povo dotado de orientações axiológicas e tradições culturais comuns para uma comunidade jurídica definida abstratamente em função de direitos e deveres compartilhados. Vale dizer, a agregação social que permite falarmos de uma “vontade coletiva” é explicada nos termos de uma “associação voluntária de parceiros do direito”, os quais concordam em “regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo.”¹⁵¹

Para Habermas, se uma tal compreensão de autonomia pública não se submete às limitações do direito natural, ela revela um compromisso necessário com a autonomia privada anteriormente desenvolvida. Com efeito, Habermas nos diz que a autonomia pública implica em “remissões necessárias” à autonomia privada na medida em que pressupõe o “*status* de membro” de uma comunidade jurídica e o “*medium* de liberdades

¹⁴⁹ FG, p. 159 (DDem, v. I, pp. 136-137); HABERMAS, “Volkssouveränität als Verfahren”, in FG, pp. 600-632.

¹⁵⁰ FG, p. 161 (DDem, v. I, p. 164).

¹⁵¹ FG, pp. 157-158 (DDem, v. II, pp.158-159).

subjetivas iguais entre todos”. Como vimos mais acima, o status de membro de uma comunidade jurídica é um direito individual que compõe a autonomia privada. Ao contrário de normas morais, direcionadas por princípio a “toda a humanidade”, os resultados da formação política da vontade exige a delimitação do âmbito de sua incidência subjetiva. Ao caracterizar a autonomia pública como a formação coletiva da vontade realizada entre membros de uma mesma comunidade jurídica, Habermas quer dizer que a reivindicação de direitos operada pelo exercício da autonomia pública somente é realizada por aqueles que poderão ser considerados também como seus titulares. Em outras palavras, que a figura do *autor* de normas jurídicas pressupõe a figura de seu *destinatário*. Mas não se trata este de um destinatário qualquer, e sim de um “sujeito de direito” definido anteriormente como portador de iguais liberdades subjetivas de ação e reclamação. Habermas escreve que nessa antecipação das qualidades formais que definem o sujeito de direito, os cidadãos já encontram o “*medium* das iguais liberdades subjetivas” como linguagem apropriada para a reivindicação e positivação de direitos. Tais elementos não se impõem *contra* a autonomia pública dos cidadãos, mas são assumidos como componentes necessários à constituição de sua racionalidade procedimental. Com efeito, o *medium* das liberdades subjetivas iguais protege a formação do juízo e da consciência individual, sem a qual formação política da vontade não poderia ser caracterizada como um processo intersubjetivo de sustentação de pretensões de validade normativas questionáveis. Vale dizer, por estar associada à produção de procedimentos deliberativos racionais, a autonomia pública precisa contar com a garantia de que os sujeitos sejam suficientemente independentes e que as contribuições apresentadas publicamente sejam produzidas sob condições não coagidas de formação da opinião e da vontade de *cada* membro em particular.

“Os sujeitos que desejam regular sua convivência com os meios do direito positivo não podem mais escolher o *medium* para concretizar sua autonomia. Pois, na produção do direito, eles participam na qualidade de *sujeitos de direito*; porém eles não podem mais dispor do tipo de linguagem a ser utilizada. O nexo interno entre direitos humanos e soberania popular, que buscamos aqui, reside, pois, no fato de que a exigência de institucionalizar a autolegislação em termos de direito tem que ser preenchida com o auxílio de um código, o qual implica, ao mesmo tempo, a garantia de liberdades subjetivas de ação e de reclamação. Inversamente, a repartição igualitária

desses direitos subjetivos (e de seu “valor eqüitativo”) só pode ser satisfeita através de um processo democrático que justifica a suposição de que os resultados da formação política da opinião e da vontade são racionais. Deste modo, a autonomia privada e pública pressupõem-se reciprocamente, sem que uma possa reivindicar o primado sobre outra.”¹⁵²

Assim, vimos que a simples apresentação de cada um dos âmbitos da autonomia fez remissões necessárias ao âmbito oposto. Dessa maneira, as autonomias pública e privada não apenas possuem um fundamento comum alojado em discursos isentos de coerção, como também se pressupõem mutuamente; quer dizer, compartilham um nexo conceitual que impede a afirmação de uma delas sem a defesa simultânea da outra. Essa relação necessária entre autonomia pública e privada revela aquilo que Habermas chama de “cooriginaridade”. No momento em que essa tese é enfim apresentada, ela parece trivial, porque não acrescenta nada em relação às reconstruções já realizadas. Embora tenha sido visada em todos os passos da reconstrução interna, ela aparece ao final como um produto da mesma. Sua trivialidade desaparece, entretanto, quando a contrapomos às posições intelectuais combatidas: com ela, Habermas pretende superar uma longa tradição de conflitos teóricos entre liberdade positiva e negativa – ou, na linguagem privilegiada ao longo de sua exposição, entre soberania popular e direitos humanos¹⁵³ – conflitos que incluem não apenas a primazia de uma dessas formas de liberdade, como também a supressão de uma delas em nome da outra.

Essa aparente trivialidade leva autores como Frank Michelman defenderem que por trás da “solução mágica” trazida pela tese da cooriginaridade, encontraríamos apenas uma circularidade argumentativa que nos leva a um “regresso ao infinito”, tratando-se assim mais de um jogo de conceitos sem qualquer sentido prático que uma solução para questões democráticas reais: “Tal como o próprio Habermas coloca a questão, o procedimento atribuidor-de-validade do exame democrático das leis tem que ser um procedimento ‘que é em si constituído legalmente’. Sendo assim, e se ele toma um procedimento democrático constituído legalmente com a finalidade de produzir direitos

¹⁵² FG, p. 671 (DDem, v. II, p. 316).

¹⁵³ Como veremos a seguir, Habermas é obrigado a assumir as críticas liberais que apontam a supressão do âmbito de incidência universalista dos direitos humanos no âmbito de sua tese da cooriginaridade. Nesse sentido, a tensão aqui superada teria sido em rigor aquela entre soberania popular e “direitos fundamentais” positivados no interior de códigos de direito locais.

fundamentais válidos, então os direitos (válidos) que moldam *este* passo de criação dos direitos devem ser eles mesmos produto de um passo procedimental conceitualmente anterior que foi por sua vez moldado por direitos (válidos) que devem ter sido, enquanto tais, concebidos a partir de um passo juridicamente constituído ainda anterior. E assim por diante, aparecendo como um regresso sem fim.”¹⁵⁴

Cabe dizer que boa parte da inquietação produzida em Michelman por uma tal estrutura argumentativa circular – a qual mostra-se justificável dada a aridez do texto de Habermas – pode ser já aqui evitada ao lembrarmos que as categorias que representam o *medium* jurídico, necessário à constituição mesma dos processos democráticos, não significam, como sugere o autor, “direitos válidos” previamente positivados. Nesse sentido, podemos dizer com Habermas que a pressuposição de ambas as formas de autonomia assume aqui um sentido lógico e não cronológico. Ou ainda, que a cooriginaridade entre autonomia privada e pública não representa um modelo para a instauração de programas normativos futuros, mas sim a reconstrução dos princípios normativos mais sobressalentes na autocompreensão dos Estados democráticos de direito existentes.

Entretanto, é preciso também afirmar que a tese da cooriginaridade não assume neste momento da exposição seu sentido pleno: a circularidade aqui atacada se mostrará não apenas como uma tentativa de superar os déficits normativos encontrados na autocompreensão teórica do direito moderno, como também uma característica inerente à própria práxis política na qual se dá a produção do direito legítimo. Com efeito, já no âmbito das reconstruções externas, Habermas escreve: “Ao tratarmos da fundamentação do sistema de direitos, descobrimos que a autonomia das pessoas privadas *remete* à legitimidade do direito e vice-versa. (...) Esse complexo circular manifesta-se também na gênese do direito vigente.”¹⁵⁵ Nesse sentido, a relação necessária entre autonomia pública e privada deixará de ser tratada nos simples termos de uma “pressuposição normativo-conceitual” e passará a ser investigada como elementos constitutivos de uma práxis política efetivamente democrática. Welmer toca nessa modificação de enfoque ao dizer: “O discurso democrático deve estar ancorado nos direitos fundamentais liberais e,

¹⁵⁴ MICHELMAN, F. “Como as pessoas podem criar as Leis? Uma crítica à Democracia Deliberativa” in WERLE, D. e MELO, R. S. (orgs.). *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, 2007, p. 219

¹⁵⁵ FG, p. 492 (DDem, v. II, p. 146).

por sua vez, somente *por meio* do discurso democrático cabe prosseguir a interpretação e institucionalização dos direitos fundamentais. Todavia, eu creio que aqui encontramos um círculo *prático* inevitável e não um círculo vicioso de tipo *teórico*.¹⁵⁶ A dimensão prática que Welmer acredita estar implicada na tese da cooriginaridade será justamente o objeto das reconstruções posteriores de *Direito e Democracia*. Vale antecipar, contudo, que as novas perspectivas de análise revelarão especificidades não inteiramente abarcadas pelo autor. Em primeiro lugar, a complementaridade entre autonomia pública e privada não será mais explorada nos termos estritos de uma pressuposição entre “direitos fundamentais” e a “institucionalização de processos democráticos”, mas sim como fluxos comunicativos diferenciados que, ao emergirem dos núcleos privados do mundo da vida, têm a chance de encontrar na esfera pública uma via de acesso ao núcleo do sistema político. Em segundo lugar, muito antes que um “círculo prático *inevitável*”, a recomposição das autonomias pública e privada se mostrará um objeto da própria luta política, constantemente ameaçado pelas estruturas de funcionamento burocratizantes da política oficial. Por fim, a harmonização do conflito entre autonomia pública e privada, levada a cabo no campo da compreensão normativa do direito moderno, não significará uma harmonização dos conflitos vinculados à delimitação de suas fronteiras institucionais. Isso não contradiz a tese da cooriginaridade até aqui desenvolvida, mas explicita justamente um de seus mais importantes sentidos práticos: combater uma fixação meta-social dos contornos da privacidade, sendo essa auto-limitação da teoria necessária para que não tome o lugar da práxis política de autodeterminação de uma comunidade jurídica concreta.

IV. Crítica e contra-crítica

Contra a vinculação necessária das liberdades privadas (dos “direitos humanos clássicos”) à formação política da vontade, Otfried Höffe escreve que o conteúdo normativo próprio dos direitos humanos é perdido quando vinculado ao âmbito de

¹⁵⁶ WELLMER, A. “Bedingungen einer demokratischer Kultur. Debatte zwischen ‘Liberalen’ und ‘Kommunitaristen’”, in Idem, *Endspiele: die unversöhnliche Moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

validade limitada de uma comunidade jurídica específica. Höffe defende que a idéia de direitos humanos contém necessariamente a pressuposição de validade universal – quer dizer, é composta por normas que assumem “toda a humanidade” como seu ponto de referência – e que, justamente por isso, devem contar com um tipo de fundamentação antropológica que antecede na estrutura teórica as condições de agregação de indivíduos em comunidades jurídicas particulares. Nesse caso, a fundamentação de direitos humanos não estaria propriamente presente da reconstrução do sistema de direitos levada a cabo por Habermas, mas meramente a fundamentação de “direitos fundamentais” válidos em comunidades jurídicas locais. “Ao falar em direitos humanos, Habermas ocupa-se apenas com o tema da fundamentação de direitos que detêm um alcance reduzido: direitos fundamentais. Entendidos como direitos que ‘os cidadãos devem atribuir-se reciprocamente caso queiram regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo’, os direitos fundamentais são válidos apenas dentro de uma comunidade política, ao contrário de direitos humanos que exigem em seu âmbito de validade universal um sentido teórico-legitimatório anterior.”¹⁵⁷

Em sua resposta a Höffe, Habermas produz uma especificação entre o “sentido” universalista e o “status” normativo dos direitos humanos enquanto normas de ação justificadas moralmente e enquanto direitos fundamentais constitucionalmente positivados.¹⁵⁸ Para o autor, não haveria uma diferença de princípio entre o sentido universalista dos direitos humanos (estritamente compreendidos) e dos direitos fundamentais, já que, como visto, o conteúdo destes últimos mostra-se fixado nos termos de liberdades iguais entre *todos* – e, justamente por esse motivo, não seriam casuais as semelhanças encontradas entre os textos das declarações universais de direitos e dos códigos constitucionalmente positivados. A simples forma universalista das liberdades individuais já forçaria uma abertura dos debates públicos para argumentos de ordem moral – não sendo raras, inclusive, referências explícitas a “toda a humanidade” na fixação de direitos fundamentais locais – e isso principalmente no que se refere às

¹⁵⁷ HÖFFE, O. “Eine Konversion der kritischen Theorie? Zu Habermas’s Rechts- und Staatstheorie”, in *Rechtshistorisches Journal*, n. 12, 1993, p.84.

¹⁵⁸ Cf. HABERMAS, J. “Kants Idee des ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahren” in Idem, *Die Einbeziehung des Anderen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996; Idem, “Nachwort zur vierten, durchgesehenen und um ein Literaturverzeichnis ergänzten Auflage“, in FG, pp. 671 e ss. (DDem, v. II, pp. 316-319).

liberdades civis. Nesse sentido, para que possa ser verificada uma penetração espontânea de razões morais em ordens jurídicas locais, bastaria que estas fossem geradas por meio de um debate público suficientemente inclusivo. Normas morais e direitos fundamentais, entretanto, são diferenciados aqui estritamente em relação a seu “status” normativo, já que estes possuem um âmbito de validade limitado à comunidade jurídica correspondente. Portanto, ainda que os textos constitucionais aproximem ao máximo o conteúdo dos direitos fundamentais do sentido universalista de normas morais, incluindo “toda a humanidade” e não somente os membros da respectiva comunidade jurídica, tais direitos positivos geram efeitos diretos apenas no interior do campo de validade específico da ordem constitucional em questão.

“O *status* de tais direitos fundamentais não é o mesmo que o das normas – que possivelmente têm o mesmo significado. Na forma de direitos constitucionais normatizados e de reclamações, eles encontram abrigo no campo de validade de determinada comunidade política. Todavia, esse *status* não contradiz o sentido universalista dos direitos de liberdade clássicos, que incluem todas as pessoas em geral e não somente todos os que pertencem a um Estado. Enquanto direitos fundamentais, eles se estendem a todas as pessoas, na medida em que se detêm no campo de validade da ordem do direito: nessa medida, todos gozam da proteção da constituição. O *sentido* humano e jurídico amplo desses direitos fundamentais fez com que, na República Federal da Alemanha, por exemplo, a situação jurídica de estrangeiros, refugiados e apátridas não se diferenciasssem muito daquela em que se encontram os cidadãos em sentido pleno; de acordo com o teor da lei, eles gozam da mesma proteção do direito, têm deveres “semelhantes” e direitos a prestações (estatais).¹⁵⁹

Com essas considerações, portanto, Habermas procura especificar o significado aplicado à expressão “direitos humanos” ao longo de *Direito e Democracia*: trata-se sim de direitos fundamentais constitucionalmente positivados, ainda que o sentido universalista da expressão não se perca com essa delimitação de seu âmbito de incidência – sem que para isso seja necessária uma fundamentação de tipo antropológica. A segunda parte de sua resposta a Höffe, entretanto, traz muito mais problemas ao autor. Isso porque, após indicar a não simultaneidade entre o estatuto normativo dos direitos

¹⁵⁹ FG, p. 671 (DDem, v. II, pp. 316-317).

fundamentais locais e da ordem internacional de direitos humanos, Habermas se permite apresentar sugestões para superar a incompletude do direito internacional:

“Para transformar a declaração dos direitos do homem em direitos reclamáveis não bastam os tribunais internacionais, pois estes só poderão funcionar adequadamente quando a era dos Estados soberanos singulares for substituída por uma Organização das Nações Unidas capaz não somente de *tomar resoluções*, mas também de *agir* e de *impô-las*.”¹⁶⁰

Habermas salienta que, com a ampliação dos processos discursivos de fundamentação e de aplicação para além dos limites dos Estados nacionais, o conteúdo dos direitos fundamentais locais tendem a se aproximar cada vez mais das normas universalistas das declarações internacionais; mas complementa que, se pretendermos entendê-los enquanto normas propriamente *jurídicas* – isto é, dotadas da eficácia própria da forma do direito – estes permanecem na dependência de instituições internacionais capazes de sua imposição fática. O elemento coercitivo passa a ser assumido como condição *sine qua non* para que os direitos humanos possam assumir um status rigorosamente jurídico: apesar de positivados em declarações escritas e de poderem mesmo contar com a avaliação e a imputabilidade de seus desvios mediante tribunais internacionais (o que já afastaria em boa medida os mencionados ‘déficits cognitivos’ e ‘organizatórios’ da moral pós-convencional), os direitos humanos ainda são equiparados a “normas morais” enquanto não contarem com a eficácia própria da forma coercitiva. E frente a isso, pouco importaria a referência retórica a uma “comunidade jurídica internacional”. Em textos posteriores, como “A Idéia kantiana de Paz Perpétua”, esse posicionamento é parcialmente reavaliado: as declarações e os tratados internacionais de direitos humanos deixam de ser qualificados como simples normas morais; a ênfase das análises passa a ser alojada nas condições de possibilidade para a constituição de uma esfera pública internacional; suas críticas passam a incluir a exigência de democratização das instituições políticas internacionais; mas a insistência de uma complementação necessária da ordem internacional de direitos humanos por “meios coercitivos que garantam a eficácia” permanece inalterada. Suas sugestões passam por “intervenções humanitárias”, instauração de “tribunais penais para processos que vão além dos crimes

¹⁶⁰ FG, p. 672 (DDem, v. II, p. 317).

de guerra”, “poder de polícia” e “criação de um poder executivo supra-nacional”. Cabe aqui um exemplo representativo:

“O direito cosmopolita deve ser institucionalizado de tal forma que vincule os próprios governos em particular. A comunidade dos povos tem de poder impor a seus membros, sob pena de sanções, ao menos um comportamento juridicamente adequado. Só assim o sistema de Estados soberanos em constante estado de auto-afirmação, instável e baseado em ameaças mútuas poderá transformar-se em uma federação com instituições comuns e com funções estatais, ou seja, que regulem a relação de seus membros entre si e controlem a observância dessas regras. (...) O ponto vulnerável da defesa global dos direitos humanos é a falta de um poder executivo que possa proporcionar à Declaração Universal dos Direitos Humanos sua efetiva observância, inclusive mediante intervenções no poder soberano de Estados nacionais, se necessário for. Como em muitos casos os direitos humanos teriam de se impor à revelia dos governos nacionais, é preciso rever a proibição de intervenções prevista pelo direito internacional.”¹⁶¹

Em decorrência de suas investidas no plano internacional, Habermas recebe uma avalanche de críticas, muitas delas provenientes de alguns de seus leitores mais fiéis. Mesmo prescindindo de todas as análises de contingência, poderíamos apontar aqui problemas referentes à própria reconstrução teórica: ao invés de procurar reconstruir as características específicas do direito internacional público, o qual conteria em seu cerne formas de imputabilidade não violentas, Habermas assumiria uma compreensão do direito como um todo estritamente vinculada ao monopólio da força física. Nesse sentido, sem nos alongarmos em seus detalhes, as mencionadas críticas apontam tanto para a “inadequação” quanto para os “riscos” de se exportar ao plano internacional um modelo teórico pensado *a partir* das características próprias ao Estado de direito - o que se revela ainda mais grave para um autor que declara investigar os elementos de uma ordem “pós-nacional”. Para o que segue neste trabalho, vale mesmo a primeira resposta dada a Höffe, que desde o início tinha razão em dizer: ao se ler “direitos humanos” na obra de Habermas, entenda-se “direitos fundamentais”.

De uma perspectiva liberal distinta, a crítica que Charles Larmore direciona a Habermas também se refere à ligação incondicional da autonomia privada à autonomia

¹⁶¹ HABERMAS, J. “Kants Idee des ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahren” in Idem, *Die Einbeziehung des Anderen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, pp. 208-212.

pública dos cidadãos. Segundo Larmore, quando Habermas condiciona a autonomia privada à autonomia pública de tal modo que mesmo os direitos fundamentais de liberdade precisam ser elaborados e justificados por meio de processos de formação política da vontade, a função específica de tais direitos, qual seja, a proteção dos cidadãos contra o poder político estatal, restaria prejudicada: “Na obra de Habermas, os direitos subjetivos também devem ser justificados sob a base da autonomia política. Dessa forma, portanto, tais direitos são incapazes de cumprir sua função essencial primária, qual seja, a de refrear o poder do Estado.”¹⁶² Segundo Larmore, Habermas esvaziaria o fundamento específico dos direitos de liberdade, desenvolvido por uma longa tradição do pensamento liberal nos termos de limitações ao poder do Leviatã, atribuindo a eles funções instrumentais de possibilitar a formação democrática da vontade. Defendendo o primado dos direitos humanos, Larmore escreve que “o projeto habermasiano de uma democracia radical só é possível com liberalismo”¹⁶³, o que exigiria de Habermas a afirmação de direitos subjetivos anteriores à constituição da autoridade política, porque fundamentados moralmente nos termos de uma autoridade impessoal – tais como o direito, assumido implicitamente segundo Larmore, que garante a todos os membros de uma comunidade jurídica a prerrogativa de serem submetidos apenas às normas que puderem ser racionalmente aceitas por eles.

Em sua resposta a Larmore, Habermas nega que a exigência da aceitabilidade racional de normas jurídicas concretas possa ser retirada diretamente do princípio do discurso, isso porque ali não se assumiu ainda a figura de um poder estatal constituído. E contra-ataca: para o autor, é a própria intuição liberal, ao assumir de antemão a necessidade de refrear o poder do Estado, que pressupõe a figura de um poder administrativo deslocado de suas exigências de legitimidade democrática. Habermas relembra aqui uma interpretação de Hobbes feita por ele alhures¹⁶⁴, a qual o considera menos um partidário do Estado absolutista que o defensor de um poder soberano que distribui paternalisticamente liberdades entre seus súditos: “A autoridade impessoal das

¹⁶² LARMORE, C. “Die Wurzeln radikaler Demokratie“, in *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, n. 41, 1993, p. 326.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 327.

¹⁶⁴ Cf. HABERMAS, J. *Teorie und Praxis. Sozial-Philosophische Studien*. Frankfurt am Main: Surkamp, 1963.

leis é tão fundamental quanto o poder do Leviatã, que elas pretendem subjugar e prender.”¹⁶⁵

Habermas insiste que a relação intrínseca estabelecida entre autonomia privada e pública pretende esclarecer que essas duas formas de liberdade não podem pretender subjugar uma à outra sob pena de prejudicar ou mesmo anular a si mesmas. A apresentação abstrata (não substancial) dos direitos fundamentais não é precedida por direitos de proteção contra o poder administrativo porque este deve ser pensado como uma derivação do nexos constitutivo entre autonomia pública e privada, quer dizer, “como um poder administrativo que se apresenta na forma do direito”. Larmore confundiria, segundo Habermas, os conceitos de “soberania popular” e “monopólio do poder”. A relação cooriginária é travada entre autonomia privada e pública – portanto, entre duas formas de *liberdade* – e não entre direitos fundamentais e um poder político já constituído. O poder administrativo não pode ser confundido com a autonomia pública porque esta seria “constitutiva” daquele. Em seu sentido técnico, o poder administrativo só pode ser exercido no quadro de direitos subjetivos e de exigências democráticas, o que pressupõe, portanto, o esclarecimento anterior das formas de autonomia que determinam suas funções e estabelecem seus limites. Segundo Habermas, pois, a afirmação de direitos anteriores à formação democrática da vontade é não somente paternalista sob o ponto de vista normativo, mas também insuficiente aos termos de uma *Realpolitik*, já que a proteção de sujeitos de direito contra o poder estatal é assegurada pelo nexos estabelecido entre autonomia privada e pública, quando este não é entendido como uma simples parceria entre direitos fundamentais e o poder do corpo político estatal. As energias políticas de uma esfera pública ativa e autonomamente constituída representam barreiras muito mais eficazes contra a imposição de poder ilegítimo do corpo estatal, que a declaração de direitos pré-políticos de um legislador filosófico.

Na base da crítica comunitarista, por seu turno, encontra-se a afirmação de que a distribuição de liberdades iguais como único *medium* para a fixação dos resultados obtidos com a formação democrática da vontade conteria, sob a pretensão de imparcialidade e neutralidade ética, a repressão de diferenças culturais e a cegueira ante reivindicações de bens coletivos. Nesse sentido, Michael Rosenfeld afirma que a fixação

¹⁶⁵ FG, p. 672 (DDem, v. II, p. 318).

de discursos de auto-entendimento e o reconhecimento de grupos sociais existentes no interior de comunidades jurídicas sob a forma necessária de direitos iguais de liberdade acaba por reprimir diferenças legítimas. Segundo o autor, a maneira como o conceito de autonomia privada é elaborado por Habermas conduziria a soluções unilaterais que, de acordo com o contexto, podem produzir “igualdade demais à custa de diferenças que são reprimidas.” A fixação incondicionada do tratamento jurídico segundo a forma geral de direitos iguais de liberdade seria insensível aos contextos particulares de sua utilização, correndo o risco de nivelar diferenças significativas entre grupos culturais e obrigar uma assimilação geral das formas de vida hegemônicas. Roselfeld compara exemplos históricos dos processos de descolonização com o das lutas de minorias étnicas contra culturas majoritárias, sustentando que o princípio do tratamento igual segundo a distribuição de competências idênticas entre todos, que no primeiro contexto pode ter servido à emancipação, no segundo contexto legitima a assimilação forçada de culturas majoritárias e a repressão das diferenças que caracterizam as minorias: “O senhor trata o escravo como inferior porque ele é diferente, enquanto que o colonizador oferece ao colonizado iguais direitos que o obrigam a abandonar sua própria linguagem, cultura e religião. (...) Num contexto de relações ‘senhor-escravo’, a igualdade como identidade mostra-se como uma arma para a libertação, enquanto que em contextos ‘colonizador-colonizado’, ela é uma arma para a dominação.”¹⁶⁶ Com tais exemplos, Rosenfeld pretende demonstrar que o sentido pretensamente universalista das “iguais liberdades de ação entre todos” pode produzir efeitos indesejados à Habermas, não devendo ser sustentado como um padrão normativo exclusivo a ser aplicado independentemente dos contextos.

Os levantamentos de Charles Taylor em sua “Política do Reconhecimento” podem ser aqui aproximados à crítica de Rosenfeld: segundo o autor, o reconhecimento de formas de vida e tradições culturais marginalizadas – como o da minoria francófona no interior do Estado de direito canadense – exigiria garantias de sobrevivência incompatíveis com o modelo liberal de distribuição de liberdades iguais. A reivindicação

¹⁶⁶ ROSENFELD, M. “Can Rights, Democracy and Justice be reconciled through Discourse Theory? Reflections on Habermas’s Proceduralist Paradigm of Law” in ROSENFELD, M. e ARATO, A. (eds.). *Habermas on Law and Democracy – Critical Exchanges*. Berkley: University of California Press, 1998, p. 98.

de respeito pelas formas de vida, práticas e visões peculiares de mundo exigiria a consideração de particularidades que, segundo Taylor, o sentido universalista de direitos fundamentais iguais parece abstrair. Haveria, pois, uma concorrência necessária entre o asseguramento de identidades coletivas e o direito a liberdades subjetivas iguais, de modo que no caso de uma colisão entre essas duas orientações normativas, seria preciso decidir sobre a precedência a ser dada a uma delas. Com a exposição do exemplo canadense, Taylor pretende mostrar a existência de tais colisões e a incapacidade do modelo normativo que prescreve incondicionalmente direitos subjetivos iguais em absorver reivindicações sociais de bens coletivos. A minoria francófona que habita a província do Quebec reclamaria o direito de preservação da integridade de sua forma de vida (“ameaçada” pela cultura majoritária anglo-saxã) mediante políticas que visam diretamente à proteção de diferenças e que, portanto, colocam em segundo plano a igual proteção das liberdades individuais – como se observa em regulamentações que *proíbem* a população francófona e imigrantes de matricular seus filhos em escolas inglesas e que *obrigam* o uso da língua francesa em estabelecimentos comerciais. Taylor defende o formato de tais regulamentações protetivas como políticas necessárias à preservação de “espécies culturais ameaçadas de extinção”. Contestando a suposta neutralidade ética do direito, o autor defende que o Estado esteja munido da possibilidade de fomentação ativa de determinadas formas de vida, o que pode vir a restringir os direitos iguais de liberdade em nome da manutenção da diversidade cultural.

“Aqueles que defendem a idéia de que os direitos individuais têm sempre de vir antes, acompanhados de seus respectivos dispositivos anti-discriminatórios, têm de assumir sua precedência ante metas coletivas e falam com freqüência de uma perspectiva liberal que se disseminou cada vez mais no mundo anglo-americano. (...) Sociedades munidas de fins coletivos, como é o caso de Quebec, escapam a um tal modelo. Para todos os governos de Quebec, pertence aos axiomas de sua política a premissa de que a sobrevivência e desenvolvimento da cultura francesa constitui um bem em si mesmo. A comunidade política não se relaciona de maneira neutra entre aqueles que consideram a fidelidade em relação à cultura comum de nossos antepassados como um valor a ser preservado, e aqueles que pretendem dela se dissociar em nome de seu desenvolvimento pessoal. (...) Esse caso parece ilustrar certas questões fundamentais: há uma forma de política de igual respeito entre todos, tal como entronizada no liberalismo de direitos, que é inóspita à diferença, uma vez que insiste na aplicação uniforme das regras que definem esses direitos, sem qualquer tipo de exceção, e que suspeita

dos fins coletivos. (...) Eu a considero inóspita à diferença porque ela não pode acomodar aquilo a que aspiram de fato membros de comunidades distintas, a saber, sua sobrevivência. Isso é uma meta coletiva, que quase inevitavelmente pede alguma variação nos tipos de lei que julgamos não-discriminatórias de um contexto cultural para o outro, como mostra com clareza o caso do Quebec.”¹⁶⁷

Tanto em Taylor quanto em Rosenfeld, o chamado “argumento comunitarista” coloca um desafio inesperado à obra habermasiana – e isso porque, como vimos, a incorporação das “liberdades individuais iguais” vinha justamente combater os riscos de opressão das minorias culturais contidos na concepção republicana de soberania popular. Para usar as palavras de Rosenfeld, aquilo que deveria ser uma arma contra a ditadura da maioria, acaba se mostrando usada em seu favor. As respostas de Habermas ao argumento comunitarista passa por diferentes meandros e revela posicionamentos diferentes em relação aos dois autores aqui mencionados. Em primeiro lugar, Habermas não se contrapõe à idéia de que contextos culturais e formas de vida específicas devam poder ser compreendidos como elementos integrantes do sistema de direitos, isso porque os processos democráticos de configuração das categorias de direitos seriam caracterizados por uma inevitável impregnação ética de cada comunidade jurídica concreta:

“Faz parte da natureza concreta das matérias carentes de regulamentação que a normatização das vias de relacionamento no medium do direito – diversamente do que ocorre com a moral – venha abrir-se para as demarcações de objetivos pela vontade política de uma sociedade. Por isso, toda ordem jurídica é também expressão de uma forma de vida particular, e não apenas o espelhamento do teor universal dos direitos humanos. (...) E quanto mais concreto for o talhe da matéria, tanto mais se expressará, na aceitação de uma regulamentação jurídica correspondente, a autocompreensão de uma coletividade e de sua forma de vida”.¹⁶⁸

Para Habermas, entretanto, se a formação democrática da vontade não exclui de antemão valores e objetivos coletivos próprios de uma forma de vida concreta, uma tal

¹⁶⁷ TAYLOR, C. “Die Politik der Anerkennung“, in Idem. *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, pp. 51-52.

¹⁶⁸ HABERMAS, J. “A luta por reconhecimento no Estado Democrático de Direito”, in Idem. *A Inclusão do Outro. Estudos de teoria política*. São Paulo, Loyola, 2002, p. 245.

impregnação ética “não pode destruir o próprio medium do direito”.¹⁶⁹ Esse é justamente o cerne de sua contra-crítica a Taylor: a proteção de elementos da autocompreensão ética de uma comunidade pelo medium do direito pode apenas *possibilitar* – e não obrigar – a continuação de formas de vida e tradições culturais pelos seus membros. A versão do argumento comunitarista elaborada por Taylor é duramente criticada como uma forma de “fundamentalismo”, porque acomoda tentativas de conferir ultra-estabilidade a um universo cultural específico por meio da obrigatoriedade de sua adesão. No marco do Estado democrático de direito, cada integrante de comunidades culturais, em sua individualidade, deve possuir a liberdade de dizer sim ou não à apropriação e manutenção de suas tradições. Sob condições reflexivas de reprodução cultural, tradições e formas de vida só podem ser mantidas com a vinculação espontânea de seus integrantes e o convencimento destes sobre seu valor, deixando aberta a possibilidade de provação crítica e a opção de aprenderem ou mesmo migrarem para outras culturas. Segundo Habermas, um modelo normativo que “compete” com as iguais liberdades individuais de ação não concede aos indivíduos a possibilidade de assumir reflexivamente a cultura de origem, transformá-la em seu conteúdo ou mesmo abandoná-la por completo, de tal maneira que a força de manutenção e reprodução de coletividades culturais fica alojada não no posicionamento autônomo de seus integrantes, mas numa preservação administrativa autoritária de seus elementos tradicionais.

“Em sociedades multiculturais, a coexistência eqüitativa das formas de vida significa para cada cidadão uma chance segura de crescer sem perturbações em seu universo cultural de origem, e de também poder criar seus filhos nesse mesmo universo; ou seja, significa a chance de poder confrontar-se com sua cultura de origem – como com qualquer outra –, dar-lhe continuidade ou transformá-la; ou ainda a chance de distanciar-se com indiferença de seus imperativos ou romper com ela em uma atitude auto-crítica, para viver a partir daí com a marca deixada por uma ruptura consciente com a tradição e com formas de identidade cindidas. A mudança acelerada das sociedades modernas manda pelos ares todas as formas estacionárias de vida. As culturas só sobrevivem se tiram da crítica e da cisão a força para uma autotransformação. Garantias jurídicas só podem se apoiar sobre o fato de que cada indivíduo, em seu meio cultural, detém a possibilidade de regenerar essa força. E essa força, por sua vez, não nasce apenas no isolamento em face do estrangeiro e de pessoas estrangeiras, mas

¹⁶⁹ Ibidem, p. 245.

nasce também – e pelo menos em igual medida – do intercâmbio com eles. (...) O caminho do direito estatal nada pode senão *possibilitar* essa conquista hermenêutica da reprodução cultural de universos vitais. Pois uma garantia de sobrevivência iria justamente privar os integrantes da liberdade de dizer sim ou não, hoje tão necessária à apropriação e manutenção de uma herança cultural.”¹⁷⁰

O importante aqui é perceber que a mera “impregnação ética” da formação democrática da vontade não é suficiente para combater as críticas comunitaristas apresentadas, uma vez que a assunção de valores e fins coletivos pelo Estado de direito continua pressupondo justamente aquilo que se encontra sob suspeita, a saber, seu enquadramento na forma de liberdades subjetivas iguais de ação. O receio de Rosenfeld, como vimos, seria o de que a distribuição de competências jurídicas idênticas entre todos fosse fixado como forma exclusiva para a institucionalização dos resultados da formação política da vontade, anulando assim demandas cujo conteúdo se refere justamente à necessidade do tratamento diferenciado. Nesse sentido, em suas respostas a ambos os autores, Habermas precisará assumir que a “igualdade de tratamento jurídico” não pode ser entendida num sentido meramente formal; vale dizer, que ela não estipula irrestritamente uma distribuição idêntica de competências jurídicas entre todos, mas exige um tratamento diferenciado quando comprovadas condições desiguais para seu aproveitamento. Em vista disso, nos discursos públicos de formação da vontade democrática devem poder ser levantados pelos próprios grupos concernidos argumentos que pretendam esclarecer a necessidade de tratamentos jurídicos diferenciados para a configuração adequada de liberdades individuais iguais entre todos. É o que se observa, segundo Habermas, em argumentos a favor de ações afirmativas, garantias específicas de status e subvenções especiais. Contrariamente a Taylor, argumentos desse tipo são considerados componentes de uma “luta por reconhecimento” travada no “interior do Estado democrático de direito”, isto é, direcionada à própria configuração democrática do sistema de direitos, e não a sua “suspensão” política em nome de elementos tradicionais que antecedem a autonomia dos cidadãos. Em relação a Rosenfeld, as discordâncias de Habermas são muito mais brandas, isso porque sua elaboração do argumento comunitarista não seria voltada contra a própria estrutura das liberdades subjetivas iguais,

¹⁷⁰ Ibidem, pp. 251-252.

mas apontaria apenas – e corretamente – para a necessidade de se tomar a igualdade de tratamento jurídico como um princípio sensível à diferença de contextos:

“Em todos esses exemplos [trazidos por Rosenfeld], trata-se da postulação de que se trate o que é igual de maneira igual, e o que é diferente de maneira desigual. (...) Trata-se o tempo todo de uma reivindicação de garantia da integridade das pessoas de direito, às quais se atribuem liberdades iguais no sentido de uma igualdade de conteúdo jurídico, entendida de maneira não-seletiva. Pois essas liberdades devem ser asseguradas para os cidadãos de maneira não apenas formal, mas efetiva; ou seja: de acordo com as condições sociais e culturais para a emergência de sua autonomia privada e pública. (...) Da perspectiva do paradigma jurídico procedimental, tais conflitos podem ser bem resolvidos apenas se o poder de definição para experiências e situações especificamente ligadas a cada gênero não forem deixadas por mais tempo a cargo de especialistas ou mandatários. Os próprios envolvidos precisam lutar em fóruns públicos pelo reconhecimento das interpretações reprimidas ou marginalizadas sobre suas carências, a fim de que novas situações factuais sejam reconhecidas como relevantes ou carentes de regulamentação e de que se negociem os critérios sob os quais se possa tratar com igualdade o que é igual e com desigualdade o que é desigual.”¹⁷¹

Tais elementos que obrigam uma “procedimentalização” do próprio sentido da igualdade não se encontram explicitamente presentes nas reconstruções iniciais analisadas até aqui – o que dá ensejo a leituras que enxergam na possibilidade de liberdades específicas a grupos culturais um “ingrediente novo” da construção teórica habermasiana, introduzido após *Direito e Democracia* em função da grande incidência dos debates comunitaristas havidos ao longo da década de 1990.¹⁷² De fato, a consideração de questões diretamente ligadas aos embates multiculturalistas se intensifica após os textos que compõem o livro *A Inclusão do Outro*, de 1996. Entretanto, a necessidade da especificação do conteúdo das liberdades individuais mostra-se não apenas presente, como encontra seu fundamento no âmbito das elaborações do “paradigma procedimental”, levadas a cabo no último capítulo da obra de 1991. Não se trata aqui de investigar os marcos cronológicos que envolvem a questão, nem de atribuir

¹⁷¹ HABERMAS, J. “Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law”, in ROSENFELD, M., ARATO, A. (eds.). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley: University of California Press, 1998, p. 335.

¹⁷² YOUNG, I. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 109; COOKE, M. “Authenticity and Autonomy: Taylor, Habermas and the politics of Recognition” in *Political Theory*, v. 25, n. 2, 1997.

ao autor qualquer qualidade visionária especial em relação a debates que ocorrem numa distância temporal pouco significativa. Mas sim de apontar que a radicalização do procedimentalismo em Habermas exige a saída do âmbito das reconstruções internas. Vale dizer, ela exige o alcance de uma nova tensão entre facticidade e validade, que passará a ser formulada como uma tensão entre a autocompreensão normativa do direito moderno e a percepção das desigualdades fáticas que habitam contextos sociais concretos.

CAPÍTULO II

Esfera Privada e Política Deliberativa

“A consciência ingênua vê as relações privadas como uma ilha situada em pleno fluxo da dinâmica social, como um resíduo do estado natural. Na verdade, a família não só depende da realidade social em suas sucessivas concretizações históricas, mas também está socialmente mediatizada, mesmo em sua estrutura mais íntima”. (Adorno)

“Direitos e deveres: de algum modo eles definem o que realmente é a intimidade. A intimidade não deve ser compreendida nos termos de uma simples explicação interacional, mas como um aglomerado de prerrogativas e responsabilidades que definem o planejamento da atividade prática. A importância dos direitos para se chegar à intimidade pode facilmente ser percebida a partir da luta das mulheres para se atingir uma posição de igualdade no casamento. O direito das mulheres de tomar iniciativa no divórcio, por exemplo, o que parece apenas uma sanção negativa, na verdade tem uma importante função de equilíbrio. Suas conseqüências compensadoras vão além de autorizar a saída de um relacionamento opressivo, por mais importante que isso seja. Elas limitam a capacidade do marido impor o seu domínio e por isso contribuem para a transformação do poder coercivo em comunicação igualitária.” (Giddens)

Habermas inicia o capítulo 7 de *Direito e Democracia* dizendo que “a análise das condições da gênese e da legitimação do direito concentrou-se na política legislativa, deixando em segundo plano os processos políticos.”¹⁷³ Quer dizer, as discussões até aqui empreendidas foram dedicadas à reconstrução dos princípios normativos internos ao direito moderno e a algumas de suas principais instituições decisórias, sendo, contudo, ainda incapazes de abarcar os processos políticos responsáveis por tais decisões. E ao contrapor “política legislativa” aos “processos políticos” aqui vislumbrados, Habermas já adianta sua tese de que estes últimos não podem ser adequadamente compreendidos quando centrados simplesmente nas *instituições* do Estado democrático de direito, devendo ser investigados de maneira ampliada como processos que envolvem uma atividade política não propriamente institucional, vale dizer, uma política alojada nas “bases sociais do mundo da vida”.

¹⁷³ FG, p. 349 (DDem, v. II, p. 9).

A necessidade de uma compreensão empiricamente informada de tais processos políticos pode ser considerada uma exigência das próprias reconstruções normativas iniciais: “a criação legítima do direito depende de condições exigentes, derivadas dos processos e pressupostos da comunicação, onde a razão, que instaura e examina, assume uma figura procedimental. Contudo, não expliquei como esse conceito procedimental, repleto de idealizações, pode relacionar-se com pesquisas empíricas, as quais entendem a política como uma arena na qual se desenrolam processos de poder e a analisa levando em conta controvérsias estratégicas guiadas por interesses ou por operações sistêmicas.”¹⁷⁴ Por outro lado, um tal modelo deliberativo *ampliado* do processo político – o qual compreende não apenas as decisões tomadas no interior das instituições do Estado de direito, mas também o momento *informal* da gênese política da opinião e da vontade, vale dizer, aquele que corre por fora dos processos políticos institucionalizados – não deixará de ser defendido também como um modelo empiricamente mais adequado que os modelos “realistas” disponíveis: “o modo de operar de um sistema político não pode ser adequadamente descrito, mesmo empiricamente, quando não se leva em conta a dimensão de validade do direito e a força legitimadora de sua gênese democrática.”¹⁷⁵

As reconstruções iniciais, pois, explicitaram pressupostos normativos extremamente exigentes, os quais nem produzem diretamente as categorias necessárias a uma compreensão empiricamente informada das democracias reais, nem tampouco se adequam, à primeira vista, ao realismo das pesquisas empíricas existentes. Nesse sentido, como dirá Habermas em outro lugar¹⁷⁶, podemos assumir que os pressupostos normativos reconstruídos pelo âmbito interno da tensão entre facticidade e validade serão “testados” pela nova perspectiva de análise aqui empreendida, definida como uma “sociologia reconstrutiva da democracia”. Entretanto, é vantajoso que se tenha já em mente algo sobre o caráter do referido “teste”: ele não é definido nos termos de uma “contraposição entre ideal e realidade”. Os princípios normativos que carregamos até aqui foram eles mesmos reconstruídos em consideração à facticidade do direito moderno; além disso, o sentido mesmo de sua “reconstrução” esteve atrelado à superação das garantias meta-

¹⁷⁴ FG, p. 349 (DDem, v. II, p. 9).

¹⁷⁵ FG, p. 349 (DDem, v. II, p. 9).

¹⁷⁶ HABERMAS, J. “Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law”, in ROSENFELD, M., ARATO, A. (eds.). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkley: University of California Press, 1998, pp. 374-375. Conferir o último capítulo deste trabalho.

sociais às quais se encontravam vinculados, passando a ser considerados como expectativas intramundanas de uma livre formação da opinião e da vontade. Assim, tais princípios normativos passam a ser considerados também *parte* da sociologia reconstrutiva da democracia agora vislumbrada – e isso porque “o conteúdo normativo evidenciado pelas reconstruções iniciais está inserido parcialmente na facticidade social dos próprios processos políticos observáveis.” Dessa forma, eles orientam a incorporação das pesquisas empíricas procurando evitar tanto o positivismo dos modelos que neutralizam qualquer referência a elementos normativos, quanto o idealismo que os procura em lugares outros que não a própria realidade observada. Em poucas palavras, “eles permitem identificar nas práticas políticas partículas e fragmentos de uma ‘razão existente’, ainda que distorcida.”¹⁷⁷ Gostaria de marcar a especificidade do modelo habermasiano de análise da formação política da vontade em relação aos modelos realistas e normativos invocados para, ao final, apresentar os potenciais de racionalização cumpridos em seu interior por um âmbito da vida social caracterizado pela privacidade. Entre esses dois passos, caberá uma discussão sobre a própria delimitação da categoria de “esfera privada” no âmbito da reconstrução externa.

I. A compreensão empírica dos processos políticos

Ao pretender cumprir sua passagem à dimensão externa da tensão entre facticidade e validade, Habermas parte e retoma diversas vezes a “longa história das teorias realistas”, a qual inclui modelos tão diversos quanto a teoria da concorrência de Becker, as teorias pluralistas, o elitismo democrático, a teoria econômica e a teoria do sistema. De maneira bastante esquemática, podemos apresentar a estratégia de refutação das teorias realistas da seguinte forma: elas ou não conseguiriam se desprender dos elementos normativos que procuram evitar, ou acabariam por assumir pressupostos descritivos não comprovados (na maior parte dos casos, ambas as coisas).¹⁷⁸

¹⁷⁷ FG, p. 349 (DDem, v. II, p. 9).

¹⁷⁸ Dada a extensão de um percurso que toma grande parte dos capítulos 7 e 8, não poderia reconstituir em detalhe tal estratégia de refutação, sob pena de me afastar muito do recorte temático proposto neste trabalho. Pela mesma razão, também nivelo a diferença entre a perspectiva da “teoria democrática”

Segundo Habermas, ao pretender neutralizar qualquer elemento normativo em prol de uma análise estritamente empírica dos processos políticos, a tradição do realismo político apenas deixaria de explicitar seus pressupostos normativos de fundo. E em todos os casos nos quais esse argumento é utilizado (i.e., todos os realistas, exceto Luhman), os pressupostos normativos mais ou menos camuflados seguiriam aqui uma mesma filiação: o modelo normativo liberal. Com efeito, Habermas acusa Becker de fazer “propaganda ideológica do Estado de direito liberal”¹⁷⁹; a teoria social do pluralismo é considerada inserida “no modelo normativo do liberalismo através de uma simples substituição: o lugar dos cidadãos e de seus interesses individuais é ocupado por organizações e interesses organizados”¹⁸⁰; o modelo elitista, por sua vez, seria igualmente marcado por uma substituição da disputa pluralista entre organizações por uma disputa travada agora entre elites: “uma vez que os grupos de interesses são seletivos e sem muita influência sobre a política das associações, passa-se a pensar que a luta pelo poder se desenrola essencialmente entre elites”; e a teoria econômica, por fim, agregaria diferentes atores já utilizados na tradição realista aos termos gerais de uma barganha racionalmente motivada: “Ao demonstrar a racionalidade do comportamento dos eleitores e dos políticos, a teoria econômica da democracia levou a cabo a tentativa de capturar empiricamente algumas intuições normativas do liberalismo. Segundo esse modelo, os eleitores traduzem com seus votos um interesse mais ou menos esclarecido na forma de pretensões direcionadas contra o sistema político; enquanto que os políticos, desejosos de conquistar ou manter seus postos, *trocam* esses votos pela oferta de políticas determinadas. Das transações entre eleitores que decidem racionalmente e elites políticas produz-se decisões consideradas racionais na medida em que levam em conta interesses particulares agregados e sopesados equitativamente.”¹⁸¹ Em todos esses casos da tradição realista, a política seria explicada nos termos de uma concorrência entre entidades

(capítulo 7) e da “sociologia da democracia” (capítulo 8). Tal nivelamento simplifica, mas não prejudica demasiadamente a exposição do argumento de Habermas, já que os “déficits empíricos” atribuídos às análises realistas dos processos democráticos são encontrados em ambas as perspectivas de análise. Sobre o tema, cf. VITALE, D. e MELO, R. “Política Deliberativa e o Modelo Procedimental de Democracia” in NOBRE, M. e TERRA, R. (orgs.). *Direito e Democracia – Um Guia de Leitura*. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁷⁹ FG, p. 359 (DDem, v. II, p. 18).

¹⁸⁰ FG, p. 60 (DDem, v. II, p. 60).

¹⁸¹ FG, p. 404 (DDem, v. II, p. 62).

egocêntricas e auto-interessadas, alterando-se apenas sua amplitude e suas posições sociais.

Após denunciar a falha dessas teorias em desenvolver modelos de análise normativamente neutralizados, Habermas não combate sua “falácia individualista” diretamente no campo normativo, mas sim no próprio âmbito da plausibilidade empírica reivindicada por elas. Segundo Habermas, tais modelos políticos egocêntricos seriam incapazes de explicar como atores que agem segundo cálculos puramente estratégicos poderiam estabilizar suas relações sociais.¹⁸² Além disso, eles não explicariam os resultados de pesquisas empíricas que revelam a transformação dos atores, das preferências e dos argumentos *durante* o próprio jogo político – e nem sequer possuiriam condições adequadas a fazê-lo, já que não voltam suas energias aos processos de formação da vontade política, sendo com isso obrigados a sustentar o pressuposto não comprovado de um conjunto de interesses, valores e objetivos fixos, assumidos de antemão pelos participantes. Nesse sentido, o autor escreve que “não são realistas as idéias segundo as quais possibilidades de escolha e preferências são tratadas como algo dado; ambas transformam-se no próprio processo político. (...) A mudança política de valores e enfoques não é um processo de adaptação cega, porém o resultado de uma formação constitutiva da opinião e da vontade. (...) [Também] não é realista a idéia segundo a qual todo comportamento social é concebido como agir estratégico, o qual pode ser explicado como o resultado de um cálculo egocêntrico de possíveis vantagens. A força sociológica e explicativa desse modelo é visivelmente limitada.”¹⁸³

As críticas à teoria do sistema ganham contornos diversos: para Habermas, ela de fato instaura um modelo objetivante de análise política que se desprende de todo referencial normativo, já que “abandona por completo o nível dos *sujeitos da ação*, sejam eles individuais ou coletivos”.¹⁸⁴ Para o autor, a teoria dos sistemas possuiria certas vantagens descritivas em relação aos demais modelos realistas: ela descreve como nenhum outro o “modo como o processo democrático pode ser solapado pela pressão de imperativos funcionais”.¹⁸⁵ Vale dizer, ela apresenta com riqueza de detalhes um

¹⁸² FG, p. 407 (DDem, v. II, p. 65).

¹⁸³ FG, p. 408 (DDem, v. II, p. 66).

¹⁸⁴ FG, p. 405 (DDem, v. II, p. 63).

¹⁸⁵ FG, p. 406 (DDem, v. II, p. 64).

diagnóstico unânime entre todos os realistas, o qual aponta para o fechamento do sistema político institucional aos fluxos comunicativos oriundos da sociedade civil. Para a teoria dos sistemas, todo tipo de demanda vinda de fora do aparato burocrático-estatal seria acomodada como parte do “entorno” do sistema político e, por sua vez, todo tipo de “irritação” havida entre a política e seu entorno poderia no máximo gerar uma nova auto-programação do sistema para fins de sua estabilização.

Os ganhos de riqueza descritiva da formulação sistêmica do diagnóstico realista, no entanto, não o tornariam menos problemático. Em primeiro lugar, ela não apenas endossaria uma compreensão da política centrada no Estado, como elaboraria sua versão melhor acabada. Nela, o centro de gravidade da política é alojado não apenas nas arenas político-decisórias (as quais podem incluir espaços mais porosos como as instituições parlamentares), mas na atividade mesma de auto-programação do poder *administrativo*: “[M]anifesta-se aqui de maneira mais acabada uma compreensão da política centrada no Estado, já aplicada pelo modelo liberal. A teoria dos sistemas atribui a formação política da opinião e da vontade dominada pela concorrência entre partidos a um público de cidadãos e de clientes incorporados ao sistema político, porém podados das raízes que os ligavam ao mundo da vida, isto é, à sociedade civil, à cultura política e à socialização. Ali, o governo e a administração não formam apenas o complexo de maior densidade organizatória; eles também estabelecem um contra-curso junto à própria circulação oficial de poder: a administração se auto-programa amplamente, na medida em que dirige os processos de produção legislativa através de projetos de governo, obtém a lealdade maciça do público de cidadãos através de partidos estatizados e se coloca em contato direto com seus clientes.”¹⁸⁶

Em segundo lugar, ao negligenciar a existência de uma linguagem comum não especializada que perpassa a sociedade como um todo, incluindo os diferentes sistemas especializados de ação, a teoria do sistema assumiria um inquietante problema relacionado a sua incapacidade em explicar a *integração social* – o qual já teria sido assumido por algumas de suas mais influentes vertentes tardias, como Teubner e Wilke: “[E]sse ganho ‘realista’ proporcionado pela observação seletiva sobrecarrega a teoria com um problema colateral inquietante. Segundo sua descrição, todos os sistemas

¹⁸⁶ FG, p. 406 (DDem, v. II, pp. 63-64).

funcionais conseguem sua autonomia através da criação de códigos e de semânticas próprias, não traduzíveis entre si. Com isso, perdem a capacidade de se comunicar diretamente, limitando-se apenas à ‘observação’ mútua. Esse autismo atinge especialmente o sistema político, o qual se fecha de maneira auto-referencial em relação a seu entorno. E esse encapsulamento autopoiético o impede quase por completo de integrar a sociedade em seu todo. (...) Não se vê como o sistema político possa superar o hiato que separa a autonomia dos diferentes sistemas funcionais, garantindo sua coesão: ‘O núcleo do problema está na improbabilidade de que aconteça uma comunicação entre unidades autônomas, que operam de modo auto-referencial’ (Wilke)”.¹⁸⁷

Por fim, ao neutralizar qualquer referência normativa em sua caracterização do sistema político, a teoria do sistema não deixaria de recair em cegueiras e falhas descritivas: ela falharia justamente em perceber a normatividade que acompanha o funcionamento do sistema político e os processos democráticos na medida em que se instauram segundo o medium do direito. Nesse sentido, Habermas escreve que “uma teoria dos sistemas que expeliu de seus conceitos qualquer resquício de normatividade, torna-se insensível em relação aos freios normativos contidos no fluxo de poder regulado pelo Estado de direito.”¹⁸⁸ Vale dizer, ela opera com um conceito de poder “insensível à relevância empírica da constituição do poder no Estado de direito.”¹⁸⁹

Para Habermas, o tipo de realismo político hoje em voga faria prevalecer o diagnóstico de impossibilidade de uma formação racional da opinião e da vontade. Esse diagnóstico, embora não inteiramente equivocado, seria no entanto *limitado* na medida em que desconsidera formas de “resistência” à auto-programação do sistema político, as quais serão encontradas em práticas de desobediência civil, na proliferação de movimentos sociais e, fundamentalmente, na constituição de esferas públicas independentes da agenda política oficial. Embora tais formas de resistência sejam com freqüência obliteradas em meio ao exercício rotineiro do poder burocrático, elas não são consideradas pelo autor como focos isolados ou casuais. Com efeito, o caráter ambivalente do direito moderno, apresentado na reconstrução interna nos termos de uma tensão entre a positividade da norma e suas exigências de legitimidade, permite que ele

¹⁸⁷ FG, p. 407 (DDem, v. II, pp. 64-65).

¹⁸⁸ FG, p. 406 (DDem, v. II, p. 64).

¹⁸⁹ FG, p. 407 (DDem, v. II, p. 65).

seja apresentado aqui como um mediador entre as operações do sistema político e os fluxos comunicativos oriundos do mundo da vida. Para Habermas, quando os sistemas de ação institucionalizam juridicamente suas estruturas de funcionamento, eles assumem mesmo que a contragosto as expectativas normativas vinculadas ao medium o direito, as quais os obrigam a se abrir a exigências de legitimidade veiculadas na linguagem não especializada do mundo da vida.¹⁹⁰ Assim, a mencionada resistência à auto-programação burocrática do sistema político é apresentada como uma contra-tendência da formação política da vontade que parte da sociedade em direção ao Estado, possibilitada pela interligação mesma entre o poder político e o medium do direito.

“Parece que o saber regulatório requerido não consegue mais penetrar nas capilares de um processo de comunicação entrelaçado horizontalmente, aberto osmoticamente e organizado de modo igualitário. Tais evidências, porém, não devem fazer esquecer a circunstância de que o desacoplamento da regulação política do processo parlamentar e a emigração dos temas para fora das arenas públicas *não acontecem sem resistência*. Pouco importa a versão, nem o tipo de constelação: a questão democrática sempre consegue entrar na agenda. (...) Se partirmos da premissa de que o sentido próprio do medium do direito, com o qual se liga internamente o poder político, nos força a admitir uma gênese democrática do direito, veremos que essas tendências opostas não acontecem por acaso.”¹⁹¹

Segundo o autor, a tentativa de superar as limitações dos modelos realistas em perceber os “freios normativos” à auto-programação sistêmica dos processos políticos exigiria uma passagem às teorias normativas da democracia.¹⁹² Ao considerar os debates

¹⁹⁰ “No seu conjunto, o mundo da vida forma uma rede de ações comunicativas. Sob o ângulo da coordenação da ação, seu componente *social* consiste na totalidade de relações interpessoais ordenadas legitimamente. Ele abrange, além disso, coletividades, associações e organizações especializadas em determinadas funções. Alguns desses sistemas de ação funcionalmente especificados tornam-se independentes em relação aos domínios de ação integrados socialmente através de normas, valores e entendimento, passando a formar códigos próprios – como é o caso da economia, que se utiliza do dinheiro, e da administração, que se desenrola através do poder. Todavia, através da institucionalização jurídica dos meios de regulação, esses meios continuam ancorados no componente social do mundo da vida. A linguagem do direito reveste as comunicações do mundo da vida oriundas da esfera pública e privada com uma forma que as permite serem assumidas também pelos códigos especializados dos sistemas de ação auto-regulados – e vice-versa. Sem esse transformador, a linguagem comum não poderia circular por toda a sociedade.” FG, p. 429 (DDem, v. II, p. 86).

¹⁹¹ FG, p. 389 (DDem, v. II, p. 48).

¹⁹² “Uma vez que o problema da relação entre norma e realidade não pode ser evitado pelo caminho das definições empiristas, temos que retornar aos modelos normativos de democracia já introduzidos para averiguar se as suas concepções implícitas de sociedade oferecem ancoras para uma ciência social.” FG, pp. 358-359 (DDem, v. II, p. 18).

contemporâneos entre os modelos normativos liberal e republicano, Habermas nos diz que ambos os modelos em disputa seriam ainda incapazes de superar os déficits acumulados até aqui: além de se sustentarem por meio de premissas não comprovadas da filosofia do sujeito, as quais projetam as figuras do “sujeito particular que concorre por vantagens” ou do “macro-sujeito social dotado de uma vontade homogênia”, tais modelos estariam ainda presos a uma compreensão da política centrada no Estado. Com efeito, tanto a compreensão da política como uma disputa acerca de “normas constitucionais” (as quais “disciplinam” o poder do Estado), quanto aquela que a defende como a realização dos “objetivos coletivos” de uma sociedade política (a qual pretende se “apropriar do poder burocratizado do Estado”), teriam seu campo de análise limitado, defensiva ou ofensivamente, à política institucional. Tais modelos, pois, caracterizariam a política por meio de demandas específicas levadas ao aparato Estatal (de um lado, o bem comum de uma comunidade eticamente homogênia e, de outro, a proteção de interesses eticamente neutralizada na forma de competências constitucionais), deixando de lado a análise sobre as condições e bloqueios para que tais demandas sejam *formuladas* livremente entre os cidadãos.¹⁹³ Em suma, os modelos liberal e republicano seriam ainda incapazes de abarcar os processos sociais de formação política da vontade, nos quais os temas, as posições e os próprios atores coletivos seriam constituídos deliberativamente em esferas públicas situadas à margem do sistema político.

Neste ponto, a teoria da democracia deliberativa é invocada como aquela que permite a superação das falhas liberais e republicanas. Ela se baseia em uma compreensão ampliada da política e em critérios procedimentais para medir sua legitimidade. Em primeiro lugar, a política não se limita aos processos de tomada de decisões impositivas havidos no interior das instituições-chave do Estado democrático de direito, mas incorpora, como sua dimensão fundamental, os processos deliberativos que antecedem tais decisões e que podem vir a garantir sua justificação e seu convencimento públicos. Nesse sentido, ela não se limita em avaliar a incorporação de demandas na agenda oficial do poder ou à sua institucionalização jurídico-estatal (caracterizadas como *input* e *output*

¹⁹³ Para Seyla Benhabib, essa caracterização da política em função de demandas específicas direcionadas ao Estado levaria já a uma delimitação prévia das fronteiras entre o público e o privado. Sobre isso, conferir o próximo item deste capítulo. Cf. BENHABIB, S. “Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition and Jürgen Habermas”, in *Situating the Self. Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*. New York: Routledge, 1992.

do Estado), mas estende suas atenções à própria gênese dessas demandas em esferas públicas alheias ao sistema burocrático. Segundo a teoria da democracia deliberativa, com efeito, a formação política da vontade tem início em esferas públicas não-institucionais, constituídas por redes de comunicação espontâneas e interconectadas que não se deixam inteiramente organizar, cujas fronteiras se apresentam fluidas no espaço e no tempo. Ao insistir no papel cumprido por uma tal esfera pública não-institucional, a noção de “formação” assume um sentido enfático: ela apresenta-se como responsável não apenas pela identificação dos novos problemas sociais com a sensibilidade de um número irrestrito dos potenciais afetados, como também pela elaboração discursiva de tais problemas, interpretação de carências, articulação de identidades coletivas e seleção prévia dos melhores argumentos apresentados, constituindo assim pautas políticas a serem levadas às instituições político-decisórias e os próprios atores coletivos a exigirem nelas sua devida representação. Em segundo lugar, a teoria da democracia deliberativa defende uma concepção procedimental de legitimidade democrática. Segundo ela, a determinação das normas, valores e objetivos políticos apenas pode ser considerada legítima quando realizada segundo procedimentos que, devido a sua própria estrutura imparcial, sustentam a suposição de produzir resultados racionais. Tal imparcialidade, por sua vez, implica tanto a abertura do procedimento democrático à participação de todos os cidadãos interessados, quanto a exigência de que tal participação seja “qualificada”, quer dizer, que seja realizada por cidadãos considerados “livres e iguais”. Uma concepção ampla de “procedimento imparcial”, pois, exige não apenas o caráter inclusivo e transparente das instituições políticas de tomada de decisão, mas também o estabelecimento de liberdades individuais capazes de garantir a livre formação da consciência e das opiniões pessoais, de direitos à participação igualitária em todos momentos relevantes da formação política da vontade, de uma esfera pública ativa e livre de coerções, capaz de permitir a circulação de, argumentos, críticas e tematizações entre os cidadãos, e de uma redistribuição dos bens materiais capaz de assegurar que todos possuam condições igualitárias de aproveitamento de suas liberdades civis e políticas. Em todas essas exigências de um modelo procedimentalista amplo, trata-se de assegurar que a vontade democrática seja formada, desde suas fases iniciais, segundo a aceitação não coagida dos melhores argumentos apresentados intersubjetivamente.

“A idéia de democracia, apoiada na teoria do discurso, parte da imagem de uma sociedade descentrada, a qual constitui – ao lado da esfera pública política – uma arena para a percepção, a identificação e o tratamento de problemas de toda a sociedade. Se prescindirmos dos conceitos oriundos da filosofia do sujeito, a soberania não precisa concentrar-se no povo, nem ser banida para o anonimato das competências jurídico-constitucionais. A identidade da comunidade jurídica que se organiza a si mesma é absorvida pelas formas de comunicação destituídas de sujeito, as quais regulam de tal modo a corrente de formação discursiva da opinião e da vontade, que seus resultados falíveis têm a seu favor a suposição de racionalidade. Com isso, não se desmente a intuição que se encontra na base da idéia de soberania popular: ela simplesmente passa a ser interpretada de maneira intersubjetiva. A soberania do povo retira-se para o anonimato dos processos democráticos e para a implementação jurídica de seus pressupostos comunicativos pretensiosos para fazer-se valer como poder produzido comunicativamente. Para sermos mais precisos: esse poder resulta das interações entre a formação da vontade institucionalizada constitucionalmente e esferas públicas mobilizadas culturalmente, as quais encontram, por seu turno, uma base nas associações de uma sociedade civil que se distancia tanto do Estado como da economia.”¹⁹⁴

Para o autor, é importante mostrar que essa primeira apresentação geral do modelo deliberativo de política nem exclui disputas conceituais travadas em seu interior, nem decide, por si mesma, as estratégias mais adequadas a sua operacionalização no campo da sociologia política.¹⁹⁵ Habermas apresenta a democracia deliberativa como um campo intelectual amplo que já inclui diferentes teorias e formulações de seu conceito. E na avaliação dessa pluralidade de modelos, importa essencialmente para ele considerar a relação que cada um deles estabelece com a realidade social. Com efeito, as formulações da política deliberativa revelam expectativas normativas extremamente exigentes, as quais parecem contrastar com as descrições da “realidade social das democracias contemporâneas”, sobretudo quando comparadas ao diagnóstico realista em voga, o qual, como vimos, assume o fechamento do sistema político-institucional aos fluxos comunicativos oriundos da sociedade civil. E diante desse contraste, observa-se um duplo movimento de teorias que ou reduzem as expectativas democráticas em face de

¹⁹⁴ FG, p. 365 (DDem, v. II, p. 24).

¹⁹⁵ “É preciso perguntar se o modo de socialização discursiva, suposto para a auto-organização da comunidade jurídica, ou seja, para uma associação de sujeitos livres e iguais, é possível nas condições de reprodução de uma sociedade complexa e, em caso afirmativo, como isso pode se dar. Se nossa decisão a esse respeito pretende apoiar-se em informações sociológicas, é importante operacionalizar, no nível correto, o núcleo procedimental da democracia.” FG, p. 367 (DDem, v. II, p. 26).

imperativos sistêmicos, ou os ignoram por completo. Como representantes desse duplo movimento, Habermas apresenta respectivamente o “mínimo procedimentalista” defendido por Norberto Bobbio e o “modelo deliberativo puro” de Joshua Cohen. Tal postura seria derivada de uma compreensão da política deliberativa como um ideal meramente contraposto à realidade das democracias contemporâneas, o qual seria alojado “acima ou abaixo” do funcionamento habitual das instituições existentes segundo as inclinações resignadas ou utópicas daqueles que o defendem teoricamente. A Robert Dahl é atribuída uma posição diferente nesse debate: ele procuraria evitar os termos de uma contraposição entre “ideal e realidade” ao investigar o enraizamento das expectativas normativas ligadas à democracia deliberativa no interior das instituições existentes: “Dahl tentara mostrar que a idéia e o processo de uma política deliberativa já lançaram há muito tempo raízes nas instituições das sociedades desenvolvidas, não sendo necessário importá-los de fora.”¹⁹⁶ Apesar disso, Dahl não conseguiria operacionalizar adequadamente o núcleo procedimental da democracia deliberativa: as categorias sociológicas por ele empregadas seriam incapazes de abarcar os “processos mais profundos de reprodução social”; vale dizer, os critérios classificatórios quantitativos por ele utilizados, tais como “distribuição de renda, escolaridade ou refrigeradores” não o permitiriam “ligar, de maneira convincente, os argumentos normativos necessários para a justificação do processo democrático à análise empírica de sua implementação.”¹⁹⁷ E ao final de suas análises empíricas, o autor permitir-se-ia o papel de elaborar recomendações à modificação das estruturas político-decisórias em prol de sua abertura e descentralização, as quais não apenas seriam limitadas à política institucional, como explicitariam suas intenções “levemente utópicas”.

Como dito, Habermas não descarta em bloco o diagnóstico realista que aponta as tendências endógenas que levam à autonomização do poder administrativo. Sua recusa deve-se a generalizações indevidas sobre o funcionamento habitual do sistema político, as quais obliteram tendências opostas possibilitadas pela própria conexão entre o sistema político e o medium do direito. Para Habermas, é na avaliação mesma dessas possibilidades que repousaria “o sentido crítico de uma sociologia da democracia que

¹⁹⁶ FG, p. 386 (DDem, v. II, p. 45).

¹⁹⁷ FG, p. 386 (DDem, v. II, p. 45).

trabalha de modo reconstrutivo.” Segundo Habermas, o autor que mais adequadamente operacionaliza o núcleo procedimental da política deliberativa é Bernhard Peters. Peters descreve a formação política da vontade segundo um modelo que distingue “centro” e “periferia”. Segundo essa caracterização, o centro do sistema político é composto por instituições decisórias que permitem uma redução significativa da complexidade das deliberações públicas (devido a uma seleção autorizada dos temas e de uma divisão interna do trabalho organizada segundo competências legais) e imprimem facticidade aos resultados da deliberação por meio da coerção estatal. A periferia, por sua vez, seria composta por fluxos comunicativos não institucionalizados, capazes de captar os problemas sociais com a sensibilidade e a linguagem específica dos próprios atingidos, articulá-los fora das estruturas governamentais e inseri-los na pauta das deliberações políticas institucionalizadas. Nessa diferenciação, as resoluções e contribuições provenientes da periferia não possuem um caráter vinculante, quer dizer, falta-lhes ainda o caráter da obrigatoriedade fática da norma jurídica.

Não é a mera diferenciação entre centro e periferia que interessa particularmente a Habermas, mas sim as análises de Peters sobre as possibilidades observadas de inverter o fluxo de poder na direção não habitual da periferia ao centro; vale dizer, de romper com o funcionamento normalizante do sistema político em nome de “impulsos renovadores provenientes da periferia”. Segundo Peters, a rotina de funcionamento do sistema político é marcada por processos endógenos operacionalizados pelos códigos próprios da administração, da justiça e do parlamento. Em seu modo rotineiro de operar, o centro da política não apenas se fecha contra impulsos vindos de fora, como também vicia as próprias estruturas periféricas de formação da opinião com sua agenda pré-fabricada de problemas, imprimindo uma direção centrífuga aos fluxos de formação do poder. A formação política da vontade apenas toma a direção que parte da periferia ao centro em casos excepcionais, marcados por crises de legitimidade do sistema político. Em momentos de crise, pois, a legitimidade das decisões do centro da política torna-se débil, ainda que tomadas de acordo com competências formalmente atribuídas. E embora tais crises sejam internas ao sistema político, as investigações de Peters apontam para a possibilidade de serem “geradas” pela periferia e “aproveitadas” por ela para a incursão de seus fluxos comunicativos próprios. Ao final, o autor tende ainda a relativizar o caráter

“excepcional” dos contextos de crise, assumindo que a crescente especialização dos sistemas funcionais de ação geram uma necessidade de integração cada vez maior, a qual “pereniza as crises e acelera os processos de aprendizagem”.¹⁹⁸

Dessa forma, as investigações de Bernhardt Peters no próprio terreno de análise das teorias realistas seriam capazes de mostrar a parcialidade de seu diagnóstico, apresentando possibilidades de inverter o fluxo de formação política da vontade num sentido que parte da periferia em direção ao centro. Para Habermas, entretanto, é importante perguntar não apenas pela possibilidade, mas pela capacidade da periferia cumprir tal papel: “a autonomização ilegítima do poder social e administrativo, que se afasta do poder comunicativo gerado democraticamente, poderá ser anulado na medida em que a periferia for: (a) capaz e (b) tiver razões para farejar problemas latentes de integração social (cuja elaboração é essencialmente política), identificá-los, tematizá-los e introduzi-los no sistema político, fazendo com que o modo rotineiro seja *quebrado*. A condição (b) é menos problemática. (...) A condição (a), porém, é problemática. Pois grande parte das expectativas normativas ligadas à política deliberativa recai sobre as estruturas periféricas de formação da opinião. As expectativas dirigem-se à sua capacidade de perceber problemas da sociedade como um todo, de interpretá-los e de colocá-los em cena de modo inovativo, capaz de chamar a atenção. A periferia consegue preencher essas expectativas fortes na medida em que as redes de comunicação pública não institucionalizada possibilitam processos de formação da opinião mais ou menos espontâneos. (...) Nesse sentido, a formação institucionalizada da opinião e da vontade precisa abastecer-se nos contextos comunicacionais informais da esfera pública, nas associações e na esfera privada”¹⁹⁹.

Para Habermas, o *ancoramento* social das estruturas periféricas de formação política da opinião e da vontade e sua *capacidade* de influir ativamente no sistema político nos obrigam a investigar a condições de racionalização do mundo da vida. O modelo de investigação de Peters, assim, pretende ser estendido em direção às estruturas sociais do mundo da vida, as quais incluem um âmbito da vida social caracterizado pela privacidade. Nas próximas páginas, gostaria de explicitar o sentido e a delimitação da

¹⁹⁸ Sobre o modelo de circulação do poder político, cf. PETERS, B. *Die Integration moderner Gesellschaften*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

¹⁹⁹ FG, p. 434 (DDem, v. II, p. 90).

“esfera privada” em Habermas para, em seguida, mostrar seu papel germinal na periferia dos processos de circulação do poder.

II. Esfera Privada e os limites da publicidade

Todo modelo de investigação da formação pública da vontade assume, na delimitação mesma de seu campo de análise, uma âmbito da vida social caracterizado como “privacidade” ou “esfera privada”²⁰⁰. A crítica às caracterizações da esfera privada implícitas em tais modelos é objeto central de uma extensa bibliografia feminista que encontra em seu interior a continuidade de discursos que legitimam o afastamento de determinados temas e conflitos sociais do escrutínio público, silenciando formas de injustiça cometidas no interior dos espaços tradicionalmente considerados como privados.²⁰¹ No âmbito da crítica feminista contemporânea, a obra de Habermas é avaliada de maneira quase sempre ambígua: se, por um lado, seu modelo de análise da formação política da vontade é com freqüência apontado como aquele que incorpora de maneira mais sensível as transformações do debate público contemporâneo, as quais colocam os limites tradicionais do “político” sob uma disputa constante, sua compreensão da esfera privada ainda estaria presa a tais limites, sendo responsável pela manutenção de elementos tradicionais e de uma agenda política prévia, incorporada implicitamente em sua teoria.²⁰²

Nesse sentido, Seyla Benhabib propõe em seu artigo “Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition and Jürgen Habermas” uma avaliação de três dos principais modelos normativos de análise da formação pública da vontade, buscando verificar suas diferentes capacidades em incorporar as transformações do debate político

²⁰⁰ Cf. BENHABIB, S. “Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition and Jürgen Habermas”, in *Situating the Self. Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*. New York: Routledge, 1992, p. 107.

²⁰¹ Para citar alguns exemplos: BENHABIB, *op. cit.*; YOUNG, I. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990; RÖSSLER, B. *Der Wert des Privaten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001; MACKINNON, C. “Privacy v. Equality: Beyond Roe v. Wade” in *Idem, Feminism Unmodified*. Cambridge: Harvard University Press, 1987; COHEN, J. *Regulating Intimacy. A New Legal Paradigm*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

²⁰² Para o debate da obra de Habermas no interior da crítica feminista, conferir MEEHAN, J. (org.). *Feminists read Habermas: Gendering the Subject of Discourse*. New York: Routledge, 1995.

incitadas pelas lutas sociais contemporâneas: “As lutas pela emancipação da classe trabalhadora fez das relações de propriedade uma questão público-política; a emancipação da mulher significou que a família e a assim chamada esfera íntima se tornassem temas políticos; a efetivação dos direitos de grupos não-brancos e não-cristãos exigiu que questões culturais sobre representações coletivas ‘de si’ e ‘do outro’ fossem colocadas na agenda pública.”²⁰³ Para Benhabib, quando os movimentos sociais contestatórios lutam por suas demandas específicas diante de agendas políticas que em princípio lhes negavam acesso, eles são ao mesmo tempo responsáveis pela transformação dos próprios espaços públicos de discussões – e no cerne de tais transformações, encontra-se uma *contestação radical das fronteiras tradicionais entre o público e privado*: “Como os demais movimentos de libertação modernos, o movimento contemporâneo de mulheres tem transformado o que era então considerado temas ‘privados’ da vida boa em questões ‘públicas’ de justiça, tematizando as relações assimétricas de poder nas quais se apoiava a divisão sexual do trabalho. Em tal processo, a linha entre o privado e o público tem sido renegociada.”²⁰⁴

Segundo Benhabib, portanto, os movimentos sociais modernos – e o movimento feminista particularmente – teriam transformado as fronteiras entre público e privado em objeto mesmo da disputa política. Vale dizer, ao conseguirem romper com uma agenda política que lhes era imposta de maneira dada e acabada, tais movimentos contestatórios teriam feito com que a demarcação dos limites entre o público e o não-público se tornasse parte do próprio processo político. Com o intuito de transformar relações sociais tradicionais pela via política, os movimentos de classe, gênero e minorias culturais teriam inserido na agenda pública alguns dos temas considerados mais essencialmente “privados” no âmbito do Estado liberal, tais como a propriedade, a família e formas particulares de vida ética e religiosa.²⁰⁵ Com isso, eles lançam uma nova luz sobre a natureza do debate democrático, a qual não se limita à simples tomada de posição entre alternativas políticas previamente dadas, mas inclui, como sua atividade por excelência, a gênese dos próprios termos do debate. E uma tal radicalização da pauta política também não deixaria intacta a compreensão tradicional da esfera privada: ela passa a não poder

²⁰³ BENHABIB, op. cit., p. 94.

²⁰⁴ Ibidem, p. 109.

²⁰⁵ Ibidem, p. 108.

mais ser assumida como domínios sociais “fixos”, “impenetráveis” e “retirados antecipadamente do escrutínio público”.²⁰⁶ Para a autora, pois, as esferas privadas da vida social, asseguradas na maior parte das constituições modernas na forma de direitos civis, não se colocam mais, *de fato*, fora da agenda de discussões. “A linguagem que mantém tais direitos ‘fora da agenda’ é incapaz de caracterizar adequadamente a natureza do debate democrático em nossas sociedades: embora não possamos modificar tais direitos sem procedimentos políticos e jurídicos extremamente elaborados, nós estamos sempre disputando seu sentido, sua extensão e jurisdição.”²⁰⁷

Segundo Benhabib, os modelos normativos contemporâneos de análise da formação política da vontade têm encontrado dificuldades em incorporar essa disputa constante sobre os limites entre público e privado. Apresentada como maior representante do republicanismo contemporâneo, Hannah Arendt teria elaborado com riqueza de detalhes uma crítica à esfera pública burguesa como um processo de “politização do privado”. Em seus momentos descritivos, as análises de Arendt expressariam justamente a transformação do universo político em virtude da insurgência das relações íntimas e produtivas nas arenas públicas. Sua crítica, entretanto, seria feita em nome de uma oposição antecipada entre, de um lado, as esferas “sociais” da família e da economia e, de outro, o universo “do político”, o qual deveria ser orientado não pelas “futilidades da vida individual”, mas pela “liberdade alcançada quando se age em concerto”²⁰⁸: “Arendt vê nesse processo o obscurecimento do político pelo ‘social’ e a transformação do espaço público num pseudo-espaço de interação nos quais os indivíduos não mais ‘agem’, mas ‘meramente se comportam’ como produtores econômicos, consumidores e comerciantes. (...) Arendt relegou certos tipos de atividades como trabalho e labor e por extensão, a maioria, se não todas as questões sobre economia e tecnologia ao domínio ‘privado’, ignorando que essas relações e atividades, na medida em que são baseadas em relações de poder, podem se tornar igualmente questões de disputa pública.”²⁰⁹

Para Benhabib, o modelo liberal seria ainda mais estéril que o anterior: se em Hannah Arendt ainda seria possível enxergar os processos históricos de politização do

²⁰⁶ Ibidem, p. 112.

²⁰⁷ Ibidem, p. 106.

²⁰⁸ ARENDT, H. *The Human Condition*. Chicago: University of Chicago Press, 1973, p. 466, *apud* BENHABIB, op. cit., p. 93.

²⁰⁹ BENHABIB, op. cit., pp. 90-95.

privado, avaliados no interior de suas análises como “obscurecimento do político”, o modelo liberal seria pautado por um diagnóstico equivocado da política contemporânea e por um modo repressivo de sua justificação. A tradição liberal, representada em seu texto por Charles Larmore e John Rawls, caracterizaria os processos públicos de formação política da vontade como debates voltados estritamente à justiça das instituições políticas, sendo resguardados, dessa forma, contra formas particulares de vida ética. Assim, a separação entre “público” e “privado” coincidiria aqui com a distinção entre “justiça” e “ética”, vale dizer, entre discursos voltados, de um lado, ao alcance do respeito recíproco entre todos e, de outro, à assunção de valores pertencentes a visões de mundo particulares, não generalizáveis. Nesse sentido, os direitos fundamentais que constituem o núcleo do constitucionalismo moderno impediriam que argumentos pautados em concepções de vida boa pudessem ser usados como base de justificação para decisões políticas, permitindo apenas o influxo de temas e argumentos que pudessem ser traduzidos nos termos de uma distribuição igualitária de direitos e oportunidades entre todos. Segundo Benhabib, a “epistemologia liberal” não levaria em conta que tais direitos fundamentais são produtos de lutas sociais historicamente empreendidas, as quais teriam preciso explicitar o conteúdo de formas de vida oprimidas por configurações específicas do direito e do poder para posteriormente conquistar as dimensões necessárias de seu respeito nas formas, por exemplo, de liberdades de crença, opção sexual e expressão artístico-cultural. Em tais processos, a política teria se mostrado como “qualquer coisa outra que uma disputa neutra”.²¹⁰ Assim, a inserção de temas éticos nas arenas público-políticas teria cumprido papel fundamental na *constituição* dos direitos fundamentais modernos. O discurso que opõe tais direitos a novas problematizações de assuntos éticos, relegando-os estritamente aos “espaços privados” da vida social, seria obrigado a assumir uma interpretação definitiva do texto constitucional e sua capacidade em apaziguar por completo os conflitos sociais pautados em visões de mundo destoantes – o que, por sua vez, seria absolutamente contra-intuitivo em face da recorrência com que tais conflitos mostram-se presentes na política contemporânea.²¹¹ Segundo a autora, formas discursivas

²¹⁰ Ibidem, p. 99.

²¹¹ Benhabib aponta a inserção e relevância de argumentos eminentemente éticos nos debates públicos norte-americanos sobre o aborto, a educação pública e a pornografia. Uma maior densidade sociológica desse argumento pode ser encontrada na obra de Jean Cohen e Andrew Arato citada por ela, na qual as

restritas aos termos de direitos fundamentais e justiça distributiva poderiam caracterizar os discursos de aplicação normativa realizados pelos tribunais e de justificação pública das agências governamentais, mas não descreveriam os processos de formação democrática da vontade em sua totalidade, os quais contariam com contribuições espontâneas e não especializadas de demandas sociais que rompem com uma linguagem estritamente técnico-jurídica, limitada a especialistas.²¹²

Como salienta Benhabib, mais do que assumir a neutralidade dos espaços públicos como parte do “senso comum” e da “cultura política” moderna, a tradição liberal esforçar-se-ia em justificá-la normativamente²¹³: a preocupação central contida na exigência de neutralidade seria aquela de uma coexistência pacífica e juridicamente mediada entre grupos que subscrevem diferentes concepções de bem. A neutralidade dos debates público-políticos, pois, seria defendida como uma medida necessária à garantia do respeito ao pluralismo de formas de vida culturais e de concepções específicas de vida boa. Para Benhabib, entretanto, essa preocupação em si mesma legítima com o respeito ao pluralismo moderno²¹⁴ toma contornos “repressivos” quando assume o formato de restrições ao debate público, já que bloqueia justamente as lutas de grupos sociais que enxergam suas formas de vida particulares oprimidas pela configuração de direitos que lhes é dada: “O princípio liberal de neutralidade discursiva, o qual expressaria um dos

lutas por identidades coletivas são apontadas como o principal móbil da rearticulação dos movimentos sociais contemporâneos (Cf. COHEN, J. e ARATO, A. *Sociedad Civil y Teoría Política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002). Nesse mesmo sentido, cf. YOUNG, I. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

²¹² BENHABIB, op. cit, p. 102.

²¹³ “Obviamente, o fato de que certos temas sejam retirados da agenda política não significa que uma concepção política de justiça não deveria explicar por que isso é feito. Na verdade, uma concepção política de justiça *deve* fazer precisamente isso.” RAWLS, J. “The Idea of an Overlapping Consensus” in *Oxford Journal of Legal Studies*, 7(1), 1987, p. 14, apud BENHABIB, op. cit., p.103. As respostas de Rawls às críticas de Benhabib ao modelo liberal de espaço público são encontradas em RAWLS, J. “A idéia de razão pública revisitada”, in WERLE, D. e MELO, R. (orgs.). *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, 2007, pp. 145-194.

²¹⁴ “O que entendo pelo termo ‘neutralidade’ é que as normas corporificadas em instituições jurídicas e públicas devam ser suficientemente abstratas e gerais a ponto de permitirem o florescimento de diferentes formas de vida e concepções de bem. O que é encorajado é a pluralidade, tolerância e diversidade com respeito à cultura, à religião, aos estilos de vida, aos gostos estéticos e às expressões pessoais. (...) Entretanto, o modelo de restrições discursivas que Ackerman tem em mente não apenas limita as *formas de justificação* a serem usadas pelas principais instituições públicas de nossas sociedades (...) como limita a *extensão do debate* no Estado liberal, o qual pode muito bem envolver concepções de bem divergentes, incompatíveis e mesmo hostis. Na medida em que essa conversação combativa não leva à imposição de uma concepção de bem sobre todas as outras como uma forma de vida oficialmente sancionada, não há razão para que essas concepções parciais de bem não possam estar se enfrentando no espaço público do Estado liberal.”, BENHABIB, op. cit, p. 117.

mais importantes princípios dos sistemas de direitos modernos, é demasiadamente restritivo e paralisante quando aplicado às dinâmicas sociais de luta encontradas em processos políticos reais. Uma vida pública, quando conduzida de acordo com o princípio liberal de neutralidade discursiva, (...) restringiria o âmbito da conversação pública de maneira prejudicial aos interesses dos grupos oprimidos. Todas as lutas modernas contra opressão começam redefinindo aquilo que havia sido considerado questões ‘privadas’, não-públicas e não-políticas como matérias de relevância pública, como questões de justiça, como locais de poder que carecem de legitimação discursiva. Nesse sentido, o movimento de mulheres, o movimento pacifista, os movimentos ecológicos e os novos movimentos de identidade étnica seguem uma lógica similar. No modelo liberal de neutralidade existe pouco espaço para se pensar sobre a lógica de tais lutas e movimentos sociais.”²¹⁵

Para a autora, os modelos liberal e republicano apresentados estariam à contramão das transformações históricas promovidas pela dinâmica das lutas sociais, uma vez que pressuporiam, em suas avaliações normativas, uma delimitação “essencialista” entre público e privado. Assim, uma “teoria crítica da legitimação democrática” que pretendesse avaliar os processos de formação política da vontade sem obscurecer suas transformações históricas deveria, por um lado, direcionar suas energias não para a defesa de conteúdos específicos dos debates público-democráticos, mas para a capacidade de seus *procedimentos* refletirem acordos alcançados livremente e em igualdade de condições entre todos os interessados. Por outro lado, uma tal perspectiva crítica estaria imbuída da tarefa de explicitar a existência e o papel de uma esfera social caracterizada pela privacidade, evitando, porém, uma delimitação essencialista deste conceito que endosse a retirada de “determinados tipos de atividade” ou “temas substantivos” do debate público. Ao mesmo tempo em que a preocupação com a sobrevivência de uma esfera privada é apontada como necessária para se evitar a observação e o controle de burocracias disciplinadoras, o emprego dessa categoria não poderia reforçar os prejuízos tradicionais de uma imposição prévia e meta-teórica de seus limites.²¹⁶

²¹⁵ BENHABIB, op. cit, p. 100.

²¹⁶ Ibidem, pp.112-113.

Segundo Benhabib, o modelo deliberativo de Habermas teria sido desenvolvido no cumprimento da primeira dessas tarefas. Habermas não apenas elaboraria uma compreensão ampliada dos processos políticos que extrapolaria os limites da “política institucional”, incluindo na gênese da formação pública da vontade os fluxos comunicativos oriundos da “sociedade civil” e da “crítica cultural”²¹⁷, como encontraria no âmbito dessa política informal o enraizamento de um projeto de “democracia radical”, o qual mantém a agenda política sempre aberta a novos temas e problematizações e exige que os acordos sejam alcançados de maneira livre e igualitária entre todos os eventuais concernidos.²¹⁸ A rejeição das restrições discursivas liberais por um tal modelo de democracia radical não significa, insiste Benhabib, que as liberdades individuais responsáveis pela distinção entre público e privado deixem de ser assumidas como “regras que constituem jogo democrático”. Tais regras, entretanto, não seriam colocadas elas mesmas fora do debate público: seu sentido, extensão e aplicação a casos concretos devem ser determinados, a cada vez, por meio de processos democráticos abertos em princípio a todos os concernidos, projetando uma imagem da democracia como “um jogo cujas regras não contam com uma interpretação definitiva, mas são reelaboradas e aperfeiçoadas a cada partida.” Para a autora, “essa formulação parece corresponder mais à realidade dos debates democráticos e dos discursos públicos das democracias existentes que o modelo liberal pautado em convenções constitucionais.”²¹⁹ Com isso, o modelo habermasiano é considerado o único compatível com uma tendência geral das sociedades contemporâneas em transformar os limites entre público e privado em objeto de uma negociação política constante, tendência essa provocada e conduzida pelas lutas emancipatórias de grupos que denunciam publicamente seu estado de opressão: “O modelo discursivo é o único compatível com as tendências sociais gerais de nossas sociedades e com as aspirações emancipatórias dos novos movimentos sociais, tal como o movimento feminista. O procedimentalismo radical desse modelo nos oferece um critério poderoso para desmistificar discursos de poder e suas agendas implícitas.”²²⁰

²¹⁷ Ibidem, p. 104.

²¹⁸ Ibidem, p. 106.

²¹⁹ Ibidem, p. 107.

²²⁰ Ibidem, p. 113.

Não pretendo me aprofundar na interpretação de Benhabib sobre a “esfera pública” e nem farei neste trabalho uma exposição sistemática deste conceito na obra de Habermas.²²¹ O que me importa aqui mais especificamente é apresentar as críticas de Benhabib às considerações de Habermas sobre a “esfera privada”, defendendo, a seguir, que elas apontam para um descompasso existente na obra deste autor entre sua intenção de desenvolver um projeto de democracia radical e uma forma substantiva de definir a privacidade. Para Benhabib, se podemos encontrar em Habermas o esforço em descrever e fundamentar a formação política da vontade como um processo que inclui uma disputa constante das fronteiras entre público e privado, tal esforço correria o risco de se mostrar fracassado diante de uma caracterização “essencialista” da privacidade, com o que entende uma “caracterização pautada em determinados *temas do discurso* ou em *relações sociais fixas*”. Em primeiro lugar, ao assumir uma distinção prévia entre questões morais e questões éticas, Habermas agregaria elementos convencionais à teoria, considerando, tal como os liberais, questões de valor como temas privados, retirados de antemão do debate político: “A tensão entre, de um lado, a ética do discurso e seus respectivos modelos de legitimidade e espaço público e, de outro, as reivindicações do movimento feminista repousam primeiramente nas fronteiras extremamente rígidas que Habermas pretende estabelecer entre questões de justiça e questões de vida boa, interesses públicos versus necessidades privadas, valores assumidos privadamente e normas publicamente compartilhadas. (...) Se nos discursos a agenda de conversação é mantida radicalmente aberta, se os participantes podem trazer todo e qualquer assunto ao escrutínio e questionamento públicos, então não há como predefinir a natureza dos assuntos discutidos como sendo assuntos públicos de justiça versus assuntos privados de vida boa. Tais distinções são subsequentes e não prévias aos processos de formação discursiva da

²²¹ Para estudos especificamente focados neste tema, cf. PETERS, B. *Der Sinn von Öffentlichkeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2007; BAYNES, K. *The Normative Grounds of Social Criticism*. New York: State University of New York Press, 1992; CALHOUN, C. (org.). *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: MIT Press, 1992; WERLE, D. *Justiça e Democracia: ensaios sobre John Rawls e Jürgen Habermas*. São Paulo: Editora Singular, 2008, partes II e III; NEVES, R. e LUBENOW, J. “Entre Promessas e Desenganos: Lutas Sociais, Esfera Pública e Direito”, in NOBRE, M. e TERRA, R. (orgs.). *Direito e Democracia – Um Guia de Leitura*. São Paulo: Malheiros, 2008; AVRITZER, L. e COSTA, S. “Teoria Crítica, Democracia e Esfera Pública: concepções e usos na América Latina”, in *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, vol. 47, n. 4, 2004; LAVALLE, A. G. “Jürgen Habermas e a virtualização da publicidade”, in *Margem (PUC-SP)*, v. 16, n. 16, 2002; MAIA, R. C. M. “Política deliberativa e tipologia de esfera pública”, in *BIB - Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, n 63, 1º semestre, 2007.

vontade.”²²² Em segundo lugar, Habermas assumiria uma concepção de privacidade ligada a relações sociais fixas ao identificar a esfera privada às esferas de relações familiares ou de parentesco. A “família”, assim, seria identificada como o lócus principal e exemplar da privacidade, no qual seus membros, isentos das pressões do mercado competitivo e das obrigações de prestar justificações públicas, poderiam desenvolver seus projetos de vida individuais de maneira espontânea e autônoma. Com isso, Habermas negligenciaria as injustiças cometidas no “interior sombrio da casa de família”, tais como a exploração do trabalho feminino, a violência doméstica e o abuso sexual, além de ignorar as lutas do movimento feminista para desconstruir tanto as imagens holísticas da família burguesa quanto o caráter ofuscante de algumas de suas “proteções” constitucionais: “As contemporâneas teorias normativas da moral e da democracia, sem excluir a ética do discurso de Habermas, têm sido ‘cegas às questões de gênero’. (...) Elas têm tratado as relações de poder no interior da ‘esfera íntima’ como se estas não existissem. A lente idealizante de conceitos como ‘intimidade’ não permite que se enxergue que o trabalho feminino no interior da esfera privada, como o cuidado com as crianças e o serviço doméstico, tem sido exercido como trabalho não remunerado. Conseqüentemente, as regras que governam a divisão sexual do trabalho na família têm sido alocadas fora do âmbito da justiça. (...) A tensão entre a política democrática e as garantias liberais dos direitos constitucionais, que defendi anteriormente ter sido resolvida pela teoria do discurso, reaparece neste ponto fundamental. Gostaria de propor, e ironicamente contra Habermas, que o tipo de discurso sobre a família e a divisão sexual do trabalho iniciado pelo movimento feminista seja considerado uma instância de democratização da esfera pública e que o modelo discursivo deve acomodar essa disputa na distinção entre público e privado.”²²³

Benhabib não indica com precisão os títulos ou mesmo os períodos da obra de Habermas aos quais tais apontamentos são especificamente direcionados. Entretanto, apesar do caráter apressado, suas críticas e exigências de esclarecimento não são infundadas. Como veremos a seguir, a obra de Habermas parece conviver com formas substantivas de definir a esfera privada, as quais contradizem um modelo democrático

²²² BENHABIB, op. cit, pp. 110-111.

²²³ Ibidem, pp. 109-111.

procedimental desenvolvido a partir do final dos anos oitenta e que ganha sua forma mais acabada em *Direito e Democracia*.

Em *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, Habermas procura caracterizar a esfera privada segundo a “auto-compreensão da sociedade civil burguesa”, a qual ganharia contornos bem-definidos como as esferas da produção e das trocas mercantis e como a esfera íntima da família: “A esfera privada compreende a sociedade civil burguesa em seu sentido mais restrito, portanto, o setor da troca de mercadorias e do trabalho social; a família, com sua esfera íntima, está aí inserida”.²²⁴ Segundo os discursos de auto-compreensão burguesa, as esferas de produção e troca mercantil seriam definidas como esferas que se pretendiam colocadas fora do alcance do poder estatal e que, como tais, seriam regidas apenas pelas regras da livre concorrência. Em seus limites de ação, os indivíduos seriam livres para decidir a medida desejada entre seu trabalho e seus ganhos, suas estratégias de mercado e seus cálculos de rentabilidade – tudo sustentado pela “garantia ideológica da troca justa”. A esfera íntima da família patriarcal burguesa, por sua vez, comporia a esfera privada num sentido ainda mais profundo. Ela seria compreendida como um âmbito da vida social resguardado não apenas do controle estatal, como da própria economia capitalista: “Na esfera da intimidade da pequena família, as pessoas privadas consideram-se independentes também em relação à esfera privada de suas atividades econômicas.”²²⁵ A esfera íntima da família viria somar à liberdade de arbítrio dos agentes de mercado a “comunhão amorosa” e o “livre desenvolvimento de todas as faculdades que distinguem uma personalidade culta”, permitindo que estes, afastados das relações sociais da concorrência, fossem capazes enfim de “estabelecer entre si relações ‘puramente humanas’”.²²⁶

Habermas insiste todo o tempo no caráter ideológico de uma tal compreensão da privacidade – e, ao fazê-lo, não apenas rerepresenta seus vínculos com a sustentação da ordem econômica burguesa²²⁷, mas também aponta a pequena família patriarcal como

²²⁴ HABERMAS, J. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 46.

²²⁵ *Ibidem*, p. 65.

²²⁶ *Ibidem*, p. 65.

²²⁷ Por exemplo: “Esta idéia que a esfera íntima da pequena família tem de si mesma colide, no entanto, com as reais funções assumidas pela família burguesa e isso inclusive na consciência do próprio burguês. Pois, naturalmente, a família não está livre das coações a que a sociedade burguesa submete como qualquer outra sociedade anterior. A família desempenha exatamente o papel que lhe é prescrito no processo de valorização do capital. Como uma seqüência genealógica, ela garante a continuidade pessoal que, de fato,

local destacado da dominação entre gêneros: “[À] autonomia do proprietário no mercado e na empresa privada correspondia a dependência da mulher e dos filhos em relação ao marido e ao pai: a autonomia privada lá convertia-se cá em autoridade e tornava ilusório o pretense livre-arbítrio dos indivíduos.”²²⁸ Assim, Habermas não endossa aqui a “autocompreensão que a consciência burguesa elabora de si mesma”. No decorrer da obra, o que Habermas pretende com a explicitação dessa mencionada compreensão é mostrar que ela, como ideologia mesma, cumpriu funções *reais* na constituição histórica da forma específica de esfera pública burguesa. Para o autor, a “falsa consciência” que enxergava a exploração privada de classe e gênero como sinônimo de “relações puramente humanas” teria permitido a constituição de uma esfera pública que, sob o mote de um pleno universalismo, negava acesso às mulheres e aos despossuídos. O que poderia ser cobrado de Habermas neste texto, pois, não seria sua negligência em relação às formas de injustiça silenciadas pelas distinções tradicionais entre público e privado, mas sim uma tentativa de retirar desses conceitos seu caráter ideológico, vale dizer, uma reconstrução mesma das categorias de esfera pública e privada.

A categoria de esfera privada volta a ganhar relevância na obra de Habermas em sua *Teoria da Ação Comunicativa*. E, neste contexto, Habermas já não tem mais a intenção de se apoiar simplesmente na compreensão que dela fazia a “consciência burguesa”. A esfera privada, pois, passa a ser incorporada em sua obra como uma dimensão constitutiva de sua própria compreensão da modernização social. Com efeito, se Habermas retoma aqui as categorias de esfera pública e privada, não é mais para mapear a constituição e decadência das estruturas específicas de esfera pública burguesa, mas para caracterizar os processos modernos de “racionalização do mundo da vida”, cujo desenvolvimento histórico extrapola os limites do Estado de direito burguês. Como já mencionado na introdução deste trabalho, a tese da racionalização do mundo da vida

consiste na acumulação do capital e que, de direito, está ancorada na livre herança da propriedade. Antes de mais nada, ela serve como uma agência da sociedade, ela assume a tarefa da difícil mediação que, sob a aparência da liberdade, assegura, no entanto, a estrita observância das inevitáveis exigências sociais.” Ibidem, p. 63.

²²⁸ Ibidem, p. 64. Em nota a este trecho: “A coisificação dos seres humanos como meras funções de uma grandeza econômica se impõe também certamente na família, à medida que se faz do pai alguém que ganha dinheiro, da mulher um objeto sexual ou uma serva doméstica, e das crianças herdeiras da fortuna ou vivas apólices de seguro, das quais se espera, mais tarde, o retorno de todo o esforço em juros redobrados.” HORKHEIMER, M. *Autorität und Familie*, p. 64 *apud* HABERMAS, J. op. cit, p. 305.

assume o desbloqueio de potenciais comunicativos antes aprisionados no âmbito das sociedades arcaicas, nas quais tanto a reprodução simbólica quanto material da sociedade seriam amalgamadas em visões religiosas de mundo protegidas contra problematizações e críticas. Segundo essa tese, o desbloqueio dos referidos potenciais comunicativos são encontrados nas três dimensões distintas e interconectadas do mundo da vida, a saber, a sociedade, a cultura e a personalidade, permitindo respectivamente a contestação de normas sociais sob o ponto de vista de sua legitimidade, uma forma não cogente de reprodução das próprias tradições culturais e a formação de personalidades individuais de uma maneira reflexiva e original. Tais transformações viriam acompanhadas de uma diferenciação institucional entre esfera *pública* e *privada* no próprio âmbito do mundo da vida:

“Apresentamos o capitalismo e o Estatal moderno como subsistemas que pelos meios do dinheiro e do poder se diferenciam do sistema institucional, vale dizer, do componente social do mundo da vida. Frente a essa diferenciação, o mundo da vida reage de maneira característica. Na sociedade burguesa, os âmbitos de ação integrados socialmente adquirem frente aos âmbitos de ação integrados sistemicamente (economia e Estado) as formas de esfera privada e esfera pública, as quais guardam entre si uma relação de complementaridade. O núcleo institucional da *esfera privada* é constituída pela pequena família, exonerada de funções econômicas e especializada nas tarefas de socialização, a qual, pela perspectiva do sistema econômico, é definida como economia doméstica, vale dizer, como um entorno do sistema econômico. O núcleo institucional da esfera pública é constituído por aquelas redes de comunicação reforçadas inicialmente pelas formas sociais nas quais se materializa o cultivo da arte, pela imprensa, e mais tarde pelos meios de comunicação de massa, os quais possibilitam a participação do público de consumidores de arte na reprodução da cultura e a participação do público de cidadãos na integração social mediada pela opinião pública. As esferas públicas culturais e políticas são definidas pela perspectiva do Estado como o entorno relevante para a obtenção de legitimação.”²²⁹

A esfera privada, assim, ganha contornos distintos daqueles sugeridos pela autocompreensão burguesa explicitada em *Mudança Estrutural*. Em primeiro lugar, ela não integra mais o mercado capitalista, o qual passa a ser descrito nos termos de um subsistema funcional especializado, que regula a reprodução material da sociedade pelo meio padronizante e linguisticamente empobrecido do dinheiro – e não pelos processos

²²⁹ HABERMAS, J. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, v. II, pp. 471-472.

linguisticamente mediados do entendimento comunicativo. Em segundo lugar, ela não assume um funcionamento independente em relação ao sistema econômico. Suas estruturas institucionais não são apenas moldadas segundo a forma específica de reprodução sistêmica da sociedade, como também realiza com ela intercâmbios constantes. Com efeito, a família, apresentada como “núcleo institucional da esfera privada”, é assumida como “entorno do sistema econômico”, realizando com ele trocas de força de trabalho socializado por salário e trocas de bens e serviços por demandas de consumo.²³⁰ Apesar disso, a família permanece sendo apresentada como uma instituição que opera segundo formas de interação linguisticamente mediadas. Ela é descrita como uma instituição especializada em processos de socialização, a qual *protege* a livre formação de individualidades autônomas, ainda que não a garanta por si mesma. Com efeito, em seus intercâmbios constantes com o mercado capitalista, ela estaria sempre ameaçada de ter seu funcionamento colonizado pela lógica interna do sistema econômico – fenômeno descrito como “reificação da vida privada”²³¹.

Para os desenvolvimentos deste capítulo, interessa-nos especificamente salientar que Habermas considera *inicialmente* a família como elemento de uma gênese histórica da modernidade – e, nesse sentido, não deixa de considerar as diversas transformações e processos de decadência das estruturas específicas da pequena família burguesa. Entretanto, até o final do livro, Habermas não desprende a categoria de esfera privada dessa instituição específica, como se demandas por privacidade devessem ser necessariamente enquadradas nessa forma histórica de sua institucionalização.²³² O problema fundamental se mostra quando Habermas utiliza a instituição familiar, a despeito de suas transformações históricas, para criticar o conteúdo das regulações do Estado social. Com efeito, no último capítulo da obra, a crítica ao Estado social é feita por meio da categoria de “intervenção”, a qual pressupõe em si mesma âmbitos da vida

²³⁰ HABERMAS, J., op. cit., v. II, pp. 472-476.

²³¹ “Quando os subsistemas penetram na esfera privada da família e a subordinam a seus imperativos, então o papel de consumidor (marcado pelo respeito às exigências econômicas) passa a predominar sobre os papéis de trabalhador e sobre a solidariedade autônoma como membro da família. A unilateralidade dos estilos de vida que se concentram no consumismo foi um dos principais temas da crítica cultural na década de 1960”. COHEN, J.; ARATO, A., op. cit., p. 502.

²³² Cohen e Arato criticam Habermas pela falta de atenção com respeito à pluralidade de associações civis que representariam formas variadas e nunca plenamente apreensíveis de ‘institucionalização’ da esfera pública. Não mencionam, entretanto, a correspondente pluralidade de demandas por “privacidade” diversas e muitas vezes contrárias à forma familiar. Cf. COHEN, J.; ARATO, A., op. cit., p. 513.

social a serem considerados impassíveis de regulação jurídico-estatal. E nesse contexto, a “família” aparece, junto à “escola”, como o principal exemplo dado.

“Desta perspectiva, resulta compreensível a recomendação de que o legislador limite ao mínimo possível as intervenções estatais necessárias à proteção jurídica da criança. (...) A juridificação de âmbitos da ação comunicativamente estruturados não deve ir além da implantação dos princípios do Estado de direito, da institucionalização jurídica da estrutura *externa*, seja da família ou da escola.”²³³

Importante salientar que a noção de “intervenção” é sustentada por uma diferenciação adicional entre “direito como *meio*” e “direito como *instituição*”. Como “meio”, o direito seria considerado um instrumento burocrático de *constituição* das relações sociais independentemente das normas e padrões de interação provenientes do mundo da vida, o qual instauraria formas de interação social coordenadas sem o uso da comunicação direta. Nesse sentido, ele seria semelhante aos “meios” dinheiro e poder. Como “instituição”, o direito apenas *formalizaria* as normas e os padrões de interação (éticos e morais) já existentes no mundo da vida, limitando-se a sua institucionalização externa e preservando, assim, as estruturas comunicativas que lhes são próprias. Nesse sentido, a “intervenção” jurídico-estatal é propriamente caracterizada como a utilização do “direito como meio”:

“Nestas esferas do mundo da vida, *anteriormente a toda juridificação*, existem normas e contextos de ação que de modo funcionalmente necessário dependem do entendimento como mecanismo de coordenação da ação. (...) Da mesma forma como o processo familiar de socialização, os processos pedagógicos de ensino são de certa maneira algo previamente dado. Estes processos de formação escolar e familiar que decorrem comunicativamente devem poder funcionar com independência das regulações jurídicas. Quando, no entanto, a estrutura da juridificação exige controles administrativos e judiciais que não apenas completam com instituições jurídicas o contexto de ação integrado socialmente, mas que os *substituem* pelo meio do direito, ocorrem perturbações funcionais. Do ponto de vista da teoria da ação, esta é a explicação dos efeitos negativos da juridificação, sobre os quais tanto se insiste na literatura jurídica e sobre sociologia do direito.”²³⁴

²³³ HABERMAS, J. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, v. II, p. 543.

²³⁴ HABERMAS, J., op. cit., v. II, p. 542.

Entre os diversos protestos feministas ao modelo de crítica aqui estabelecido, dois interessam-nos especificamente. O primeiro deles aponta para uma limitação de Habermas em relação às possibilidades de uma utilização do direito como “meio não interventivo”, mas “transformador”. Com efeito, Habermas critica a intervenção jurídico-estatal nos âmbitos da família e da escola em vista de sua tese da colonização do mundo da vida. Para o autor, a regulação jurídica dos âmbitos de reprodução simbólica da sociedade é enxergada aqui *estritamente* como formas de reificação da interação social e como um processo de destruição das estruturas comunicativas do mundo da vida: “A formalização das relações no interior da família e da escola significa uma reificação e desmundanização da convivência familiar e escolar. Como sujeitos jurídicos, os indivíduos passam a adotar entre si uma atitude objetivante, orientada ao êxito.”²³⁵ Entretanto, como escrevem Jean Cohen e Andrew Arato, tal posição é assumida devido a uma compreensão unilateral dos “fluxos de influência” existentes entre sistema e mundo da vida, os quais seguiriam para Habermas sempre o sentido colonizatório que parte do Estado em direção à sociedade. Ele seria insensível aos impulsos sociais de utilização do direito não apenas como instrumento “defensivo” para a formalização externa das instituições civis existentes, mas como um meio de “transformação” institucional orientada pelos próprios fluxos do agir comunicativo.²³⁶ Nesse mesmo sentido, Nancy Fraser escreve que “a tese da colonização não percebe que os canais de influência entre instituições sistêmicas e mundo da vida são multilaterais”.²³⁷ E, na seqüência, protesta contra a posição particularmente deficitária atribuída à família nesse “esquema limitado de crítica das patologias sociais”: “Ele tende a reproduzir, ao invés de problematizar, um

²³⁵ HABERMAS, J., op. cit., v. II, p. 542.

²³⁶ “Habermas está equivocado ao concluir (...) que o que está em jogo nos novos movimentos sociais é só uma política cultural anti-institucional. Os movimentos também geram novas solidariedades, alteram a estrutura associativa da sociedade civil e criam uma pluralidade de novos espaços públicos, ao mesmo tempo em que ampliam e revitalizam os espaços que já estão institucionalizados. Isso supõe desfiar os papéis mediadores entre sistema e mundo da vida. Entretanto, o outro lado da ação coletiva contemporânea supõe uma mudança institucional seguindo a dimensão da integração social. Implica conflito acerca das relações sociais em instituições civis que vão da família às esferas públicas.” COHEN, J.; ARATO, A., op. cit., p. 592.

²³⁷ FRASER, N. “Que é crítico na teoria crítica? O argumento de Habermas e o gênero” in BENHABIB, S.; CORNELL, D. (orgs.). *Feminismo como crítica da Modernidade*. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos, 1987, p. 64.

apoio institucional de vulto da subordinação das mulheres no capitalismo recente, a saber, (...) a esfera pública, masculina, e a criação dos filhos, feminina, privatizada.”²³⁸

Em segundo lugar, ataca-se a própria distinção entre direito como “meio” e como “instituição”. Por um lado, tal distinção assumiria normas, valores e instituições oriundas do mundo da vida como algo “previamente dado” aos processos jurídico-democráticos, vale dizer, como conteúdos suficientemente claros e isentos de disputas entre os próprios membros de um mundo da vida compartilhado²³⁹. Por outro lado, a defesa do direito como “instituição” seria insensível ao fato de que as formas de interação cristalizadas na reprodução cultural do mundo da vida podem, em muitos casos, favorecer a perpetuação de “ambientes internos repressivos”, como é o caso das mulheres em tradições patriarcais, homossexuais em contextos homofóbicos e minorias étnicas em contextos insuficientemente pluralistas.²⁴⁰ Nesse sentido, Fraser escreve: “a questão não é se as normas do mundo da vida serão decisivas, mas antes, que normas serão essas.”²⁴¹ O rompimento com práticas sociais de exclusão e discriminação petrificadas em formas de vida tradicionais pode não conseguir se dar de maneira puramente endógena, exigindo que os próprios concernidos, incapazes de superar seu estado de opressão pelo convencimento *interno* dos membros do grupo, possam fazer uso da política e do direito como instrumentos de sua própria transformação ou, ao menos, como instrumentos que geram exigências de tolerância - casos em que o direito como “meio” beneficiaria os

²³⁸ “Se é basicamente progressista que os trabalhadores assalariados adquiram meios de enfrentar estrategicamente seus empregadores e confrontar força contra força, direito contra direito, deve também ser basicamente progressista *em princípio* que as mulheres adquiram meios semelhantes para fins semelhantes na política da vida familiar e pessoal. E se é “patológico” que, na obtenção de um melhor equilíbrio de força na vida familiar e pessoal, as mulheres se tornem clientes das burocracias estatais, então deve ser tão patológico *em princípio* que, ao conseguir semelhante fim no trabalho remunerado, os trabalhadores assalariados também se tornem clientes, o que não altera o fato de que *na realidade* eles se tornem duas espécies diferentes de clientes. Mas evidentemente a questão real é que o termo “patológico” é mal empregado aqui, na medida em que pressupõe a premissa insustentável de uma assimetria entre criar filhos e qualquer outro trabalho quanto à integração sistêmica.” FRASER, N., op. cit., p. 60.

²³⁹ “[As lutas sociais] são também travadas pelos significados e normas arraigados e postos em ação no governo e na política associada. Esse processo ocorre num fenômeno não tematizado por Habermas: nas lutas entre movimentos sociais contrários com diferentes interpretações das necessidades sociais. Ambas as espécies de lutas envolvem confrontos entre a ação normativamente assegurada e a comunicativamente obtida. Ambas envolvem contestação pela hegemonia sobre os “meios de interpretação e comunicação” sócio-cultural.” FRASER, N., op. cit., p. 62.

²⁴⁰ BENHABIB, S. *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*. Princeton: Princeton University Press, 2002, pp. 82 e ss.

²⁴¹ FRASER, op. cit., p. 62.

próprios processos sociais de “destraditionalização”, vale dizer, de racionalização do mundo da vida.

A partir do final da década de oitenta, nos artigos que compõem os “Estudos Preliminares” à *Direito e Democracia*, a obra de Habermas passa a estar mais explicitamente vinculada ao desenvolvimento de um modelo procedimental de análise e avaliação da formação pública da vontade. Vinculado a movimentos históricos direcionados à “realização crítica” dos princípios constitucionais, os quais contestariam os limites tradicionais do político, um tal modelo teria de se pautar exclusivamente nas condições procedimentais para uma formação racional da opinião e da vontade, despendo-se, pois, de qualquer conteúdo previamente atribuído à autodeterminação dos cidadãos: “Hoje em dia perenizou-se o processo de uma *realização* crítica de princípios constitucionais universalistas, inclusive nos atos mais simples da legislação. Os debates que precedem as deliberações realizam-se sob condições de uma mudança social e político-cultural, cujo movimento pode ser indiretamente acelerado ou freado, mas não regulado por intervenções políticas. De sorte que a constituição deixou de ser estática; ainda que o teor das normas possa permanecer inalterado, suas interpretações não se imobilizam. O Estado democrático de direito transforma-se num projeto, resultado e, ao mesmo tempo, mola de uma racionalização do mundo da vida, a qual ultrapassa as fronteiras do político. O único conteúdo do projeto é a institucionalização progressivamente melhorada dos processos de formação racional e coletiva da vontade, os quais não podem prejudicar os objetivos concretos dos participantes.”²⁴² E ao insistir que o núcleo desse modelo encontra-se na *institucionalização* de procedimentos genuinamente democráticos, resta claro que um tal projeto não pode se prender a nenhuma *instituição* dada. Embora referências às instituições existentes apareçam nas análises, de modo a ser explicitado as “fagulhas de racionalidade” nelas inscritas, o modelo procedimental não pode assumir nenhuma delas de modo definitivo. No prefácio a *Direito e Democracia*, a orientação por uma crítica ininterrupta das instituições existentes e pela tentativa de seu aperfeiçoamento contínuo é nomeada nos termos mesmos de uma “democracia radical”: “Nas próprias democracias estabelecidas, as instituições existentes da liberdade não são mais inatacáveis, mesmo que a democracia

²⁴² FG, p. 629 (DDem, v. II, p. 276).

aparentemente continue sendo o ideal das populações. Suponho, todavia, que essa inquietação possui uma razão mais profunda: ela deriva do pressentimento de que, numa época de política inteiramente secularizada não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical. A presente pesquisa pretende transformar esse pressentimento num saber explícito.”²⁴³

Na medida em que Habermas passa a incorporar de maneira indissociável a reconstrução de um modelo de democracia radical a seu projeto de elaborar uma teoria crítica do direito e da democracia, as críticas feministas observadas ganham aqui seu caráter mais contundente: neste ponto, a sustentação de uma compreensão substantiva da esfera privada passa a representar não apenas uma cegueira em relação às injustiças de gênero, como também uma falha no cumprimento do referido projeto teórico. Seu cumprimento, pois, não admitiria a assunção de qualquer conteúdo fixo na delimitação da privacidade; na esteira de Benhabib, um modelo democrático radicalmente procedimental exige que os conteúdos da privacidade sejam apresentados como conteúdos sujeitos a uma disputa política constante. Segundo as próprias palavras de Habermas, na luta por espaços de liberdade adequados nas democracias estabelecidas, “as instituições *existentes* da liberdade não são mais inatacáveis”.

Ao contrário do que faz com o conceito de esfera pública, Habermas não dedica um item completo da “reconstrução externa” de *Direito e Democracia* à explicitação de sua compreensão da “esfera privada”, muito embora faça uso corrente deste termo. Em virtude mesmo dessa desatenção com uma categoria que pode fazer falir suas intenções teóricas mais centrais, o sentido atribuído à “privacidade” não nos é dado de maneira inambígua: em diversas passagens da obra, Habermas parece se ater *ainda* a uma compreensão substantiva da esfera privada. Gostaria de me deter aos dois momentos principais nos quais o conceito é invocado, a saber, sua tese sobre a “complementaridade entre esfera pública e privada” e o “excurso sobre a neutralidade do procedimento”, de modo a tentar explicitar uma compreensão “dessubstancializada” da privacidade ali presente, sem a qual o modelo democrático procedimental não pode seguir seu pleno desenvolvimento.

²⁴³ FG, p. 13 (DDem, v. I, p. 13).

“Há uma união pessoal entre os *cidadãos do Estado*, enquanto titulares da esfera pública política, e os *membros da sociedade*, pois – em seus papéis complementares de trabalhadores e consumidores, de segurados e pacientes, de contribuintes e de clientes de burocracias estatais, de estudantes, turistas, participantes do trânsito, etc – eles são expostos, de modo especial, às exigências específicas e às falhas dos correspondentes sistemas de prestação. No início, tais experiências são elaboradas de modo “privado”, isto é, interpretadas no horizonte de uma biografia particular, a qual se entrelaça com outras biografias, em contextos de mundo da vida comuns. Os canais de comunicação da esfera pública engatam-se nas esferas da vida privada – as densas redes de interação da família e do círculo de amigos e os contatos mais superficiais com vizinhos, colegas de trabalho, conhecidos, etc. – de tal modo que as estruturas espaciais de interações simples podem ser ampliadas e abstraídas, porém, não destruídas. De modo que a orientação pelo entendimento, que prevalece na prática cotidiana, continua valendo também para a *comunicação entre estranhos*, que se desenvolve em esferas públicas complexas e ramificadas, envolvendo amplas distâncias.”²⁴⁴

Nessa passagem, Habermas anuncia sua tese da “complementaridade” entre a esfera pública e as estruturas privadas da sociedade civil, a qual será desenvolvida no próximo item deste capítulo. Neste momento, tal trecho interessa-nos especialmente por apresentar características da esfera privada que sugerem diferentes formas de delimitação substantiva deste conceito. Em primeiro lugar, Habermas escreve que as exigências específicas e as falhas dos sistemas funcionais de ação são inicialmente elaboradas no interior da privacidade – e qualificando uma tal percepção “privada” dos problemas sociais, o autor complementa: “tais experiências são interpretadas no horizonte de uma biografia particular, a qual se entrelaça com outras biografias em contextos de mundo da vida comuns”. A esfera privada, assim, teria por característica apresentar-se como uma esfera de interação social onde têm lugar discursos auto-biográficos, travados entre sujeitos histórica e socialmente individuados que compartilham universos simbólicos comuns. A maneira específica de se perceber, tematizar e criticar problemas sociais faria parte de um discurso de auto-entendimento ético que tem seu início na esfera privada: as falhas e disfunções dos sistemas econômico e burocrático, pois, seriam primeiro elaboradas no âmbito da privacidade como impedimentos à realização dos projetos de vida individuais ou coletivos assumidos pelos “membros da sociedade”.

²⁴⁴ FG, p. 442 (DDem, v. II, p. 98).

Nesse sentido, o referido trecho pode sugerir uma delimitação entre público e privado que espelha a diferenciação entre discursos sobre *justiça* e discursos sobre *vida boa*. Assim, como vimos defender Benhabib, a esfera privada seria delimitada por Habermas como um âmbito da vida social caracterizado por interações éticas. Os problemas de uma tal delimitação entre privado e público podem ser descritos em ambas as direções: de um lado, ela legitima o afastamento de temas vinculados à vida boa dos debates públicos de formação política da vontade; de outro, ela impede que discursos sobre a justiça, pautados no igual respeito entre todos, possam penetrar o âmbito da intimidade com o objetivo de modificar relações privadas injustas. O autor, entretanto, não subscreve uma tal diferenciação. Embora a esfera privada tenha por característica proteger um âmbito de interações comunicativas nas quais podem ter *início* discursos de auto-compreensão ética, tais discursos não ocupam nem exclusivamente e nem sozinhos o âmbito privacidade. Com efeito, Habermas rejeita explicitamente a chamada versão “restritiva” da neutralidade com as palavras: “Se a neutralidade significasse a *exclusão* de questões éticas do discurso político em geral, este perderia sua força em termos de transformação racional de enfoques pré-políticos, de interpretações de necessidades e de orientações valorativas. (...) Isso levaria a tratar questões de vida boa como assuntos ‘privados’. Sob essa premissa, porém, a neutralidade do processo seria garantida através de regras inibitivas ou de *gag rules*, ficando na dependência das tradicionais distinções entre o privado e o público, as quais são subtraídas à discussão. No entanto, tal limitação rígida, que excluiria *a fortiori* questões éticas, iria pré-julgar a agenda, ao menos implicitamente, beneficiando um pano de fundo tradicional.”²⁴⁵ Assim, ainda que a esfera privada abarque opções valorativas e a escolha de um determinado modelo de vida ético, nada impede que a discussão de tais relações atinja a esfera pública. Para Habermas, questões éticas compõem o discurso democrático juntamente com questões morais e pragmáticas, sendo que o “caráter” das questões apenas pode ser definido posteriormente aos esclarecimentos trazidos pelos participantes.²⁴⁶ Além disso, discursos éticos podem ser traduzidos em questões sobre justiça na medida em que os interessados transformam

²⁴⁵ FG, p. 376 (DDem, v. II, p. 35). Conferir ainda: “A versão tolerante do princípio da neutralidade significa que tanto a formação informal da opinião e da vontade, como a que é regulada por processos, abrangem questões eticamente relevantes da vida boa, da identidade coletiva e da interpretação de necessidades”. FG, p. 380 (DDem, v. II, p. 40).

²⁴⁶ FG, pp. 202-203 (DDem, v. I, pp. 206-207).

suas questões pessoais ou de grupo em questões do interesse simétrico de todos. A maneira como a discussão de relações privadas pode gerar debates sobre a modificação nas interpretações vigentes de princípios constitucionais universalistas, que a todos atingem, pode ser tomada como um exemplo dessa “tradução”. Nesse sentido, Habermas assume que a interpretação pública de princípios constitucionais à luz de questões tradicionalmente consideradas de caráter privado, tais como a sexualidade, a educação dos filhos, a pornografia e a divisão do trabalho entre cônjuges, “pode intervir em espaços vitais privados, transformando responsabilidades formais e práticas existentes.”²⁴⁷

Em segundo lugar, o trecho comentado assinala uma diferenciação entre as “estruturas espaciais de interação simples” e a “generalização” produzida pela esfera pública, descrita ali nos termos de uma comunicação “abstrata” e “virtual” entre estranhos. Isso aproxima Habermas de leituras que enxergam essa diferenciação como um critério para a demarcação entre o privado e o público: dessa forma, a esfera privada seria apresentada como estruturas espaciais de interações simples, vale dizer, como *locais* destinados aos contatos diretos, “face a face”, entre pessoas conhecidas, nos quais os argumentos de caráter sempre pessoal seriam mobilizados para a conexão cotidiana dos planos individuais de ação.²⁴⁸ A esfera pública, por sua vez, seria caracterizada tanto pela “virtualização” das estruturas espaciais da privacidade, quanto pela “abstração” das relações pessoais que a caracterizariam: tais estruturas espaciais, pois, seriam plenamente diluídas em fluxos comunicativos múltiplos e livremente associados, cujo caráter fluido, perene e permeável os impediriam de ser comparados a uma “grande assembléia” delimitável geográfica e temporalmente. Bem compreendida como “fluxos comunicativos” de formação da opinião e da vontade, a esfera pública não seria propriamente constituída pela presença física de pessoas conhecidas entre si, mas por um público anônimo de usuários dos meios de comunicação, destinado menos à conexão imediata de planos individuais de ação que a uma reflexão constante sobre problemas que defendem merecer a atenção das instituições político-decisórias.

²⁴⁷ FG, p. 382 (DDem, v. II, p. 41).

²⁴⁸ Cf. RÖSSLER, B. *Der Wert des Privaten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001, pp. 255 e ss.

Mais uma vez, uma tal diferenciação entre público e privado revelaria problemas na imagem produzida de ambas as esferas aqui consideradas: de um lado, a “abstração e virtualidade” que passariam a conduzir a compreensão da esfera pública levariam a uma perda da “densidade sociológica” deste conceito²⁴⁹; vale dizer, a categoria habermasiana de esfera pública, interpretada estritamente nos termos de uma tal “generalização”, seria insensível ao papel desempenhado por interações de caráter pessoal, firmadas por um público presente, em diferentes instâncias da formação pública da vontade (tais como associações, passeatas, comícios políticos, organizações não-partidárias, palestras de líderes políticos, comunitários, formadores de opinião, etc).²⁵⁰ Argumenta-se, além disso, que a imagem da esfera pública como uma rede de “comunicações anônimas entre participantes ausentes” toma como modelo o público de usuários passivos dos meios de comunicação de massa, o qual nem seria condizente com a política cotidiana, nem deveria ser tomado como ideal a orientar sua transformação. E isso porque a esfera pública midiática não representaria o espaço próprio para a “ação coletiva”, mas sim para uma mera “reflexão sem caráter decisório”, a qual permaneceria na dependência constante das instituições político-estatais para a tomada de decisões de caráter peremptório.²⁵¹

²⁴⁹ LAVALLE, A. G. “Jürgen Habermas e a virtualização da publicidade”, in *Margem (PUC-SP)*, v. 16, n. 16, 2002; WALZER, M. “Deliberação, e o que mais?” in WERLE, D. e MELO, R. S. (orgs.). *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, 2007; SCHEUERMAN, W. “Globalization and Deliberative Democracy: The Antinomies of Habermasian Theory”, in *Philosophical Journal*, 54, n 5, 2006.

²⁵⁰ “Não é fácil imaginar uma política democrática na qual a mobilização popular tenha se tornado supérflua. (...) O essencial numa mobilização democrática é demonstrar intensidade pessoal, força numérica e convicção doutrinária – todas críticas ao poder populista. Pois a deliberação tende a omitir a marcha ou a passeata, o comício do partido, os cartazes e as bandeiras, a gritaria dos participantes, a oratória dos líderes e os aplausos veementes. (...) A intenção é demonstrativa: transmitir uma mensagem – algumas vezes para os demais cidadãos; outras vezes para uma elite entricheirada. A mensagem soa da seguinte forma: *aqui estamos*, isto é o que acreditamos que deve ser feito; e não acreditamos nisso casualmente, não é uma “opinião” do tipo que pode ser capturada por uma combinação de opiniões. (...) Naturalmente, tudo isso pode ser dito de um modo fanático, refletindo um absolutismo ideológico ou religioso, em vez de expressar uma determinação política. Mas demonstrar intensidade e convicção não impede necessariamente uma negociação posterior, e esta combinação pode ser usada, e tem sido, em defesa dos direitos democráticos – de voto, greve ou associação livre –, bem como em defesa de reformas substantivas, embora contestadas, como a proibição ou o controle de armas, ou o salário mínimo.” WALZER, op. cit., p. 302.

²⁵¹ “A imagem enganosa de uma deliberação ‘anônima’ e ‘despersonificada’ contribui para uma *problemática bifurcação conceitual entre deliberação e democracia*. Deliberação sem um envolvimento significativo de ‘sujeitos’ concretos está longe de ser democrática. Deliberações vigorosas não são, em realidade, ‘despersonificadas’ e o fato de que em trocas argumentativas frequentemente não sabermos identificar com precisão de onde ou de quem surge uma contribuição específica não as torna, igualmente, anônimas em seu conjunto. Esse erro conceitual abre a porta para uma tendência problemática de se

De outro lado, uma delimitação espacial da esfera privada como “locais” destinados aos “contatos diretos e pessoais” seria igualmente limitada, tanto em vista de demandas clássicas (como a inviolabilidade da correspondência e a proteção de dados pessoais) como em relação à constituição de novos âmbitos da privacidade e suas respectivas exigências de proteção. O alargamento do uso de meios eletrônicos para as comunicações cotidianas entre pessoas conhecidas ou não seria literalmente responsável pela constituição de uma “esfera privada virtual” (e, em grande parte das vezes, também “anônima”), cuja utilização no mundo contemporâneo pode revelar-se “mais freqüente que os próprios diálogos diretos na rua, na praça ou na casa de família”. E a exigência de se preservar a “privacidade” em tais universos virtuais de interação seria derivada não necessariamente do caráter das informações veiculadas ou do tipo de relações travadas entre os usuários, mas sim de uma “reação” contra sua intervenção possibilitada por “novas tecnologias de controle e observação”.²⁵² Cita-se aqui com freqüência a instalação oculta de *hardwares* e *softwares* por *sites* de relacionamento e por agências governamentais de segurança, os quais permitem o acesso não autorizado a informações veiculadas pela *internet* ou mesmo a documentos gravados em disco rígido. Além disso, novas tecnologias de *surveillance* teriam motivado crescentes exigências de proteção da privacidade em locais anteriormente aceitos como “públicos”. Embora o uso de tecnologia para a observação e controle da população civil seja assumida como uma “estratégia antiga de dominação política e ideológica”, os avanços tecnológicos atuais teriam “embaralhado distinções claras entre locais públicos e privados”, uma vez que permitem “quase tudo observar, sem serem observados”²⁵³. Novos meios de captação de imagens, sons e até odores, grande parte deles imperceptíveis ao olho humano (como satélites de rastreamento, micro-câmeras e *electric noses*), potencializariam a capacidade de identificação de pessoas em público, incitando inúmeros protestos por proteção da “privacidade”, reivindicada em tais casos justamente como uma “esfera do anonimato”.

resignar a modelos excessivamente defensivos de democracia deliberativa.” SCHEUERMAN, W., op. cit., p. 732.

²⁵² Cf. AGRE, P. E., ROTEMBERG, M. (eds.). *Technology and Privacy: The New Landscape*. Cambridge: MIT Press, 1998; HOLTZMAN, D. H. *Privacy Lost: how technology is endangering your privacy*. San Francisco: Josey Bass, 2006; WHITAKER, R. *The end of privacy. How total surveillance is becoming a reality*. New York: New Press, 1999; LYON, D., ZUREIK, E. (eds.). *Computers, Surveillance and Privacy*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1996.

²⁵³ HOLTZMAN, D., op. cit., p. 154.

Não apenas no trecho comentado, como em diversas outras passagens, Habermas de fato caracteriza a transposição dos fluxos comunicativos da esfera privada à esfera pública como um processo que inclui a “passagem da estrutura espacial das interações simples para a generalização da esfera pública.”²⁵⁴ Essa caracterização pretende explicitar ganhos em “inclusão” e “racionalidade” contidos num tal processo de generalização, pois o caráter fluido e perene de um fluxo comunicativo que não se prende a fronteiras espaciais fixas permitiria a participação de um número ampliado de interessados distantes em controvérsias públicas comuns; o anonimato dos destinatários das informações veiculadas na mídia forçaria seus autores à utilização de uma linguagem não especializada, assumindo-se virtualmente um público de leigos para o qual as questões técnicas têm de ser suficientemente traduzidas; a abstração das experiências e contribuições de caráter pessoal ajudaria a formulação de controvérsias públicas em termos abrangentes e a agregação dos melhores argumentos apresentados às posições “pró” e “contra” firmadas a seu respeito, etc.²⁵⁵ Tais considerações, entretanto, não produzem um critério capaz de distinguir ambas as esferas. A referida “generalização” não é apresentada como condição única de uma esfera pública atuante; vale dizer, não é considerada nem como a única forma de estruturação da esfera pública, nem como o único critério para medir sua legitimidade.²⁵⁶ Habermas nos fala de uma interligação de “esferas públicas parciais”, elaborando uma diferenciação entre, de um lado, a “esfera pública midiática”, principal promotora de virtualidade e abstração, e, de outro, a “esfera pública *episódica* (bares, cafés, encontros na rua), a “esfera pública da *presença organizada* (encontros de pais, concertos de rock, reuniões de partidos ou congressos de

²⁵⁴ “Quanto mais [as esferas públicas de comunicação] se desligam de sua presença física, integrando, por exemplo, a presença virtual de leitores situados em lugares distantes, de ouvintes ou espectadores, o que é possível através da mídia, tanto mais clara se torna a abstração que acompanha a passagem da estrutura espacial das interações simples para a generalização da esfera pública.” FG, p. 437 (DDem, v. II, p. 93).

²⁵⁵ Cf. FG, pp. 438-440 (DDem, v. II, pp. 94-96).

²⁵⁶ “Podemos dar uma forma abstrata e perene a essa estrutura espacial de encontros simples e episódicos, fundada no agir comunicativo, e estendê-la a um grande público de presentes. Existem metáforas arquitetônicas para caracterizar a infra-estrutura de tais reuniões, organizações, espetáculos, etc.: empregam-se geralmente os termos ‘foros’, ‘palcos’, ‘arenas’, etc. Além disso, as esferas públicas ainda estão muito ligadas aos espaços concretos de um público presente (...) Por isso, o sucesso da comunicação pública não se mede *per se* pela ‘produção de generalidade’, e sim, por critérios formais do surgimento de uma opinião pública qualificada. As estruturas de uma esfera pública encampada pelo poder excluem discussões fecundas e esclarecedoras. A qualidade de uma opinião pública constitui uma grande empírica, na medida em que ela se mede por qualidades procedimentais de seu processo de criação.” FG, pp. 437-438 (DDem, v. II, pp. 93-94).

igrejas)”, e as “esferas públicas *especializadas* (por exemplo, esferas públicas literárias, eclesiais, artísticas, feministas, ou ainda, esferas públicas ‘alternativas’ da política de saúde, da ciência e de outras)”²⁵⁷ Para Habermas, essas três últimas categorias encontravam-se ainda bastante ligadas aos espaços concretos de um público presente e à “reputação (de pessoas) que lhes permite exercer influência sobre as convicções de outras pessoas”. Nem por isso tais esferas públicas ocupariam papel subalterno na formação política da opinião e da vontade.

Não pretendo com tais considerações assumir a adequação das expectativas e do papel atribuídos por Habermas às esferas públicas “abstratas e virtuais”, representadas sobretudo pela mídia impressa e eletrônica, mas simplesmente indicar que a categoria geral de “esfera pública” é suficientemente complexa para incluir formas de comunicação vinculadas às referidas “estruturas espaciais de interações simples”. Com isso, tais formas de comunicação (marcadas pela presença física, pelo caráter fortemente pessoal e por arranjos espaciais precisos, ainda que transitórios) mostram-se incapazes de cumprir a função de baliza na diferenciação entre público e privado. Uma tal diferenciação, pois, precisa contar com um critério de outro tipo.

Em terceiro lugar, Habermas apresenta domínios sociais específicos como constitutivos da privacidade, tais como a família, a vizinhança e os círculos de amizade. Essa enumeração, que em si mesma já parece escapar de uma “dessubstancialização radical” da esfera privada, é passível de uma nova gama de críticas. De um lado, tal enumeração espelharia um tipo determinado de relações sociais a ser normativamente retirado do escrutínio público: a saber, as relações de “intimidade”, entendidas aqui como interações de cunho afetivo ou sexual. Expressões como “indícios de relações íntimas prévias”, “mulher honesta” e “intimidade extra-conjugal” teriam servido tradicionalmente para a descaracterização de crimes sexuais ou para a supressão de direitos a mulheres em processos de divórcio, demissão e seguro social. A “redefinição” ou mesmo a “desconstrução” de categorias jurídicas ligadas à “intimidade” teria sido objeto de “processos políticos extensos e inacabados”, os quais não poderiam ser bloqueados sem se continuar assumindo a “legitimidade da dominação de gênero no interior do Estado de

²⁵⁷ FG, p. 452 (DDem, v. II, p. 107).

direito”.²⁵⁸ De outro lado, encontraríamos protestos específicos ao fato da família ser utilizada ainda aqui como categoria adequada a uma “sociologia da democracia”. A sociologia da vida privada já teria explicitado há muito os profundos processos de transformação e *desagregação* da vida familiar, fazendo com que a “família” deixasse de poder ser usada como categoria sociológica sem que fosse acompanhada de uma quantidade tamanha de adendos, problematizações e especificações conceituais, a ponto de ser diluída num sem-número de relações díspares.²⁵⁹ Além disso, a própria “intervenção” de estatutos jurídicos alheios ao direito de família nas relações parentais – os quais positivam demandas crescentes de proteção a mulheres, crianças, idosos e deficientes, entre outros – mostraria que a família não pode ser colocada sob a égide da privacidade como uma “instituição fechada”. Dessa forma, não é a “família”, considerada como um domínio social estanque, que seria propriamente protegida pela privacidade, mas sim determinadas relações travadas em seu interior, cuja proteção jurídica, inclusive, não se cumpre nunca de maneira incondicional. Nesse sentido, Charles Fried, num texto clássico “que tem servido de apoio às conquistas feministas na Suprema Corte americana”, descreveria as regulações jurídicas do direito de família como promotoras de uma “privacidade seletiva e condicional”.²⁶⁰

Habermas não pode assumir tais critérios sugeridos por seu texto. Todos eles levariam a uma delimitação substancial entre esfera pública e privada incompatível com

²⁵⁸ Cf. COHEN, J. *Regulating Intimacy. A New Legal Paradigm*. Princeton: Princeton University Press, 2002; MACKINNON, C. “Privacy v. Equality: Beyond Roe v. Wade” in Idem, *Feminism Unmodified*. Cambridge: Harvard University Press, 1987; FINEMAN, M. “Intimacy Outside of the Natural Family: The limits of Privacy”, in *Connecticut Law Review*, n. 23, 1992; FINEMAN, M. *The Neutered Mother, the Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*. New York: Routledge, 1995. No texto aqui indicado, Jean Cohen defende que embora grande parte das lutas feministas clássicas tenham sido dedicadas ao combate às “concepções tradicionais da intimidade e a seu uso opressivo por cortes machistas”, demandas por proteção à intimidade continuam sendo observadas, revertendo-se, por exemplo, em direitos ao aborto, ao uso de métodos contraceptivos e à reflexificação das proteções ao assédio sexual em locais de trabalho. Com isso, para a autora, não se trata de retirar por completo a categoria da “intimidade” dos debates públicos, mas de submetê-las a uma disputa política constante. COHEN, J., op. cit., pp. 41 e ss.

²⁵⁹ MAIHOFER, A. “Was wandelt sich in im aktuellen Wandel der Familie?” in BEERHORST, J., DEMIROVIC, A., GUGGEMOS, M., *Kritische Theorie im gesellschaftlichen Strukturwandel*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004, pp. 402 e ss. Ver também HONNETH, A. *Desintegration: Bruchstücke einer soziologischen Zeitdiagnose*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994; WALZER, M. “The Communitarian Critique of Liberalism”, in *Political Theory*, n. 18, 1990.

²⁶⁰ FRIED, C. “Privacy”, in *Yale Law Journal*, n 77, 1968 *apud* RÖSSLER, op. cit., pp. 235-237.

seu modelo democrático procedimental. O trecho que segue imediatamente a citação até aqui destacada nos ajuda a resolver a questão.

“O limiar entre esfera privada e esfera pública não é definido através de temas ou relações fixas, mas através de *condições de comunicação modificadas*. Estas modificam certamente o acesso, assegurando, de um lado, a intimidade e, de outro, a publicidade; porém, elas não isolam simplesmente a esfera privada da esfera pública, pois canalizam o fluxo de temas de uma esfera para a outra. A esfera pública retira seus impulsos da assimilação privada de problemas sociais que repercutem nas biografias particulares.”²⁶¹

Aqui vemos apresentado o que parece ser o critério fundamental para a delimitação da privacidade: o do acesso à comunicação. A “privacidade”, dessa forma, não seria delimitada estritamente por temas éticos, pela especificidade de relações de caráter pessoal delimitáveis no espaço e no tempo ou por formas tradicionais de relações íntimas, mas sim por esferas de comunicação de *acesso protegido*. A esfera privada, pois, seria lida como âmbitos de interação social cujo acesso é condicionado à disposição de vontade de seus membros. Uma tal leitura da privacidade exige explicitações e questionamentos adicionais. Em primeiro lugar, é necessário ressaltar qual o caráter da referida “proteção”. A respeito disso, Habermas escreve: “Os direitos subjetivos privados protegem uma esfera no interior da qual as pessoas privadas estão liberadas das obrigações de justificar publicamente suas ações e omissões.”²⁶² Ou ainda: “A proteção da ‘privacidade’ através de direitos fundamentais serve à incolumidade de domínios sociais privados; direitos de personalidade, liberdades de crença e de consciência, sigilo de correspondência e telefone, inviolabilidade da residência, bem como a proteção da família, caracterizam uma zona inviolável da integridade pessoal, da formação do juízo e da consciência autônoma.”²⁶³ Tais trechos, entre outros, explicitam que a mencionada proteção de que aqui falamos trata-se de uma proteção jurídico-formal²⁶⁴: a esfera privada, entendida

²⁶¹ FG, pp. 442-443 (DDem, v. II, p. 98).

²⁶² FG, p. 380 (DDem, v. II, p. 39).

²⁶³ FG, p. 446 (DDem, v. II, p. 101).

²⁶⁴ Cohen e Arato, após apontarem as “confusões provocadas” pela utilização indiscriminada de termos da “sociologia geral” (como a “família” e a “escola”) na constituição de uma “sociologia da democracia”, já indicavam as vantagens de se valer dos *direitos fundamentais* como elementos constitutivos e

como uma âmbito da vida social de acesso protegido, é definida em função dos direitos subjetivos privados já apresentados na reconstrução interna.²⁶⁵ Naquele momento, tais direitos foram definidos como liberdades para se eximir das obrigações do agir comunicativo e, em sua discussão, vimos que ao serem assumidos como “liberdades de ação”, não devem ser compreendidos como “obrigações” de se retirar do âmbito de discussões públicas, vale dizer, como um dever de se permanecer em silêncio. Ao definir a esfera privada como âmbitos de interação social protegidos por direitos subjetivos, Habermas pretende reconhecer que os fluxos comunicativos ali gerados não permanecem presos em seu interior, mas podem ser levados à esfera pública segundo a disposição de vontade de seus integrantes. Como indicado no trecho acima destacado, tais proteções não isolam simplesmente a esfera privada da esfera pública, pois canalizam o fluxo de temas de uma esfera pra a outra.

Em face da longa lista de liberdades individuais apresentadas acima (liberdades religiosas, sigilo de correspondência e telefone, inviolabilidade da residência, proteção da família, etc.), cabe perguntarmos se Habermas pretende de fato endossar aqui uma compreensão dessubstancializada da privacidade; ou melhor, cabe perguntarmos se não

estruturadores da sociedade civil moderna: “os direitos fundamentais devem ser vistos como o *principio organizador* de uma sociedade civil moderna”. (COHEN, J., ARATO, A. *Sociedad Civil y Teoría Política*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 495). Entretanto, na exposição das referidas vantagens, os autores se concentram nas características “principiológicas” dos direitos fundamentais. Valendo-se dos primeiros trabalhos de Dworkin, os autores assumem que, ao contrário das *regras*, as quais permitiriam sua “aplicação dogmática”, os *principios* exigiriam uma interpretação e justificação públicas constante acerca de seu sentido e de sua delimitação, implicando “uma forma de argumentação totalmente diferente e estruturalmente mais exigente, um discurso normativo que não pode se manter dentro do marco institucional ou temporal do decreto e da aplicação legal.” (Ibidem, pp. 491-492). Ao longo de *Direito e Democracia*, Habermas também insiste nesse caráter normativamente “mais exigente” e “sensível” às transformações históricas dos discursos de “realização dos princípios constitucionais”. Entretanto, neste momento da *reconstrução externa*, Habermas parece dar um passo a mais em sua utilização das categorias de direitos fundamentais, utilizando-as para a própria demarcação das dimensões sociológicas das esferas pública e privada, vale dizer, para a caracterização de *âmbitos de interação social de acesso modificado*. Esse passo talvez esteja apenas implícito nos estudos de Cohen e Arato: “Essa circunstância nos obriga a redefinir nosso conceito de sociedade civil como a estrutura institucional de um mundo da vida moderno *estabilizado pelos direitos fundamentais*, que incluem dentro de seu campo as esferas do público e do privado, do ponto de vista do próprio mundo da vida. A instituição dos direitos fundamentais representa um componente essencial da modernização do mundo da vida porque sua estrutura pós-convencional está ligada a princípios legais ao invés de regras normativas, e também porque os direitos podem contribuir com a modernização no sentido de sua diferenciação.” (Ibidem, p. 493).

²⁶⁵ Isso leva autores como Mark Gould protestarem que em *Direito e Democracia* não teríamos uma reconstrução externa, de caráter propriamente sociológico, da tensão entre facticidade e validade, mas tão somente uma reaplicação dos conceitos normativos obtidos nos capítulos iniciais. Sobre isso, conferir o último capítulo deste trabalho.

haveria um descompasso entre seu conceito abstrato da esfera privada, definido precisamente em função de condições de comunicação modificadas, e as instituições e relações sociais representadas por tais direitos. Essa ambigüidade, como já dissemos, é encontrada em todo o âmbito da reconstrução externa operada em *Direito e Democracia*. Entretanto, embora Habermas não o explicita suficientemente, podemos admitir que a freqüente enumeração de instituições e relações sociais existentes deriva da própria especificidade da reconstrução *externa*, descrita como uma tensão entre “as pretensões normativas das ordens democrático-constitucionais e a facticidade de seu contexto social”, o que colocaria por si só a teoria em um contato mais direto com “constituições históricas e ordens institucionais existentes”.²⁶⁶ Isso explica os constantes usos de configurações institucionais específicas apresentadas nos capítulos 7 e 8, bem como a análise dos processos históricos de “materialização” de algumas das principais categorias do direito privado alemão levada a cabo no capítulo 9. Entretanto, não devemos confundir esses exemplos e análises, fruto da observação empírica, com suas respectivas categorias *reconstrutivas*. Como parte de uma teoria normativa de formação racional da opinião e da vontade, tais categorias pretendem expressar as “fagulhas de racionalidade” contidas em instituições e práticas existentes. E em face de uma tal diferença de estatuto, a esfera privada não deve ser identificada com a soma de todos os exemplos dados. Em sua abstração, a categoria expressa justamente o caráter transitório e artificial das instituições históricas a ela vinculadas.

Vale ainda dizer que muitas das críticas sofridas por Habermas no âmbito de sua reconstrução externa caminham no sentido oposto; isto é, elas vêm cobrar justamente a escassez de exemplos e análises empíricas que pudessem demonstrar a adequação sociológica de suas “macro-categorias”. Tais críticas, mais uma vez, não nos parecem de todo infundadas: os exemplos e análises trazidas por Habermas não acompanham de perto os desenvolvimentos da sociologia contemporânea dedicada à transformação de instituições privadas, à modificação de práticas de comportamentos em seu interior e as contemporâneas inovações legislativas sobre o tema.²⁶⁷ Entretanto, pertence a seus

²⁶⁶ FG, p. 109 (DDem, v. I., p. 113).

²⁶⁷ Cf., por exemplo, GIDDENS, A. *As transformações da Intimidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1992; WHARTON, A. *The Sociology of Gender*. Oxford: Blackwell, 2005; BÉJAR, H. *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y Privacidad*. Madrid: Alianza Editorial, 1988; GOFFMAN, E. *Manicômios*,

críticos o ônus de demonstrar que tais categorias não sobrevivem ao teste empírico – e apesar de compartilharmos o mesmo tipo de insatisfação, não nos parece que a bibliografia complementar tem conseguido comprovar a insuficiência da categoria de esfera privada em relação às “novas demandas” de sua constituição. Como já mencionado, uma das pautas mais freqüentes da bibliografia contemporânea dedicada às formas atuais de transgressão da privacidade vincula-se às “novas tecnologias de observação e controle”. Os protestos tanto em relação ao monitoramento de informações veiculadas por meios eletrônicos, quanto ao uso crescente de meios de rastreamento e identificação instalados em “locais públicos”, (como praças, aeroportos, instituições de ensino, estabelecimentos comerciais e órgãos burocráticos) refletem demandas por uma compreensão e proteção modificadas da privacidade. Fala-se, pois, em um “sentimento generalizado de invasão e controle” em locais antes aceitos como de caráter público. Nesse sentido, a expressão “invasão da privacidade em locais públicos”²⁶⁸ não caracteriza uma contradição em termos. Ao contrário, ela expressa demandas por proteção da privacidade que não se deixam abarcar por uma compreensão espacial do termo. Embora Habermas não diga uma palavra sobre essa discussão que já se avoluma nas prateleiras de bibliotecas, sua categoria reconstrutiva parece ser a ela razoavelmente adequada. Com efeito, a diferenciação entre “privacidade local” e “relacional” ainda se mantém muito presa a um paradigma que os próprios casos em questão parecem negar.²⁶⁹ E as tentativas de produzir uma lista completa de todos os âmbitos sociais em que se reclama privacidade parecem igualmente infrutíferas: antes mesmo que a lista se complete, uma nova demanda surge em algum lugar. Habermas, ao contrário, parece de fato *permitir* a superação de uma compreensão espacial da privacidade: ao ser definida como âmbitos de interação social de acesso protegido, o autor não se prende a nenhuma especificação de local. Além disso, a explicitação de seu invólucro jurídico-formal confere à privacidade um caráter dinâmico: entendidas como liberdades individuais, as proteções da

Prisões e Conventos. São Paulo: Perspectiva, 2008; ALTMAN, I. “Privacy Regulation: Culturally Universal or Culturally Specific?” in *Journal of Social Studie*, v. 33 (3), 1987; COHEN, J. *Regulating Intimacy. A New Legal Paradigm*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

²⁶⁸ HOLTZMAN, D. H. *Privacy Lost: how technology is endangering your privacy*. San Francisco: Josey Bass, 2006.

²⁶⁹ RÖSSLER, op. cit., pp. 254, ss.

privacidade não se encontram aqui ou ali, mas são carregadas por seus portadores por onde quer que estejam, seja na casa de família, seja em órgãos públicos.

Ademais, a categoria de esfera privada aqui delineada parece representar bem o caráter “seletivo e condicional” reclamado anteriormente pela bibliografia complementar. Ela configura redes de liberdades justapostas que nem se identificam a instituições em seu todo, nem podem ser cumpridas de maneira incondicional. Com isso, a “privacidade no casamento”, por exemplo, não deve ser entendida como a incolumidade total da instituição, mas sim como o conjunto das liberdades atribuídas por lei a cada um dos cônjuges individualmente. Nesse sentido, nem tudo que se passa no âmbito conjugal é protegido pela privacidade. Ela não exclui reservas a serem atribuídas aos membros individuais, nem impede que suas transgressões sejam denunciadas publicamente. Ao ser protegida por liberdades individuais, a “intimidade”, entendida como interações e experiências pessoais protegidas pela privacidade, pode ser abdicada sempre que o portador de tais garantias julgar necessário para reclamar injustiças ou restrições de direitos cometidas em seu interior.

Por fim, cabe ainda perguntar se uma tal caracterização da privacidade, na medida que pretende se desligar de instituições e relações sociais fixas, seria suficiente para demarcar sua especificidade em relação à esfera pública. Grande parte das organizações que compõe a esfera pública – e principalmente aquelas que não se definem nos termos da virtualidade e abstração, como as esferas públicas “de especialistas” e “da presença organizada” – seriam compostas *também* de restrições a seu acesso. Com isso, poderíamos estar diante de uma confusão entre as formas de apresentação do público e do privado. Neste ponto, cabe insistirmos na especificidade das expectativas normativas vinculadas à categoria de esfera pública. Elas explicitam exigências intra-mundanas direcionadas a toda organização da sociedade civil que se pretenda como “pública”, ligadas tanto a seus critérios de *participação*, quanto à *visibilidade* de seus procedimentos e resultados. Com efeito, Habermas assume que exigências procedimentais por inclusão e igualdade de posições, reivindicadas historicamente pelos próprios grupos excluídos, são direcionadas não somente às instituições políticas de tomada de decisão, mas também às

próprias organizações que compõem a estrutura da esfera pública²⁷⁰. Nesse sentido, seus procedimentos devem ser suficientemente inclusivos à participação dos eventuais interessados. Ao contrário da esfera privada, suas regras de pertencimento (fundadas, por exemplo, em critérios representativos, meritocráticos ou participativos) devem ser satisfatoriamente *justificados* em vista da especificidade dos temas discutidos e da capacidade das instalações disponíveis. Além disso, as esferas públicas parciais, apesar de seus inevitáveis “mecanismos de seleção”, devem ser constituídas de maneira “porosa”, permitindo a visibilidade de seus resultados e garantindo uma suficiente “comunicação entre si”.²⁷¹ Em última instância, associações de especialistas e encontros organizados apenas podem ser assumidos como “públicos” ao serem reconhecidos intersubjetivamente como tais. Caso não consigam comprovar o cumprimento de tais expectativas normativas perante o conjunto mais amplo de cidadãos, seus encontros e suas formas de organizações podem ser reconhecidos como utilizações privadas das liberdades públicas de associação e expressão, sendo assumidas como formas ampliadas de sectarismo e reclusão.²⁷²

Assim, contra possíveis leituras que sugerem uma delimitação substantiva da esfera privada e, muitas vezes, contra a própria letra aparente do autor, tentamos explicitar uma caracterização procedimental deste conceito elaborada em função de condições de comunicação modificadas. Uma tal caracterização aqui defendida parece ser reforçada com a leitura do já mencionado “Excurso sobre a neutralidade do procedimento”. Como dito, Habermas nega ali a chamada “versão restritiva” da tese da neutralidade defendida

²⁷⁰ “Os direitos à inclusão e à igualdade irrestritas, instalados em esferas públicas liberais, impedem mecanismos de exclusão de tipo foucaultiano e dão base a *potenciais* de *autotransformação*. No decorrer dos séculos XIX e XX, os discursos universalistas da esfera pública burguesa não conseguiram se imunizar contra críticas oriundas de dentro dela mesma. O movimento dos trabalhadores e o feminismo, por exemplo, retomaram esses discursos a fim de romper as estruturas que em princípio constituíam ‘o outro’ de uma esfera pública burguesa.” FG, pp. 452-453 (DDem, v. II, pp. 107-108).

²⁷¹ FG, p. 452 (DDem, v. II, p. 107).

²⁷² Nesse sentido, são comuns as críticas ao caráter “antidemocrático” de associações públicas como ONGs, organizações partidárias, acadêmicas e sindicais, as quais repercutiriam como “perdas de aceitação e credibilidade públicas das instituições”. Cf. BEISHEIM, M. “NGOs und die (politische) Frage nach ihrer Legitimation. Das Beispiel Klimapolitik” in BRUNNENGRÄBER, A.; KLEIN, A. e WALK, H. (orgs.). *NGOs im Prozess der Globalisierung. Mächtige Zwerge – umstrittene Riesen*. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2005; WARREN, M. *Democracy and Association*. Princeton: Princeton University Press, 2001; CARDARELLI, G., KESSLER, G., ROSENFELD, M., “Las lógicas de acción de las asociaciones voluntarias”, in TOMPSON, A. (org.). *Público y Privado: las organizaciones sin fines de lucro en la Argentina*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1995.

por liberais como Ackerman e Larmore: o respeito à pluralidade de formas de vida concretas, que endossaria o pretendido “universalismo da formação democrática da vontade” e a “primazia do justo sobre o bom”, não seria cumprido com a exclusão dos temas éticos da agenda política, mas, ao contrário, com “a abertura dos discursos políticos a todos os tipos de questões e argumentos”, permitindo que os próprios interessados possam entender-se livremente sobre demandas comuns e sobre os espaços necessários à preservação de suas formas particulares de vida. Citando Nancy Fraser e Seyla Benhabib, o autor escreve: “Somente os participantes podem decidir o que é e o que não é do interesse comum de todos”. Neste ponto, Habermas não apenas toma para si o empenho feminista de transformar os temas privados em “temas possíveis da política”, como também o defende perante suas críticas liberais:

“A interpretação não restritiva da tese da neutralidade se expõe a objeções *por parte dos liberais*. Para eles, o discurso político não deve estar aberto a todos os tipos de questões e de argumentos que as partes gostariam de introduzir. Eles rejeitam especialmente a tese defendida pelas feministas, segundo a qual *qualquer* tema tem que ser discutido publicamente, desde que pelo menos um dos concernidos o considere relevante. Essas autoras temem que uma versão rígida do princípio da neutralidade permita excluir da agenda certos temas que a tradição considera assuntos ‘privados’. (...) O aparente dilema se resolve a partir do momento em que formos capazes de esclarecer as confusões provocadas pelos seguintes pares de conceitos: assuntos ‘privados vs públicos’ e discursos ‘limitados’ vs ‘ilimitados’.”²⁷³

As críticas liberais aqui mencionadas partem da afirmação de que a privacidade significa por si mesma um certo tipo de limitação aos discursos públicos. Assim, a liberação completa do campo temático das agendas políticas, no sentido defendido pelas feministas, representaria não uma “politização do privado”, mas antes uma “violência contra a privacidade”. Com esse contra-slogan, J. D. Moon defende que a tentativa de reconfigurar a esfera privada segundo os termos de uma democracia radical sustentar-se-ia mediante pressupostos auto-contraditórios: essa tentativa “parece exigir discursos irrestritos para se estabelecer quais deveriam ser as fronteiras do privado, mas um tal discurso violaria por si mesmo tais fronteiras, porque se apóia na demanda por uma auto-

²⁷³ FG, pp. 379-380 (DDem, v. II, pp. 39-40).

exposição ilimitada.”²⁷⁴ Assim, a exigência de uma justificação pública dos âmbitos de privacidade protegidos por direitos subjetivos privados seria contrária à própria estrutura de tais direitos, os quais protegem uma esfera no interior da qual as pessoas privadas estão liberadas da obrigação de justificar publicamente suas ações e omissões. Liberais como Moon e Larmore, pois, atacam a “politização feminista da privacidade” por considerá-las ameaças às constringências ao debate público erguidas em prol da integridade do indivíduo.²⁷⁵ Tais críticas ao feminismo não são de antemão descartadas por Habermas. Elas atingem prioritariamente posições tomadas por autoras como Fineman e, algumas vezes, MacKinnon, as quais, assumindo a categoria de privacidade como um “veículo para a preservação das instituições centrais onde a mulher se vê tolhida em sua identidade, autonomia, controle e auto-definição”, sugerem a completa extinção de seu uso jurídico.²⁷⁶ Contra as críticas liberais (fortalecida por esta última formulação do argumento feminista), Habermas pretende mostrar ser possível assumir a “liberação dos discursos públicos” sem, com isso, abrir mão da privacidade; vale dizer, defender que a manutenção das proteções jurídicas à privacidade não é em si mesma contrária à possibilidade de uma redefinição política constante de seus limites.

Para Habermas, esse novo “dilema aparente” se inicia com o fato dos liberais alojarem a referida limitação no *campo temático* de discursos públicos. Segundo o autor, a limitação discursiva capaz de estabelecer as fronteiras entre o público e o privado não deve ser entendida como uma “restrição de determinados temas”, mas sim como uma “limitação estabelecida através do procedimento”; e ao tratar desse segundo tipo de limitação, escreve: “devemos estabelecer novamente a distinção entre assuntos públicos e privados sob dois aspectos: o do acesso e o da tematização, assim como o da regulação de competências e responsabilidades.”²⁷⁷ A esfera privada, pois, é protegida por limitações a seu acesso. Discursos públicos podem tematizar e amplificar tudo o que for a eles levado. Sua única limitação é não intervir sem autorização no campo de faculdades jurídicas

²⁷⁴ MOON, J. D. “Constrained Discourse and Public Life”, in *Political Theory*, n. 19, 1991 *apud* FG, p. 380.

²⁷⁵ Cf. MOON, J. D., *op. cit.*, p. 203.

²⁷⁶ MACKINNON, C. “Privacy v. Equality: Beyond Roe v. Wade” in *Idem, Feminism Unmodified*. Cambridge: Harvard University Press, 1987; FINEMAN, M. “Intimacy Outside of the Natural Family: The limits of Privacy”, in *Connecticut Law Review*, n. 23, 1992; FINEMAN, M. *The Neutered Mother, the Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*. New York: Routledge, 1995.

²⁷⁷ FG, p. 381 (DDem, v. II, p. 40).

individuais. Na medida em que “pelo menos um” dos concernidos leva um assunto a público – e eis aí o caráter abrangente da mencionada autorização – ele pode se tornar parte da agenda política. Neste ponto, como vimos, incidem novamente as críticas liberais, pois, segundo elas, a própria tematização dos assuntos que habitam a privacidade configuraria já sua transgressão, obrigando sujeitos a justificarem comportamentos e decisões que lhes foram formalmente autorizados. Contra isso, entretanto, Habermas escreve: “A tematização e o tratamento públicos de tais matérias [privadas] não significa uma *intromissão* em direitos subjetivos. (...) Falar sobre algo não significa intrometer-se nos assuntos de alguém.” O autor insiste, pois, que a deliberação pública sobre assuntos tradicionalmente considerados privados não transgredir por si só a integridade pessoal do indivíduo; vale dizer, ela nem necessariamente intervém na intimidade pessoal, nem modifica sozinho o leque de competências formalmente atribuídas aos sujeitos individuais. Em primeiro lugar, a intimidade só seria de fato ferida quando discursos públicos fazem uso das experiências pessoais sem que os próprios envolvidos as tenham levado voluntariamente a público. Para Habermas, o uso de experiências pessoais de carências e sofrimento havidos em ambientes privados, ou mesmo a identificação dos envolvidos por meio de seus nomes próprios,²⁷⁸ exercem um papel relevante em processos de formação pública da opinião e da vontade, assumindo as formas de campanhas, dramatizações e casos emblemáticos capazes de chamar a atenção e fortalecer posições políticas específicas. Entretanto, sua utilização apenas pode ser considerada legítima segundo os critérios procedimentais aqui especificados caso os próprios envolvidos tenham recusado manter tais assuntos no âmbito de sua privacidade, introduzindo-os voluntariamente na agenda pública e, assim, liberando seu acesso. Em segundo lugar, Habermas aponta que somente uma *regulamentação* jurídico-institucional é capaz de modificar competências e responsabilidades privadas formais:

“A delimitação entre um domínio de interesses privados e autônomos e uma esfera pública da ‘realização do bem comum’ não pode ser feita *de uma vez por*

²⁷⁸ Habermas faz menção às obras de Nancy Fraser e Axel Honeth, para quem as lutas por criação e modificação de direitos não seriam constituídas apenas por argumentos de caráter abstrato e abrangente, mas também por experiências pessoais de carência e sofrimento levadas voluntariamente a público. Cf. FRASER, N. “Struggle over Needs” in Idem. *Unruly Practices. Power, Discourse and Gender in Contemporary Social Theory*. Oxford: Polity Press/Blackwell, 1991; HONNETH, A. *Luta por Reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

todas. O debate sobre a pornografia, por exemplo, revela que essa imposição de limites tem que ser objeto de uma discussão política, independentemente das dificuldades a ela inerentes. Todavia, a *tematização* dessas ‘questões-limite’ não significa já uma intromissão em *competências* e responsabilidades existentes. (...) Somente a *regulamentação* de uma nova condição jurídica pelo direito penal ou o cumprimento de resoluções políticas (...) interfere na vida privada e modifica as responsabilidades e práticas formais existentes.”

Habermas ressalta que a esfera pública é entendida aqui como um âmbito *informal* da formação coletiva da opinião e da vontade, vale dizer, como uma “estrutura intermediária que faz a mediação entre o sistema político e os setores privados do mundo da vida”. Nesse sentido, suas estruturas informais são ainda incapazes de tomar decisões de caráter impositivo; no que nos concerne mais especificamente, são ainda incapazes de transformar as competências e responsabilidades formais existentes. Além disso, em seu papel mesmo de “mediação”, a esfera pública cumpre uma importante função de “filtragem” ou “seleção” dos problemas e argumentos que merecem ser levados em consideração pelo sistema político, sendo que, num tal processo marcado por um campo temático em princípio ilimitado, sobrevivem às discussões públicas apenas as contribuições que conseguem contar com o convencimento e a adesão de um número significativo de interessados. Com isso, Habermas pretende negar que a liberação do campo temático coloque por si só sob ameaça as liberdades individuais que protegem a integridade pessoal. Para o autor, a modificação dos direitos subjetivos responsáveis pela delimitação da privacidade é marcada por longos processos deliberativos havidos no âmbito da esfera pública informal, nos quais os próprios afetados com a configuração jurídica em vigor têm de convencer o público mais amplo de sua comunidade jurídica sobre a legitimidade de suas demandas, segundo os termos de uma “luta por reconhecimento”:

“Geralmente é preciso percorrer um longo caminho, envolver-se decididamente em encenações capazes de influenciar a opinião pública, antes que assuntos tidos inicialmente como “privados” possam adquirir o *status* de temas politicamente reconhecidos e antes que as carências das pessoas envolvidas possam articular-se suficientemente, tendo como pano de fundo diferentes interpretações e ‘visões acerca da vida boa’. Somente após uma ‘luta por reconhecimento’, desencadeada publicamente, os interesses questionados podem

ser tomados pelas instâncias políticas responsáveis, introduzidos nas agendas parlamentares, discutidos e, eventualmente, elaborados na forma de propostas e decisões impositivas.”²⁷⁹

Assim, nessas páginas finais do “Excurso sobre a neutralidade do procedimento”, o autor parece endossar o que seria, nas palavras de Benhabib, uma “concepção dessubstancializada da esfera privada”, defendendo uma delimitação entre público e privado que não posiciona seus limites em temas ou relações sociais fixas, mas sim no acesso modificado de esferas comunicativas distintas²⁸⁰. Com isso, Habermas mostra não apenas ter sido enfim corrigido pelas críticas feministas – assumindo o caráter político e permanentemente contestável das fronteiras da privacidade – como também ter procurado utilizá-las na reelaboração desta categoria. Cabe agora analisarmos o papel cumprido por essa categoria em seu modelo deliberativo de formação pública da vontade.

III. Esfera privada e a formação pública da vontade

Como já dito, em face do modelo de circulação do poder político elaborado por Bernhard Peters, importa para Habermas perguntar pelas condições de possibilidade para que a periferia consiga inverter o fluxo oficial do poder e exercer influência sobre o núcleo do sistema político; vale dizer, importa perguntar pelas estruturas sociais capazes de permitir uma formação política da vontade que parta da periferia em direção ao centro. Segundo o autor, essa pergunta nos leva a considerar o funcionamento de esferas públicas e privadas enraizadas no mundo da vida – e nessa nova perspectiva, orientada à análise das esferas sociais que constituem o palco para a gênese informal da vontade política, o funcionamento das esferas pública e privada seria marcado por uma relação

²⁷⁹ FG, p. 382 (DDem, v. II, p. 41).

²⁸⁰ Neste ponto, é também evitada a diferenciação anterior entre direito como “meio” e como “instituição”. Como veremos no próximo capítulo, suas críticas ao Estado social passam a ser direcionadas essencialmente ao caráter “paternalista” das regulações jurídico-estatais, e não à sua “intervenção” em esferas sociais delimitadas previamente.

complementar. A tese da “complementaridade”, pois, defende a relação necessária entre autonomia pública e privada não mais nos termos de sua pressuposição normativo-conceitual (tal como na apresentação anterior da “cooriginaridade”), mas assume que as esferas sociais de interação protegidas pelos direitos que representam essas duas formas de autonomia possibilitam-se reciprocamente; em outras palavras, que a constituição de cada uma dessas esferas sociais depende de contribuições provenientes da outra. Cabe aqui ser investigado o papel cumprido por cada uma delas na gênese informal da vontade política.

“Os núcleos privados do mundo da vida, caracterizados pela intimidade, isto é, protegidos da publicidade, estruturam encontros entre parentes, amigos, conhecidos, etc., entrelaçando histórias de vida nesse âmbito de interações simples. A esfera pública se relaciona de maneira complementar com essa esfera privada, da qual se compõe o público como suporte da esfera pública”²⁸¹

Habermas escreve no trecho citado que a esfera privada compõe o público (“Publikum”) que serve de suporte à esfera pública (“Öffentlichkeit”). E ao caracterizar esse público, Habermas assume uma distinção utilizada por Jürgen Gerhards e Friedhelm Neidhardt entre “arena” e “galeria”, vale dizer, entre “atores” da esfera pública e seu “público de espectadores”. O público de espectadores, isto é, o público como “galeria”, é formado pelos destinatários das contribuições lançadas na esfera pública. Em seus papéis de simples leitores, eleitores ou consumidores de bens culturais, o público de espectadores assume uma função “reativa” em relação aos temas, posições e argumentos levados ao debate público; vale dizer, ele se coloca na posição de avaliar os termos de uma esfera pública já constituída. Esse papel reativo, entretanto, não furta os destinatários das informações veiculadas na esfera pública de exercer influência sobre ela: usando as palavras de Gerhards e Neidhardt, Habermas escreve que “o sucesso dos atores da arena é decidido, em última instância, nas galerias”.²⁸² Com efeito, a esfera

²⁸¹ FG, p. 429 (DDem, v. II, p. 86). Essa relação de complementaridade entre público e privado é reafirmada em diversas outras passagens da obra, nas quais a esfera pública é caracterizada como uma “esfera de pessoas privadas reunidas em público” ou como um “complexo comunicacional composto de pessoas privadas recrutadas da sociedade civil”.

²⁸² FG, p. 453 (DDem, v. II, p. 108). Cf. GERHARDS, J., NEIDHARDT, F. *Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit*. Berlin: Wissenschaftszentrum, 1990.

pública comportaria uma disputa pela “prioridade” e “permanência” de determinados temas e opiniões, sendo que em tais processos constantes de reprodução da agenda, aqueles que assumem o papel circunstancial de ator têm de conquistar a atenção e o convencimento de uma parcela significativa do público de destinatários.²⁸³ Dessa forma, Gerhards e Neidhardt defendem que a “força” ou “influência” de temas e posições firmadas no debate democrático relaciona-se a sua capacidade de convencer o público de destinatários. As reações dos destinatários à pluralidade de estímulos que compõem a esfera pública, expressadas nas decisões sobre o que lêem e escutam, sobre os comícios e debates nos quais se fazem presentes ou sobre os programas políticos que endossam por meio de seus votos, constituiriam grandezas numéricas levadas em consideração pelos atores e instituições da arena, sendo capazes de exercer, em meio a outras variáveis, um “controle indireto” dos fluxos da agenda.²⁸⁴ Assim, em suas decisões em princípio passivas, o público de destinatários participaria também da decisão sobre o que entra e o que sai do debate público. Habermas endossa os termos gerais dessa tese ao escrever: “Os papéis de ator, que se multiplicam e se profissionalizam cada vez mais através da complexidade organizacional e do alcance da mídia, têm diferentes chances de influência. Porém, a influência política que os atores obtêm sobre a comunicação pública tem de se apoiar, em última instância, na ressonância, ou mais precisamente, no assentimento de um público de leigos que possui os mesmos direitos. O público dos sujeitos privados tem que ser *convencido* através de contribuições compreensíveis e interessantes sobre temas que eles sentem como relevantes. O público possui esta autoridade, uma vez que é constitutivo para a estrutura interna da esfera pública, na qual os atores podem aparecer.”²⁸⁵

Tanto para Gerhards e Neidhardt, quanto para Habermas, o funcionamento da esfera pública encontra-se estruturalmente vinculada ao *convencimento* do público que lhe serve de suporte. E, para todos eles, a reação da galeria apenas pode ser considerada uma grandeza representativa do convencimento dos destinatários caso estes estejam suficientemente protegidos em seus âmbitos de privacidade. Tais concordâncias de fundo, entretanto, escondem diferenças significativas entre os modelos explicativos

²⁸³ GERHARDS, J., NEIDHARDT, F., op. cit., pp. 49, 58, 76.

²⁸⁴ GERHARDS, J., NEIDHARDT, F., op. cit., pp. 62 e ss.

²⁸⁵ FG, p. 440 (DDem, v. II, p. 96).

apresentados por esses autores. No texto de Gerhards e Neidhardt aqui comentado, os processos comunicativos de convencimento relevantes à formação política da vontade se desenrolam exclusivamente no âmbito da esfera pública. E entre os três diferentes âmbitos da esfera pública apresentados, o chamado “sistema de interação simples” é aquele mais diretamente ligado aos diálogos da galeria. Eles constituem âmbitos de comunicação não mediados pelas “organizações públicas” (partidos políticos, movimentos sociais, associações civis, etc.) ou pelos “meios de comunicação de massa”. Trata-se de “encontros casuais, episódicos e de baixa capacidade organizacional” travados diretamente entre os destinatários da esfera pública. Embora tais âmbitos de comunicação sejam caracterizados como “semi-públicos” – já que suas contribuições são trocadas entre um número reduzido de participantes diretos, ainda que não possuam restrições formais ao público em geral – eles assumiriam a função de “base” para o funcionamento da esfera pública: em suas inúmeras ocorrências cotidianas, os destinatários têm a chance de reduzir as limitações de acesso individual aos temas e opiniões apresentados, ampliando significativamente o leque de informações e argumentos relevantes ao convencimento pessoal. Em esferas públicas complexas, nas quais os atores são selecionados segundo um alto grau de especialização temática, profissional e organizatória, os sistemas de interação simples representam âmbitos comunicativos nos quais os destinatários podem abandonar a reflexão solitária e se enredar em debates acerca dos temas que habitam a esfera pública política.

A privacidade não é apontada aqui entre os âmbitos da “infra-estrutura social” nos quais se desenrolam processos comunicativos relevantes à formação política da vontade, mas aparece no texto estritamente como um *limite* à esfera pública: “A esfera pública não é mantida de maneira inteiramente ilimitada. As limitações são erguidas em primeira medida com os âmbitos do privado. O direito define essa fronteira com a garantia de um grande número de proteções à personalidade e à residência (Scholler: 1968), ainda que os atores com frequência as violem com o fim de atrair a atenção.”²⁸⁶ Entretanto, ao estabelecer seus limites, a privacidade assumiria um papel fundamental na manutenção da autonomia funcional da esfera pública. Ela constituiria “garantias de incolumidade” das decisões individuais, sem as quais a esfera pública perderia seu

²⁸⁶ GERHARDS, J., NEIDHARDT, F., op. cit., p. 61.

sentido próprio, encontrado na promoção de uma “concorrência entre temas e posições”. Sem a proteção da escolha individual acerca das posições e programas defendidos politicamente, a esfera pública política assumiria a função de mero instrumento para a justificação das decisões tomadas por um sistema político estanque, das quais os cidadãos têm de ser “convencidos” sem lhes caber “opção de escolha”. Dessa maneira, a esfera privada protegeria a “reação” do público de destinatários não por meio da estruturação de condições comunicativas relevantes à formação política da vontade, mas por meio de garantias à incolumidade de suas decisões últimas, resguardando, contra a publicidade, as preferências individuais relativas ao material produzido publicamente: “As preferências de voto formam-se no âmbito da esfera pública. O ato do voto, em si mesmo, é um ato individual e não público.”

Entre as sensíveis diferenças encontradas face ao modelo explicativo de formação política da vontade elaborado por Gerhards e Neidhardt, cabe aqui ressaltarmos aquelas que se referem mais especificamente ao papel atribuído à esfera privada. Para Habermas, a esfera privada é vista ela mesma como um âmbito possível de comunicação. Tal como a esfera pública, ela também se mostra como uma esfera social que comporta processos comunicativos de entendimento. O que a modifica, como vimos, é seu acesso, resguardado por direitos subjetivos que garantem a “intimidade” num sentido que não se confunde com um total solipsismo, mas que protegem a decisão de quando e com quem se comunicar. Dessa forma, eles estruturam interações entre falantes que compartilham espontaneamente os mesmos núcleos privados do mundo da vida. Como já destacado anteriormente, “os núcleos privados do mundo da vida (...) estruturam encontros entre parentes, amigos, conhecidos, etc., entrelaçando histórias de vida nesse âmbito de interações simples”. Neste ponto, cabe ressaltar que nessa compreensão discursiva da privacidade, parte dos processos comunicativos denominados como “interações simples” – os quais, segundo Gerhards e Neidhart, acomodariam a “comunicação política” dos destinatários – passam a se dar não propriamente na esfera pública, mas no interior dos núcleos privados do mundo da vida. Com isso, Habermas não opera somente uma troca de rótulos, mas expande o papel cumprido pela esfera privada em sua compreensão dos processos comunicativos de formação política da vontade.

Segundo Habermas, a esfera privada exerce um papel fundamental de assegurar processos autônomos de formação do juízo e da consciência: “A proteção da privacidade através de direitos fundamentais serve à incolumidade dos domínios vitais privados, (...) caracterizando uma zona inviolável da formação do juízo e da consciência autônoma.”²⁸⁷ Por sua vez, os processos de formação do juízo e da consciência transcorridos em seu interior, os quais incluem a tomada de posição dos destinatários acerca do material produzido publicamente, não são tratados nos termos de uma reflexão solitária e egocêntrica; ao contrário, a proteção dos âmbitos privados do mundo da vida é vinculada justamente à manutenção dos processos de integração social mediados pelo entendimento comunicativo. Para o autor, a supervisão constante do aparato burocrático-estatal sobre o mundo da vida é capaz de desintegrar suas estruturas comunicativas e seus laços de solidariedade espontâneos, produzindo uma massa de cidadãos isolados e facilmente manipuláveis pelos imperativos do sistema político: “Quanto mais se prejudica a força socializadora do agir comunicativo, sufocando a fagulha da liberdade comunicativa nos domínios da vida privada, tanto mais fácil se torna formar uma massa de atores isolados e alienados entre si, fiscalizáveis e mobilizáveis plebiscitariamente.”²⁸⁸ Nesse sentido, os processos públicos de formação da vontade tanto mais poderão ser considerados autônomos – isto é, tanto mais “refletirão um processo de convencimento entre seus participantes ao invés de imposições de poder mais ou menos camufladas” – quanto mais estiverem fundadas numa esfera privada intacta, a qual “qualifica o público de pessoas privadas para seu papel de cidadãos”.

Segundo Habermas, entretanto, o papel da esfera privada vai muito além de proteger as estruturas comunicativas necessárias ao convencimento do público de destinatários em relação a esferas públicas *já constituídas*. Para o autor, a esfera privada se encontra situada na “periferia” dos processos comunicativos de formação da consciência e da vontade em seu ponto mais distante dos “centros da política”, o que atribui a ela uma posição germinal na percepção e identificação dos novos problemas sociais: “As estruturas comunicativas da esfera pública estão conectadas aos domínios da vida privada, de maneira a permitir que a periferia dos processos políticos, enraizada na

²⁸⁷ FG, p. 445 (DDem, v. II, p. 101).

²⁸⁸ FG, p. 446 (DDem, v. II, p. 102).

sociedade civil, possua uma maior sensibilidade para perceber e identificar os novos problemas antes que os centros da política.”²⁸⁹ Assim, muito além de assumir um papel meramente reativo, Habermas atribui à esfera privada uma função constitutiva dos fluxos comunicativos que atingem a esfera pública de maneira inovadora: “A esfera pública obtém seus impulsos da elaboração privada de problemas sociais que ressoam nas histórias de vida individuais.” Nesse mesmo sentido: “O complexo comunicacional de uma esfera pública, composta de pessoas privadas recrutadas da sociedade civil, depende das contribuições espontâneas de um mundo da vida cujos núcleos privados permanecem intactos.”²⁹⁰

Para Habermas, antes de serem tematizados pela esfera pública, os novos problemas sociais encontrariam suas primeiras repercussões nos sofrimentos gerados pelas experiências de insucesso verificadas nos projetos de vida individuais, entre as quais são ressaltadas as conseqüências externalizadas da auto-programação dos sistemas político e econômico. Ao estruturar formas de comunicação de acesso reservado, a esfera privada mostrar-se-ia como um dos principais palcos para um tipo de “linguagem existencial” segundo a qual tais experiências são narradas pelos próprios concernidos – seja por não ganharem imediatamente a atenção e o interesse do público mais amplo, seja por conterem em si mesmas o descontentamento e a crítica a normas e instituições sociais vigentes, os quais podem gerar conseqüências indesejadas aos falantes quando levadas a público de maneira particularizada. Em comunicações protegidas contra a publicidade, as pessoas podem escolher livremente seus interlocutores de maneira a superar inibições ou o medo de represálias, encontrando contextos favoráveis às primeiras elaborações de seus descontentamentos pessoais, à expressão de suas preferências e ao teste de opiniões e argumentos. Dessa forma, a esfera privada é apresentada um “contexto de descoberta”, vale dizer, como um âmbito comunicativo capaz de dar vazão às primeiras percepções dos novos problemas sociais segundo as contribuições díspares e variadas, veiculadas numa linguagem auto-biográfica e não especializada, de seus concernidos diretos. Dela depende a esfera pública em sua função de captar e tematizar os problemas da sociedade como um todo:

²⁸⁹ FG, pp. 460-461 (DDem, v. II, p. 115).

²⁹⁰ FG, p. 503 (DDem, v. II, p. 157).

“A esfera pública apenas pode cumprir livremente sua função de captar e tematizar os problemas da sociedade como um todo na medida em que se constitui a partir dos contextos comunicativos das pessoas potencialmente atingidas. O público que lhe serve de suporte é composto do conjunto das pessoas privadas. Em suas vozes díspares e variadas, ecoam as experiências provocadas nas histórias de vida pelos custos externalizados (e pelas moléstias internas) dos sistemas de ação funcionalmente especializados – provocadas também pelo próprio aparato estatal, de cuja regulação dependem os sistemas de função sociais complexos e insuficientemente coordenados. Sobrecargas desse tipo acumulam-se no mundo da vida. Este dispõe, entretanto, de antenas apropriadas, já que em seu horizonte se entrelaçam as histórias de vida privadas dos ‘clientes’ dos sistemas de prestação que eventualmente fracassam. (...) Fora a religião, a arte e a literatura, apenas as esferas da vida ‘privada’ dispõem de uma linguagem existencial segundo a qual é possível fazer um balanço das repercussões provocadas pelos problemas sociais nas histórias de vida particulares. Os problemas tematizados na esfera pública política transparecem *inicialmente* na pressão social exercida pelo sofrimento que se reflete no espelho de experiências pessoais de vida.”²⁹¹

Assim, as estruturas comunicativas da esfera privada complementam a esfera pública não apenas por protegerem o convencimento do público de cidadãos a respeito do material nela veiculado, mas também por resguardarem a livre produção desse mesmo material em suas fazes mais iniciais. Após fixar tais funções da esfera privada nos processos comunicativos de formação da consciência e da vontade, Habermas pretende demonstrar esse vínculo fazendo referência ao desenvolvimento de sociedades totalitárias, nas quais as estruturas comunicativas da esfera privada seriam intencionalmente destruídas por intervenções artificiais do poder político.

“A conexão íntima entre cidadania autônoma e esfera privada intacta mostra-se evidente à contraluz de sociedades totalitárias, tais como as que abrigavam o socialismo de Estado. Nelas, um Estado panóptico não apenas controla de forma direta uma esfera pública burocraticamente esterilizada, como também solapa suas bases privadas. Intervenções administrativas e supervisões constantes decompõem a estrutura comunicativa das interações cotidianas na família e na escola, na comuna e na vizinhança. A destruição de relações de vida solidárias e a paralisação das iniciativas e da independência em domínios marcados ao mesmo tempo pela super-regulação e pela insegurança jurídica implicam no aniquilamento de redes, associações e

²⁹¹ FG, p. 442-443 (DDem, v. II, p. 97).

grupos sociais, na doutrinação e dissolução de identidades sociais e no sufoco da comunicação pública espontânea.”

Nesta passagem, Habermas pretende demonstrar o papel exercido pela esfera privada na constituição de esferas públicas autônomas fazendo referência às conseqüências geradas com sua supressão. Em sua concepção foucaultiana, o “panóptico” denota um mecanismo de controle disciplinar total exercido por meio da *supervisão constante e inverificável*, vale dizer, por meio da “vigilância permanente, exaustiva, onipresente, capaz de tornar tudo visível, mas com a condição de ser ela mesma invisível”²⁹². Quando o controle disciplinar assume a possibilidade de tudo ver sem ser visto, ele passa a não precisar mais ser exercido de fato para ser efetivo²⁹³, já que “quem está submetido a seu campo de visibilidade, e sabe disso, introjeta por sua conta as constrictões do poder; fá-las funcionar espontaneamente sobre si mesmo; inscreve em si a relação de poder na qual ele desempenha simultaneamente os dois papéis; torna-se o princípio de sua própria sujeição.”²⁹⁴ A noção de Estado panóptico é trazida aqui para caracterizar uma condição de controle totalitário marcado pela destruição das bases privadas do mundo da vida. Segundo Habermas, o Estado totalitário seria instalado não apenas com o controle burocrático da esfera pública. Com a domesticação administrativa da esfera pública ainda podem restar formas de reação não públicas ao poder burocrático, focos de resistência que fazem uso da privacidade não apenas para veicular os ecos de insubordinação política, como também manter vivos laços de solidariedade, formas de vida e identidades culturais, os quais, em si mesmos, já representam limites à dominação total. O totalitarismo, pois, só seria alcançado quando os últimos germens de resistência à intromissão do poder burocrático e de condução independente das vidas individuais são

²⁹² FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir*. São Paulo: Editora Vozes, 2004, p. 176.

²⁹³ “Daí o efeito mais importante do Panóptico: induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua em sua ação; que a perfeição do poder tenda a tornar inútil a atualidade de seu exercício; que esse aparelho arquitetural seja uma máquina de criar e sustentar uma relação de poder independente daquele que o exerce; enfim, que os detentos se encontrem presos numa situação de poder de que eles mesmos são os portadores. Para isso, é ao mesmo tempo excessivo e muito pouco que o prisioneiro seja observado sem cessar por um vigia: muito pouco, pois o essencial é que ele se saiba vigiado; excessivo, porque ele não tem necessidade de sê-lo efetivamente. Por isso Bentham colocou o princípio de que o poder devia ser visível e inverificável. Visível: sem cessar o detento terá diante dos olhos a alta silhueta da torre central de onde é espionado. Inverificável: o detento nunca deve saber se está sendo observado; mas deve ter certeza de que sempre pode sê-lo.” FOUCAULT, op. cit., pp. 166-167.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 168.

solapados com o controle direto das bases privadas do mundo da vida. A eliminação de todas as barreiras da privacidade pelo poder burocrático, o qual passa a tudo poder controlar por meio de uma supervisão constante e irrestrita, atinge os laços de solidariedade e as estruturas comunicativas alojados no interior da esfera privada, “sufocando”, assim, “a comunicação pública espontânea”, sem a qual os fluxos comunicativos da sociedade civil passam a ser filtradas de antemão pelas constrições do poder introjetadas pelos cidadãos.

Habermas parece sustentar essa relação firmada entre poder totalitário e o controle da esfera privada nos estudos de Hannah Arendt e Elemer Hankiss citados por ele em nota. Em *Origens do Totalitarismo*, Arendt se esforça por distinguir o totalitarismo alemão e soviético da mera ditadura política. Segundo a autora, o totalitarismo iria muito além da manipulação e posterior aniquilação da esfera pública política por meio do controle da imprensa, da instauração do regime unipartidário e da propaganda ideológica; sua instalação, pois, teria exigido o uso de estratégias de dominação que, embora incluam o “apossamento das instituições político-democráticas”, não se limitariam a isso. Nesse sentido, a autora combate as interpretações que atribuem a manutenção do regime totalitário a uma propaganda política que “alcançava misteriosamente o convencimento de populações inteiras”, procurando assim evitar a “excessiva ênfase” dada pela historiografia tanto às capacidades persuasivas de seus líderes, quanto ao sucesso de estratégias político-publicitárias irresistíveis. Combate também as leituras que atribuem o sucesso da subordinação política total à existência prévia de uma “massa” populacional fácil de ser convencida. Para Arendt, a “massa” – entendida como um conjunto de seres humanos alienados, psicologicamente debilitados e, fundamentalmente, atomizados, isto é, isolados entre si – é considerada de fato condição central à instauração do totalitarismo: “Não se pode esperar a lealdade completa exigida pelo totalitarismo a não ser de uma massa de seres humanos completamente isolados, os quais, desprovidos de outros laços sociais – de família, de amizade, camaradagem – só adquirem o sentido de terem lugar neste mundo quando participam de um movimento, quando pertencem ao partido.”²⁹⁵ Segundo a autora, entretanto, essa condição de possibilidade não pode ser considerada preexistente ao desenvolvimento do Estado totalitário. Embora Hitler,

²⁹⁵ ARENDT, H. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 373.

diferentemente de Stálin, tenha tomado poder por meio de uma maioria democrática, a completa adesão futura ao regime totalitário não poderia ser explicada nos termos de uma sociedade de massa preexistente, nem na Alemanha e muito menos na União Soviética. Para Arendt, pois, a “massificação total da sociedade”, condição mesma para o estabelecimento e a manutenção do totalitarismo, teria sido artificialmente produzida pelos próprios partidos totalitários após sua ascensão ao poder.

O que parece interessar mais especificamente Habermas nesta menção à Hanna Arendt é que os estudos da autora sobre as origens do totalitarismo alemão e soviético tendem a corroborar sua tese sobre o papel germinal cumprido pela esfera privada nos processos de formação da consciência e da vontade. Segundo a autora, a lealdade total exigida pelo totalitarismo teria de atingir “os pensamentos secretos”, a “consciência de seus subjugados”. Grande parte dos estudos da autora são destinados a mostrar que a subordinação de populações inteiras e sua transformação em “massa social” teriam exigido o ataque de “todos os laços não políticos, tais como os laços de família e de interesses culturais comuns”.²⁹⁶ Nesse sentido, o primeiro estágio de implantação do totalitarismo após a vitória de seus partidos teria sido iniciada com a instalação de uma forma de controle que combatia diretamente a “ameaça secreta” representada pelos contatos privados: a polícia secreta.²⁹⁷ Por meio da “espionagem nos lugares mais íntimos” e da “obrigatoriedade da delação dos companheiros”, a polícia secreta agiria mesmo quando não colocada em exercício: ela exigiria da população que fosse posta em

²⁹⁶ “Desde os tempos antigos, a igualdade de condições constitui um dos principais alvos dos despotismos e das tiranias, mas isso não basta para o governo totalitário, porque deixa ainda intactos certos laços não-políticos entre os subjugados, tais como os laços de família e de interesses culturais comuns. O totalitarismo que se preza deve chegar ao ponto em que tem de acabar com a existência autônoma de qualquer atividade que seja, mesmo que se trate de xadrez.” Ibidem, p. 372.

²⁹⁷ “O primeiro estágio, de desencavar os inimigos secretos e caçar os antigos oponentes, geralmente coincide com a arregimentação de toda a população em organizações de vanguarda e a reeducação dos antigos membros do partido para serviços voluntários de espionagem, de sorte que os antigos escalões especialmente treinados da polícia não precisam preocupar-se com as duvidosas simpatias dos simpatizantes arregimentados. É durante esse estágio que um vizinho gradualmente se torna mais perigoso para os que nutrem ‘pensamentos duvidosos’ que os agentes policiais oficialmente nomeados. O fim do primeiro estágio advém com a liquidação da resistência aberta e, fundamentalmente, da secreta; isso ocorreu por volta de 1935 na Alemanha e em aproximadamente 1930 na União Soviética. Só depois do completo extermínio dos reais inimigos e após o início da caça aos ‘inimigos objetivos’ é que o terror se torna o verdadeiro conteúdo dos regimes totalitários. A pretexto de instalar o socialismo num país, ou de usar certo território como campo de prova para uma experiência revolucionária, ou de realizar o *Volksgemeinschaft*, a segunda pretensão do totalitarismo – a do domínio total – é posta em prática.” Ibidem, p. 472.

um estado de cautela constante e que “evitasse, se possível, todos os contatos íntimos – não apenas para evitar que os outros descubram seus pensamentos secretos, mas para eliminar, em caso quase certo de problemas futuros, a presença daqueles que sejam obrigados, pelo perigo da própria vida, à necessidade de arruinar a de outrem.”²⁹⁸ O ataque à privacidade nas fases iniciais de implantação do sistema, entretanto, não teria sido cumprido apenas com uso da polícia secreta; suas ações – as quais em si mesmas já representavam a transgressão de proteções legais à residência, à correspondência e aos dados pessoais – viriam acompanhadas da “destruição de todos os direitos civis da população”, tais como as liberdades de pensamento, de fruição artística, de opção sexual e de credo religioso.²⁹⁹ Com a completa invalidação dos direitos civis, o Estado totalitário teria produzido uma “massa de marionetes” facilmente manipulável pelo poder político, fazendo com que todas as decisões individuais se tornassem questionáveis e equívocas: “Ante a alternativa de trair e assim matar os seus amigos, de mandar para a morte a esposa e os filhos, quando até mesmo o suicídio significaria a matança imediata de sua família – como pode um homem decidir?”³⁰⁰ Ao final do primeiro estágio, quando a insegurança e a cautela já teriam minado toda a espontaneidade das relações cotidianas, o totalitarismo teria enfim constituído as bases para sua dominação, eliminando não apenas seus opositores existentes, mas acabando também com qualquer “possibilidade de transformação futura.”³⁰¹ E isso porque a “espontaneidade” – considerada pela autora condição necessária à “capacidade do ser humano de criar algo novo” – é suprimida justamente quando se é por todos os lados constrangido, quando se sente indefinidamente vigiado.

Em seus estudos sobre a instalação do Estado socialista húngaro, condensados no artigo “The Loss of Responsibility”, Elemer Hankiss afirma o mesmo nexo entre a

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 373.

²⁹⁹ “O fim do sistema arbitrário é destruir os direitos civis de toda a população, que se vê, afinal, tão fora da lei em seu próprio país como os apátridas e os refugiados. A destruição dos direitos de um homem, a morte de sua pessoa jurídica, é a condição primeira para que seja inteiramente dominado. E isso não se aplica apenas àquelas categorias especiais, como os criminosos, os oponentes políticos, os judeus, os homossexuais (com os quais se fizeram as primeiras experiências), mas a qualquer habitante do Estado totalitário.” *Ibidem*, p. 502.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 503.

³⁰¹ “O terror extraordinariamente sangrento durante a fase inicial do governo totalitário atende realmente ao fim exclusivo de derrotar o oponente e de impossibilitar qualquer reação futura; mas o terror total só é lançado depois de ultrapassada essa fase inicial, quando o regime já nada tem a recear da oposição.” *Ibidem*, p. 490.

diluição dos âmbitos privados da vida social e a instalação de uma sociedade plenamente controlada. Hankiss procura explicar a constituição do controle total na sociedade húngara por meio da categoria de “responsabilidade”, com a qual entende “o interesse e comprometimento com o destino, com o futuro da nação.” Sem ela, os cidadãos não são apenas afastados das tarefas decisórias que envolvem o destino da sociedade em que vivem, mas as entregam voluntariamente a qualquer grupo ou partido que as reivindicem com afínco, sem qualquer expectativa de um dia poder ou desejar recobrá-las; perdem toda a “motivação” e “habilidade” necessárias para manter vivos os impulsos de autodeterminação e para impor formas de resistência capazes de virar o jogo de seu estado de subserviência. Para Hankiss, a monopolização da esfera pública pelo regime Kadar teria cumprido o papel de confinar os saberes e valores alternativos ao “subsolo” da sociedade húngara.³⁰² Não teria com isso, entretanto, eliminado os redutos de responsabilidade que habitavam o próprio subsolo. A destruição da responsabilidade que a sociedade húngara mantinha sobre si mesma teria sido plenamente alcançada apenas com a diluição de suas bases privadas, cumprida com o ataque a seus “direitos e a suas instituições protetivas”.³⁰³ Hankiss apresenta a destruição das “relações familiares e de amizade”, dos “clubes e associações privadas”, das “crenças religiosas” e das “identidades culturais” como medidas que aniquilaram todos os laços entre indivíduo e sociedade não mediados pelo poder burocratizado; todas as instâncias produtoras de valores e conhecimentos que não integravam a “doutrina do partido”; todas as formas de “viver neste mundo que não estivessem absolutamente integradas ao sistema”. O regime húngaro teria tolerado apenas os valores macro-sociais e políticos que se moldavam à ideologia conservadora do partido único, aniquilando todas as instâncias que pudessem “gerar novos valores indispensáveis à vida cotidiana; à vida familiar; aos relacionamentos pessoais; valores relativos a questões da vida e da morte; à esfera metafísica.”³⁰⁴ Para o autor, pois, a diluição das bases privadas da sociedade húngara teria provocado a destruição dos últimos resquícios de responsabilidade dos indivíduos como cidadãos, gerando desinteresse, conformismo e apatia em relação ao futuro da

³⁰² HANKISS, E. “The Loss of Responsibility”, in MCLEAN, I., MONTEFIORE, A., WINCH, P. (orgs.). *The Political Responsibility of Intellectuals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 43.

³⁰³ *Ibidem*, p. 40.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 42.

própria sociedade em que viviam: “Esse estado de desintegração e atomização reduziu radicalmente a motivação e habilidade das pessoas para comportarem-se como cidadãos responsáveis. Suas comunidades, i.e., suas esferas de responsabilidade, foram destruídas; eles foram deixados sozinhos, como unidades sem face em meio a uma multidão; eles foram proibidos de gerar novas comunidades; não foram permitidos a sentirem-se responsáveis por suas vilas, suas cidades, seu país. Eles não tinham nenhuma escapatória ao poder burocrático dentro dos muros de suas casas e dentro dos limites de suas famílias, os quais representam os últimos redutos de responsabilidade em uma sociedade irresponsável.”³⁰⁵

Habermas, entretanto, não pretende mostrar a plausibilidade de sua tese fazendo uso apenas de estratégias comprobatórias negativas. Citando *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, o autor recorre às primeiras formas de organização da esfera pública burguesa para indicar as origens de seu nexos histórico com os fluxos comunicativos oriundos da esfera privada:

“A esfera pública obtém seus impulsos da elaboração privada de problemas sociais que ressoam nas histórias de vida individuais. Devido a essa conexão íntima, é sintomático que nas sociedades europeias dos séculos XVII e XVIII tenha se formado uma moderna esfera pública burguesa como ‘esfera de pessoas privadas reunidas em público’. Do ponto de vista histórico, a conexão entre esfera pública e esfera privada manifesta-se inicialmente nas formas de reunião e organização de um público de leitores cristalizados em torno de jornais e periódicos.”³⁰⁶

Em sua obra de 1962, Habermas descrevia os primórdios da esfera pública burguesa como uma “esfera de pessoas privadas reunidas em público”, vale dizer, como um público de pequenos proprietários destinado a debater seus interesses no mercado de trocas capitalistas e as experiências de interioridade provenientes do modelo de socialização da pequena família burguesa. Em ambos os casos, pois, tratava-se de “um processo de autocompreensão das pessoas privadas em relação às genuínas experiências de sua nova privacidade”.³⁰⁷ E mesmo após ter assumido funções mais propriamente políticas, estas preservavam sua relação íntima com a valorização e a defesa de uma

³⁰⁵ Ibidem, p. 33.

³⁰⁶ FG, pp. 442-443 (DDem, v. II, p. 98).

³⁰⁷ HABERMAS, J. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 44.

esfera privada intacta: “A tarefa política da esfera pública burguesa é a regulamentação da sociedade civil (em oposição à *res publica*); tendo já a experiência de uma esfera privada íntima, ela enfrenta a autoridade da monarquia estabelecida. Nesse sentido ela tem, desde o começo, caráter privado e polêmico”.³⁰⁸ Entretanto, ainda que a esfera pública burguesa fosse alimentada essencialmente de impulsos provenientes da esfera privada, sua estrutura de funcionamento tinha a pretensão de distinguir-se dela rigidamente. Com efeito, a esfera pública burguesa constituir-se-ia ao redor de algumas das principais formas de publicação da era moderna (como romances, jornais e periódicos) e, muito embora pudesse ser verificada a coincidência entre leitores e proprietários, os cafés, bares e clubes de leitura que a abrigavam sustentavam a pretensão de estarem por princípio abertos a “todos os leitores interessados”. Além disso, a esfera privada não era vista ela mesma como um espaço para a “discussão racional” propriamente dita. Em seu interior eram aceitáveis os “excessos da alma” e as “estruturas hierárquicas” que atribuíam ao proprietário e ao pai de família uma autoridade inconfundível em seus núcleos de trabalho e socialização. A esfera pública, ao contrário, sustentava a pretensão de se organizar como um ambiente para a “livre discussão”, baseado nos princípios da igualdade de status entre os participantes e da autoridade racional do melhor argumento: “É exigida uma espécie de sociabilidade que pressupõe algo como a igualdade de status, mas que inclusive deixa de ser levada em consideração. Contra o cerimonial das hierarquias impõe-se tendencialmente o compasso da igualdade. A paridade, em cuja base afirma-se a autoridade única do argumento contra a hierarquia social e que pode, ao final, impor-se mesmo ante ela, significa segundo a autocompreensão da época a igualdade do ‘simplesmente humano’. *Les hommes, private gentlemen, Privatleute* constituem o público não só no sentido de que o poder e a autoridade dos âmbitos públicos de discussão devem se impor sem o uso da força; também as relações de dependência social não deveriam ser em princípio vigentes; as leis do mercado estão aí suspensas, tanto quanto as do Estado. Não que com os cafés, os salões e as associações essa idéia de público tenha sido efetivamente concretizada; com eles, entretanto, a idéia de público é institucionalizada enquanto idéia, sendo assumida,

³⁰⁸ Ibidem, p. 69.

pois, como uma reivindicação objetiva que, embora não tenha se tornado realidade, tornou-se, no entanto, efetiva.”³⁰⁹

Nessa referência a sua obra de 1962, entretanto, o autor encobre as análises feitas ali sobre as transformações desse arranjo originário entre esfera pública e privada. Nos capítulos finais de *Mudança Estrutural*, Habermas apresenta o diagnóstico de “privatização da esfera pública” no âmbito do capitalismo tardio, com o qual descrevia a “migração” de grande parte dos processos comunicativos relevantes à formação política da vontade para o interior dos ambientes privados. Para o autor, a esfera pública burguesa encontrava-se estruturalmente conectada ao capitalismo de mercado; com efeito, ela marcava, principalmente em sua função política de controlar o exercício do poder estatal, uma separação rígida entre Estado e sociedade. Já com o desenvolvimento do capitalismo industrial – portanto, antes mesmo da ascensão do Welfare State – essa separação deixa de existir de maneira inequívoca. Com a intervenção do Estado na economia capitalista e sua aceitação por parcelas majoritárias das populações européias e norte-americana, a esfera pública perde sua função de impedir o controle político da esfera privada, assumida ela mesma como o âmbito “apolítico” da sociedade. Paralelamente a isso, a esfera pública perde também suas raízes na “autocompreensão da sociedade civil”, anteriormente necessária para impor sua independência em face do político. Quando não limitada a uma função exclusivamente “publicitária”, marcada pela propaganda política ou de mercadorias, a esfera pública passaria a assumir um caráter meramente “plebiscitário”, expondo os programas governamentais – no melhor dos casos, também dos partidos opositores – para a posterior adesão dos cidadãos segundo suas carências mais imediatas e individuais.

Para Habermas, quando a esfera pública perde suas funções originárias no âmbito do capitalismo tardio, a “reflexão social em conjunto” migraria para os “ambientes íntimos” da esfera privada; a esfera privada, pois, “assume tendencialmente os espaços antes ocupados pela esfera pública literária.”³¹⁰ Com isso, a comunicação a respeito dos temas lançados na esfera pública passa a habitar os espaços privados como uma nova exigência de sua fruição, deixando de serem considerados “um local para a reflexão

³⁰⁹ Ibidem, p. 52.

³¹⁰ Ibidem, p. 189.

solitária e egocêntrica.”³¹¹ Isso viria também acompanhado de uma expansão dos locais considerados privativos: clubes, casa de amigos, organizações de vizinhos. Não importaria mais o grau de parentesco ou o tipo de relação firmada. Bastaria que os locais de discussão, seletivos em relação ao público mais amplo, pudessem proporcionar uma atmosfera de segurança e solidariedade entre *insiders*. Como já dito, Habermas não procura em *Mudança Estrutural* reconstruir propriamente a categoria de “esfera privada” em face de suas transformações históricas. A análise das transformações sofridas pelas esferas pública e privada tinham por objetivo principal mostrar a “desdiferenciação” dessas duas estruturas sociais: “Na mesma proporção em que a vida privada se torna pública, a esfera pública passa a assumir ela mesma formas de intimidade – na ‘vizinhança’ ressurge em nova indumentária a grande família pré-burguesa. Aqui, por sua vez, os momentos da esfera privada e da esfera pública perdem as suas características diferenciais”.³¹² Para nós, é importante sobretudo ressaltar que Habermas avalia ali de maneira absolutamente pessimista a conjuntura geral dessa tendência de interpenetração da esfera pública com o setor privado. Com efeito, as comunicações levadas a cabo no interior da esfera privada são apontadas como homogeneizantes, travadas entre indivíduos que ou já possuem opiniões bastante próximas, ou que exercem pouca resistência em aproximá-las. Nesse sentido, a pluralização da discussão pública em um sem número de grupos privados destruiria a figura de um público que pensa conjuntamente e de maneira ininterrupta, sendo vinculada, pois, a um processo de refeudalização da sociedade. “As disputas eleitorais já não transcorrem mais prioritariamente no âmbito da esfera pública, a qual podia estruturá-las como um embate ininterrupto das opiniões. (...) Na maioria das vezes, as discussões políticas se restringem a *ingroups*, como os da família, do círculo de amigos e da vizinhança, os quais tendem a gerar um clima homogêneo de opinião. O fato já bem documentado de que aqueles que se encontram aí relativamente melhor informados e entram em discussões com maior frequência tendem, de qualquer modo, a influenciar apenas os vacilantes e menos participativos, mostra quão pouco eles podem contribuir para um processo de formação da opinião pública.”

³¹¹ Ibidem, p. 188.

³¹² Ibidem, p. 187.

Dessa maneira, ao deixar de mencionar essas análises contidas nos capítulos finais de *Mudança Estrutural*, Habermas encobre uma mudança radical em sua avaliação sobre o papel assumido pela esfera privada nos processos de formação política da vontade. Com efeito, a expansão da esfera privada é vista ali como um processo de encolhimento da esfera pública, segundo o qual suas estruturas comunicativas – que carregariam outrora as expectativas universalistas de livre acesso e livre embate de opiniões – seriam “substituídas” por estruturas particularistas, homogeneizantes e de acesso restrito. Importante apontar que essa avaliação da esfera privada faz parte de um diagnóstico mais amplo da política nas democracias de massa européias (em especial, na primeira década do pós-guerra), a qual seria caracterizada por um profundo centralismo burocrático-estatal, pela ocupação publicitária e plebiscitária da mídia e pela desarticulação das lutas políticas sub-institucionais. Nesse contexto histórico específico, faz sentido para o autor afirmar que a inflação da esfera privada coincide com a redução e a perda de vitalidade da esfera pública. Em *Direito e Democracia*, acompanhamos uma mudança radical da compreensão e das expectativas direcionadas à esfera privada: como vimos, ela é considerada um âmbito social de fundamental importância tanto para a formação da consciência e do juízo individual acerca do material veiculado publicamente, quanto para a percepção dos novos problemas sociais capazes de atingir a esfera pública de maneira inovadora. Nesse sentido, o papel atribuído a uma “nova privacidade que possui funções políticas” não seria mais o de substituir a esfera pública, mas o de complementá-la com fluxos comunicativos necessários à formação da agenda pública de discussões. E neste ponto parece estar o elemento fundamental: ao rever sua compreensão do público e do privado nos termos de uma relação de “complementaridade”, resta claro que a esfera privada não habita sozinha a política sub-institucional. Para que os fluxos comunicativos oriundos da privacidade assumam uma função renovadora nos processos sociais de formação política da vontade – e não alimentem simplesmente práticas de clientelismo e de encapsulamento da comunicação pública – eles não podem permanecer confinados dentro dos próprios ambientes privados de discussão. A esfera privada, pois, nem substitui a esfera pública, nem consegue promover sozinha sua emergência.³¹³ Para compor o quadro social da política deliberativa, a esfera privada tem que contar com a

³¹³ FG, p. 446 (DDem, v. II, p. 102).

mobilização de uma esfera pública “capaz de fazer a mediação entre o sistema político e os setores privados do mundo da vida”. Essa condição, por sua vez, não é meramente presumida pelo filósofo, nem fruto de meros “postulados normativos”; segundo Habermas, ela encontra-se fundada em “referências empíricas”³¹⁴. O que parece, pois, decisivo nessa mudança de avaliação sobre o papel da esfera privada é a incorporação de um novo diagnóstico da política contemporânea, o qual aponta para uma situação de “revitalização” da esfera pública e para sua capacidade de trabalhar os fluxos comunicativos que emergem da privacidade.

Já no prefácio à edição de 1990 de *Mudança Estrutural*, Habermas assume o “pessimismo excessivo” que o impedia enxergar o “poder de resistência e os potenciais críticos de um público de massa pluralista, internamente muito diferenciado e que em seus usos culturais escapavam das estruturas de classe”, o qual possuiria suas condições de emergência em um “novo tipo de intimidade” que “dilui as distinções tradicionais entre cultura e política”. Em *Direito e Democracia*, 30 anos após a publicação de *Mudança Estrutural*, Habermas assume que o diagnóstico que apontava a desconexão da esfera pública com as bases privadas do mundo da vida e sua completa integração aos imperativos do poder estatal e econômico não se verifica diante dos “grandes temas surgidos nas últimas décadas”, tais como as questões feministas, ambientais, distributivas, pacifistas e ético-culturais. Citando uma pesquisa de Joachin Hachke, Habermas afirma:

“As estruturas comunicativas da esfera pública estão conectadas aos domínios da vida privada, de maneira a permitir que a periferia dos processos políticos, enraizada na sociedade civil, possua uma maior sensibilidade para perceber e identificar os novos problemas antes que os centros da política. Pode-se comprovar isso através dos grandes temas surgidos nas últimas décadas. (...) Não é o aparelho do Estado nem as grandes organizações ou sistemas funcionais da sociedade que tomam a iniciativa de levantar esses problemas. Quem os lança são pessoas envolvidas, intelectuais, profissionais radicais, advogados autoproclamados, etc. Partindo dessa periferia, os temas dão entrada em revistas e associações interessadas, clubes, academias, grupos profissionais, universidades, etc., onde encontram tribunas, iniciativas de cidadãos e outros tipos de plataformas; em vários casos transformam-se em núcleos de cristalização de movimentos sociais e novas subculturas. E estes, por seu turno, têm condição de encenar e de dramatizar as contribuições, fazendo com que os meios de

³¹⁴ FG, p. 450 (DDem, v. II, p. 106).

comunicação de massa se interessem pela questão. Pois, para atingir o grande público e a ‘agenda pública’, tais temas têm que passar pela abordagem controversa da mídia. Na maior parte das vezes é necessário o apoio de ações espetaculares, de protestos em massa e de longas campanhas para que os temas consigam ser escolhidos e tratados formalmente, atingindo o núcleo do sistema político e superando os programas cautelosos dos velhos partidos.”³¹⁵

Para Habermas, a transformação da agenda política nas últimas décadas revela não apenas que a esfera pública encontra-se muito ligada aos domínios da vida privada, mas que os fluxos comunicativos que emergem da privacidade encontram nela a possibilidade de serem contrapostos à inércia sistêmica da política institucional. Na descrição desse percurso, que representa a “passagem dos impulsos políticos periféricos ao centro do poder”, fica claro que os fluxos comunicativos que emergem da privacidade tem de ser complementados pela esfera pública: como já caracterizado anteriormente, a percepção dos novos problemas é cumprida na esfera privada de uma forma não intencional, pouco elaborada e predominantemente personalista – sem que possamos considerá-los propriamente como temas de controvérsias públicas abrangentes. Podemos ainda acrescentar que a comunicação privada mostra-se mais sujeita à veiculação aberta de preconceitos, hostilidades e ingenuidades.³¹⁶ Com a iniciativa de atores que lançam tais fluxos comunicativos em fóruns públicos, eles podem ser devidamente filtrados, condensados na forma de grandes temas e posições firmadas a seu respeito, dramatizados como forma de chamar a atenção para, ao final, terem a chance de influenciar o sistema político e transformar a agenda política oficial. E como consequência desse percurso, considerado como uma “escalada dos protestos sub-institucionais das pessoas privadas que intensificam suas demandas”, os impulsos políticos periféricos podem retornar à sociedade civil como transformações reflexivas dos direitos que estruturam as esferas privada e pública. Citando Jean Cohen e Andrew Arato, Habermas escreve: “No modo de reprodução auto-referencial da esfera pública e na dupla face da política – dirigida ao sistema político e à auto-estabilização da esfera pública e da sociedade civil – está

³¹⁵ FG, pp. 460-461 (DDem, v. II, p. 115).

³¹⁶ Cf. MAIA, R. C. M. “Política deliberativa e tipologia de esfera pública”, in BIB - Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais, n 63, 1º semestre, 2007, p. 99.

embutido um espaço para o alargamento dinâmico e a radicalização de direitos existentes.”³¹⁷

Essa compreensão da política sub-institucional, segundo a qual as esferas pública e privada da sociedade civil se complementam no alargamento e radicalização dos direitos existentes, apenas se completa quando a própria esfera pública é considerada capaz de fazer a mediação entre o sistema político e os setores privados da sociedade civil. Habermas incorpora explicitamente a tese de Cohen e Arato sobre os “potenciais transformadores” da esfera pública contemporânea mobilizados com a emergência de uma “política dual”, a qual opera tanto estratégias *defensivas* voltadas à auto-compreensão e auto-estabilização da sociedade civil, quanto estratégias *ofensivas* que buscam “influenciar” o sistema político a incorporar demandas socialmente geradas. Em *Sociedade Civil e Teoria Política*, a emergência de uma tal política dual é atrelada à reabilitação das lutas políticas sub-institucionais levada a cabo pelos “novos movimentos sociais”. Para Cohen e Arato, os novos movimentos sociais surgidos nas décadas de 60, 70 e 80 fazem uso da esfera pública como palco de uma política não partidária que busca intervir no funcionamento do sistema político sem perder seu ancoramento na sociedade civil. Combatendo o que chamam de “leituras culturalistas dos atores coletivos contemporâneos”, os autores pretendem mostrar que tais movimentos caracterizam-se não apenas por um comprometimento constante com a reflexão identitária, mas pela vinculação dos “problemas de identidade” que ressoam de maneira similar nas biografias de seus membros aos “contextos institucionais” que lhes dão surgimento. Nesse sentido, o tipo de ação coletiva levada a cabo por tais movimentos não poderia ser apreendida nos termos de um mero discurso expressivo destinado a justificar formas de vida particulares, mas inclui a explicitação e reflexão sobre as próprias condições formais para que tais formas de vida possam se desenvolver plenamente, o que, dessa forma, inclui a reestruturação dos espaços de ação públicos, privados e políticos.

“Podemos argumentar que o traço sobressalente dos novos movimentos sociais não é seu engajamento num tipo de ação expressiva ou a afirmação de suas identidades, mas o envolvimento de atores que se tornaram conscientes de sua capacidade de criar identidades e das relações de poder implicadas em sua

³¹⁷ FG, p. 448 (DDem, pp. 103-104).

construção social. Os atores contemporâneos estão interessados não apenas em afirmar o conteúdo de uma identidade específica, mas também nos elementos formais compreendidos na formação da identidade. Eles articularam o princípio formal de iguais oportunidades para todos participarem dos processos de grupo nos quais as identidades são formadas, tornando-se auto-reflexivos em relação aos processos sociais de constituição da identidade. Essa auto-reflexão ampliada também se aplica às normas sociais existentes e às estruturas de dominação envolvidas em sua manutenção. Em outras palavras, os atores coletivos contemporâneos enxergam que a criação de identidades envolve conflito social no que se refere à reinterpretação de normas, à criação de novos significados e à disputa pelas construções sociais que estabelecem os limites entre os domínios de ação públicos, privados e políticos.”³¹⁸

Para Cohen e Arato, a ambivalência de seus traços constitutivos se reflete na política empreendida por tais movimentos. Assumindo estratégias defensivas, tais movimentos voltam-se “à conservação e ao desenvolvimento da infraestrutura comunicativa do mundo da vida” por meio, por exemplo, da redefinição de identidades, da afirmação e valorização de sub-culturas ameaçadas e da criação de contra-públicos e foros alternativos. Ao passo que ofensivamente, tais movimentos têm como alvo a “transformação das estruturas institucionais que delineiam os espaços de ação públicos, privados e políticos” por meio de uma “pressão” exercida sobre parlamentos, tribunais e órgão administrativos responsáveis pela implementação de políticas públicas. O cerne de suas estratégias ofensivas, pois, é alojado numa “política de influência dirigida àqueles que se encontram dentro do sistema político (e talvez econômico) e a projetos (auto-limitadores) de reforma institucional”. Ao insistirem no caráter auto-limitado de uma tal “política de influência”, Cohen e Arato pretendem deixar claro que, em seu diagnóstico da política contemporânea, escapa do horizonte dos novos movimentos sociais as antigas aspirações por um “revolução total”, capaz de suprimir a diferença mesma entre Estado e sociedade. Com efeito, eles não se destinariam a “tomar” o Estado na plenitude de suas funções administrativas, nem a integrar o sistema político na forma de partidos que concorrem estrategicamente por votos. Ainda que parcelas significativas de movimentos sociais possam dar ensejo à criação de novos partidos políticos (como o movimento verde na Alemanha) ou que personalidades ligadas aos movimentos possam integrar o

³¹⁸ COHEN, J., ARATO, A. *Sociedad Civil y Teoría Política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 574.

quadro de partidos existentes (como é o caso de muitos nomes do movimento feminista), a manutenção dos atores coletivos enquanto “movimentos enraizados na sociedade civil” exigiria deles a renúncia a uma completa integração à lógica político-partidária, permanecendo suficientemente arraigados na sociedade civil de maneira a garantir sua independência em face do Estado e a exercer a crítica aos quadros oficiais do sistema político, incluindo as pretensas ações “representativas” de seus antigos membros recrutados.

Importante apontar que, nesta mesma obra, Cohen e Arato criticavam Habermas por seu profundo ceticismo em relação aos “potenciais transformadores” das esferas públicas existentes quando mobilizadas por movimentos munidos de estratégias políticas duais. Para os autores, pois, os novos movimentos sociais seriam responsáveis pela “revitalização” da esfera pública no âmbito do capitalismo tardio; eles teriam “devolvido a esfera pública ao seu lugar característico, a saber, a sociedade civil”. Habermas assume esse diagnóstico de revitalização da esfera pública, ligado a sua capacidade de incorporar os fluxos comunicativos oriundos da esfera privada e de trabalhá-los como impulsos renovadores de auto-conhecimento e transformação da sociedade civil - diagnóstico compartilhado não apenas por Seyla Benhabib, como vimos acima, mas por boa parte dos trabalhos dedicados ao estudo dos movimentos sociais entre meados dos anos 1980 e início dos 90.³¹⁹ Entretanto, se Habermas parece assumir esse diagnóstico de época no que se refere às capacidades e funções da esfera pública na política deliberativa contemporânea, o papel atribuído aos próprios movimentos sociais não parece ser o mesmo. Com efeito, na obra de Cohen e Arato, toda a atualização teórica da categoria de sociedade civil é realizada em atenção à emergência dos novos movimentos sociais. Tais autores atribuem tamanha centralidade aos movimentos sociais a ponto de serem apresentados como os únicos atores capazes de movimentar a esfera pública em seu sentido mais genuíno; vale dizer, a ponto de apresentá-los sozinhos como os sujeitos responsáveis pela realização dos potenciais de modernização contidos na sociedade civil: “Nossa tese é a de que os movimentos sociais constituem o elemento dinâmico em

³¹⁹ RASCHKE, J. *Soziale Bewegungen. Ein historisch-systematischer Grundriss*. Frankfurt am Main: Campus, 1985; KEANE, J. *Democracy and Civil Society*. London: Verso, 1988; ROLKE, L. *Protestbewegungen in der Bundesrepublik: eine analytische Sozialgeschichte des politischen Widerspruchs*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987.

processos que podem realizar os potenciais positivos das modernas sociedades civis.”³²⁰ Em *Direito e Democracia*, Habermas não assume essa mesma centralidade das expectativas dirigidas aos movimentos sociais. As expectativas normativas direcionadas à esfera pública são vinculadas ao caráter universalista de um complexo comunicativo inclusivo e plural, aberto em princípio à participação de todos os interessados, o que impede por si só a fixação teórica de uma forma específica de organização ou constituição de seus atores. Nesse sentido, na descrição de seu funcionamento, Habermas mobiliza uma diversidade de atores não apenas coletivos como também individuais, tais como jornalistas, intelectuais, operadores do direito, ONGs, igrejas, organizações de interesse sem objetivos identitários, sindicatos, partidos políticos, etc. Na obra de Habermas, a emergência dos novos movimentos sociais coloca de fato em evidência o “sentido crítico da esfera pública” mobilizado por atores que “não se contentam em utilizar os foros existentes, mas se dedicam a expandir e radicalizar os próprios espaços comunicativos que lhes permitiram surgimento”. Isso não implica, entretanto, em considerá-los os sujeitos únicos da modernização social.

Além disso, Cohen e Arato assumem cedo demais os ganhos obtidos pelos novos movimentos sociais em suas estratégias ofensivas, avaliados pelos autores nos termos de uma expansão de espaços comunicativos e liberdades de ação no solo da sociedade civil. Sem investigar com precisão as transformações que de fato ocorreram nos campos jurídicos que tais movimentos procuram influenciar, nada justifica sua afirmação de um progresso sem ambigüidades na “realização do direito” a não ser o espírito otimista que perpassa toda a obra. Embora muitas vezes aproximados pela bibliografia complementar, o modelo crítico presente em *Direito e Democracia* não acaba no mesmo ponto que o de *Sociedade Civil e Teoria Política*. Apesar de assumir, assim como Cohen e Arato, a possibilidade do sistema político ser influenciado por fluxos comunicativos sub-institucionais, sua reflexão não termina neste ponto da “reconstrução externa”. E isso porque ela ainda não garante que os reflexos que emergem do sistema político na forma de uma redefinição de direitos e identidades representem necessariamente ganhos de autonomia no âmbito da sociedade civil. No último capítulo da obra, com efeito, grande parte das regulações do Estado social incitadas pelas lutas e protestos sub-institucionais

³²⁰ COHEN J., ARATO, A., op. cit., p. 556.

serão consideradas não como medidas que de fato expandem a autonomia dos sujeitos de direito, mas que “restringem as liberdades de ação existentes.” Para Habermas, pois, faz-se necessário um novo passo reconstutivo, voltado tanto às transformações provocadas nos códigos de direitos quanto às suas conseqüências geradas no âmbito da sociedade civil.

CAPÍTULO III

Autonomia privada e o sentido da igualdade

“O direito igual continua sendo, segundo seu princípio, o direito burguês (...) Ele não reconhece nenhuma distinção de classe, pois cada um é apenas operário como todos os outros, mas reconhece tacitamente a atitude individual desigual e, portanto, a capacidade de rendimento, como privilégios naturais. *Por isso, ele é, pelo seu conteúdo, um direito da desigualdade (...)* Para evitar esse descompasso, o direito, ao invés de ser igual, deveria ser desigual. (...) Somente então o limitado horizonte jurídico da burguesia pode ser superado e a sociedade pode escrever em suas bandeiras: Cada um segundo suas capacidades; a cada um segundo suas necessidades!” (Marx)

No último capítulo deste trabalho acompanhamos a passagem para a reconstrução externa da tensão entre facticidade e validade. Nesse movimento, vimos que a conexão necessária entre autonomia pública e privada se dá não apenas nos termos de uma pressuposição conceitual, mas remete a estruturas comunicativas que se complementam como condições de possibilidade à gênese de processos políticos que emergem da sociedade civil. Vimos também que os fluxos comunicativos ali gerados não penetram diretamente no núcleo das instituições do Estado, mas, ao contrário, correm o risco de se perderem em face do funcionamento rotineiro do sistema político. Para Habermas, é necessária uma grande densidade da política sub-institucional para que tais fluxos comunicativos, enraizados nos núcleos privados do mundo da vida, consigam romper o funcionamento rotineiro do sistema político e influenciar as instituições oficiais de tomada de decisão.

Essa mudança da perspectiva de análise gera um novo tipo de inquietações entre os comentadores da obra, vinculadas à maneira como se relacionam no interior de *Direito e Democracia* os dois grandes momentos de reconstrução. Mark Gould acusa Habermas de se manter o tempo todo preso às reconstruções normativas iniciais, impedindo-o de acessar efetivamente as estruturas de funcionamento dos “processos políticos reais”.³²¹ A

³²¹ GOULD, M. “Law and Philosophy: some consequences for the law deriving from the sociological reconstruction of philosophical theory” in *Cardozo Law Review*, v. 17, 1996, p. 1239.

seleção dos autores e os objetivos mesmos da análise externa manter-se-iam estritamente subordinados à comprovação do nexos constitutivo entre as autonomias pública e privada, sem que, com isso, pudesse retirar da reconstrução sociológica qualquer tipo de elemento novo a sua compreensão do Estado democrático de direito. O interessante aqui é notar a existência de acusações diametralmente opostas: as críticas de Willian Scheuermann referem-se justamente à incorporação excessiva dos diagnósticos da sociologia política contemporânea, os quais apontam para a impossibilidade de participação ativa e substancial dos cidadãos no interior das instituições democráticas. Nessa leitura, encontraríamos não a primazia, mas a resignação das intuições normativas iniciais perante a facticidade do sistema burocrático.³²² Segundo Scheuermann, com o aval dado às obras de Peters e de Cohen e Arato, a dimensão participativa radical que poderia ser depreendida da tese da cooriginalidade perde-se em uma perspectiva emancipatória muito restrita: ao invés da *participação* constante dos cidadãos na configuração e revisão dos direitos que estruturam suas relações sociais mútuas, o modelo teórico de *Direito e Democracia* passa a se contentar com uma mera política de *influência* exercida em situações esporádicas de crise.

Habermas não responde diretamente às críticas de Scheuermann, mas parece-nos que este autor tem mais razão que Gould ao apontar para um descompasso – e não para a completa linearidade – entre os resultados dos dois momentos reconstitutivos. Um tal descompasso, entretanto, parece estar previsto nos próprios planos da passagem. Em sua resposta a Gould, Habermas escreve que a passagem para a perspectiva sociológica tinha por intenção realizar um teste das reconstruções iniciais, ao qual cumpria a tarefa de verificar não apenas sua plausibilidade empírica, como também a “maneira específica com que essa compreensão se encaixa na realidade de sociedades altamente complexas”.³²³ Nesse sentido, é verdade que a reconstrução sociológica se orienta pela autocompreensão normativa do direito; entretanto, ela modifica seus saberes específicos na medida em que procura verificar as “bases reais” para sua efetivação. Ao que parece, essa resposta vale também contra Scheuerman: no momento em que a teoria reafirma seu

³²² SCHEUERMANN, W. “Between Radicalism and Resignation: democratic theory in Habermas’ *Between Facts and Norms*” in BAYNES, K. e SCHONBERG, R. *Discourse and Democracy: Essays on Habermas’ Between Facts and Norms*. New York: Suny Press, 2002.

³²³ HABERMAS, J. “Apêndice a Facticidade e Validade” in Idem. *A Inclusão do Outro. Estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 375.

vínculo com a práxis de efetivação das expectativas normativas geradas no interior da autocompreensão do direito, ela é obrigada a alterar os termos mesmos dessa pré-compreensão: “À medida que a teoria estabelece em seu todo uma relação com a práxis, ela visa, como declaro na conclusão do livro, à mudança dessa pré-compreensão falível, em cujo horizonte não apenas os especialistas em direito, mas também os cidadãos e seus políticos *participam* do processo de interpretação constitucional e da efetivação do sistema de direitos.”³²⁴

Para levar a cabo uma tal transformação, não são suficientes as análises contidas na reconstrução externa. Como escreve Habermas ainda em resposta a Gould, faz-se necessário um “retorno à perspectiva interna do sistema jurídico e de seus membros”, com o que se pretende cruzar os resultados de ambas as perspectivas e reformular as categorias normativas iniciais. Um tal cruzamento, por sua vez, exige uma categoria capaz de acessar ambos os momentos da reconstrução. Assumo aqui que essa condição é preenchida pela categoria de “paradigma jurídico”. O objetivo deste capítulo é mostrar como o conceito de autonomia privada é retomado na discussão entre os paradigmas jurídicos liberal e do Estado social para, posteriormente, salientar os novos termos em que este conceito se apresenta no interior do novo paradigma procedimental proposto pelo autor.

A exposição será orientada pelos seguintes objetivos: (I) apresentar a existência de um processo histórico de materialização do direito privado e sua interpretação pela doutrina alemã nos termos de uma limitação autorizada da autonomia privada em benefício de princípios externos de justiça ou responsabilidade social. (II) Mostraremos, a seguir, que uma tal leitura da autocompreensão do direito alemão se coaduna com as restrições à liberdade observadas em consequência das regementações paternalistas do Estado social. Veremos que, para Habermas, a disputa entre os paradigmas liberal e do Estado social é pautada em compreensões antecipadas da realidade social e na fixação de modelos regulatórios a elas correspondentes – o que impede uma adequada compreensão dos processos de materialização como uma exigência de modificação do sentido da igualdade de direitos em face da percepção de contextos sociais cambiantes. (III) Por fim, procuraremos alojar o conceito de autonomia privada no âmbito do novo paradigma

³²⁴ Ibidem, p. 375. Grifo do autor.

procedimental, o que exigirá se assumir no interior desse conceito uma cláusula aberta acerca do sentido da igualdade, a ser definido, em atenção aos contextos, pelos próprios concernidos em processos democráticos de formação política da vontade. Ao final desse percurso, a autocompreensão do direito anteriormente apresentada mostrar-se-á modificada em um ponto essencial: a materialização do direito será assumida não como uma “limitação”, mas como uma exigência de “realização” da autonomia privada, contida no próprio postulado de “liberdades subjetivas iguais entre todos”.

I. A materialização do direito privado

Como já anunciado, o advento histórico do direito materializado exige que o conceito de *autonomia privada* passe por novas considerações acerca de seu sentido e extensão. Segundo Habermas, a reconstrução do desenvolvimento histórico do direito positivo na Alemanha revela uma nova tensão entre a *igualdade formal* contida nas liberdades individuais clássicas e as pretensões de *igualdade material* que acompanham os processos de materialização do direito. Com efeito, a positivação da igualdade material é recepcionada pela dogmática jurídica alemã como uma tensão criada no âmbito do sistema de direitos, já que abala a compreensão do direito privado como uma esfera autônoma e fechada de garantias individuais: princípios do direito público ligados à igualdade material e à justiça social passam a influenciar o direito privado e a causar modificações em alguns de seus institutos mais centrais, tais como o contrato e a propriedade privada. O fato das pretensões por igualdade material terem sido inicialmente incorporadas por áreas do direito tradicionalmente consideradas como de “teor público”, como o direito constitucional e administrativo, levou a doutrina alemã a ligar a materialização do direito ao conflito entre direito privado e público e a considerar a autonomia privada limitada ou podada por um princípio normativo oposto de justiça social. Habermas interessa-se por essa discussão porque ela revela uma disputa sobre o sentido da igualdade presente no conceito de autonomia privada e sobre o lugar da igualdade material no interior do sistema de direitos.

Acompanhando trabalhos de Konrad Hesse e Ludwig Raiser, Habermas aponta que no decorrer da monarquia constitucional alemã do século XIX até o advento da Constituição de Weimar, em 1918, o direito privado teria sido estruturado como um domínio jurídico sistematicamente fechado e autônomo, a salvo da força impregnadora de uma ordem constitucional democrática³²⁵. Nas palavras de Hesse: “As constituições estavam longe de provocar ou programar modificações no direito privado porque não lhes cabia uma eficácia vinculante frente ao legislador. E tampouco lhes era extraída funções protetoras ou preservadoras do direito privado. Para tais funções apenas se podia levar em consideração os direitos fundamentais; sua importância, entretanto, foi muito escassa em todo o período da monarquia constitucional até 1918. Os direitos fundamentais não estavam em condições de garantir uma ordem jurídica existente frente ao legislador. (...) E menos ainda se podia falar em uma competência dos juízes para examinar as leis do ponto de vista da compatibilidade de seu conteúdo com a Constituição, isto é, de uma faculdade judicial de controle material.”³²⁶

Seguindo a exposição de Hesse em *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Habermas afirma que a doutrina civilista alemã partia da idéia de que o direito privado tinha que garantir, como seu princípio chave, o status negativo da liberdade dos sujeitos de direito, o qual seria identificado, a um só tempo, como o “princípio da liberdade jurídica” em sua totalidade.³²⁷ A compreensão de todo o edifício jurídico a partir de princípios do direito privado pressuporia, por sua vez, uma determinada compreensão social: a hegemonia do direito privado seria estruturada pela idéia de uma sociedade econômica despolitizada e subtraída das intervenções do Estado, na qual indivíduos interagem mutuamente segundo relações de livre troca isentas das assimetrias de poder. Como verdadeira expressão da sociedade burguesa e da forma específica de liberdade a ela imanente, o direito privado não apenas se colocava imune a interferências provenientes do direito público, mas também se apresentava frente a ele nos termos de uma primazia normativa: “O direito privado representava um autêntico baluarte da liberdade burguesa, assentado não sobre um código geral elaborado pela própria nação, como havia exigido Thibaut em 1814, mas

³²⁵ FG, pp. 477-478 (DDem, v. II, p. 132).

³²⁶ HESSE, K. *Verfassungsrecht und Privatrecht*. Heidelberg: C. F. Müller Juridischer Verlag, 1988, pp. 8-9.

³²⁷ FG, p. 478 (DDem, v. II, p. 132).

sobre a base de ‘processos internos’ de renovação do direito a partir de sua consciência histórica e científica. (...) Um direito privado que promovia a liberdade em um Estado não-livre: isso parecia possível, como demonstrou Dieter Grimm, a partir da idéia de que o direito privado regulava as relações entre particulares do ponto de vista de sua liberdade individual, à margem das relações políticas e das constituições. Dessa forma, o direito privado é considerado constitutivo da sociedade burguesa, ao lado do qual o direito constitucional teria uma importância secundária. Ao direito privado, pois, cabia uma primazia frente ao direito constitucional. Como sistema das esferas e dos limites da liberdade, o direito privado assumiu parcialmente o papel dos direitos fundamentais, papel que estes mesmos, como já exposto, apenas com reservas podia desempenhar. Em todo caso, essa liberdade burguesa era uma liberdade não política, uma liberdade dos particulares para dispor de um espaço próprio sem intromissões do Estado.”³²⁸

Na argumentação de Hesse, a primazia do direito privado pode ser reconhecida em sua notável influência sobre todo o arcabouço jurídico, incluindo o direito constitucional. Para o autor, entretanto, tal influência manifestava-se não somente na incorporação explícita de princípios e conceitos do direito privado nas demais áreas do direito, mas se revelava de forma mais contundente na maneira como os juristas interpretavam os dispositivos legais e elaboravam sua compreensão do direito como um todo. Com efeito, na interpretação de dispositivos jurídicos, os princípios do direito privado eram considerados como *princípios gerais do direito*: as grandes elaborações teóricas destinadas à constituição de conhecimentos e metodologias “estritamente jurídicas” eram feitas com base no direito privado e mesmo as tentativas de Gerber e Laband de elaborar uma “ciência do direito público” eram cumpridas segundo os padrões da dogmática civilista existente³²⁹. Para Hesse, portanto, a primazia do direito privado se mostra

³²⁸ HESSE, op. cit., p. 10. Em sentido similar, Ludwig Raiser escreve: “O núcleo do direito privado, que se alastrava por todo o edifício jurídico, era a proteção da independência e da liberdade da pessoa individual. (...) O direito privado da era liberal era entendido, ensinado e aplicado como um direito apolítico, em correspondência à autocompreensão da sociedade burguesa.” RAISER, L. *Die Zukunft des Privatrechts*. Berlin: De Gruyter, 1971, p. 37.

³²⁹ “No âmbito do direito político retornam numerosos conceitos cuja determinação e elaboração científica foi produzida no campo do direito privado, os quais, entretanto, não são apenas conceitos do direito privado, mas conceitos gerais do direito. (...) As tentativas de se evitar o método civilista são frequentemente combatidas como uma aversão ao tratamento propriamente jurídico do direito político; ao se pretender evitar os conceitos do direito privado, estão sendo repudiados os conceitos jurídicos em geral para substituí-los por considerações filosóficas e políticas. Em termos gerais, a ciência do direito privado

prioritariamente no campo do “pensamento jurídico”, vale dizer, em sua capacidade de determinar a consciência e, conseqüentemente, a atividade prática dos juristas: “[N]ão se produziu naquele tempo uma influência do Direito Constitucional sobre o Direito Privado no sentido que caracteriza as atuais relações entre ambos, mas uma notável *influência do Direito Privado sobre o Direito Constitucional*. Tal influência não se deixa notar plenamente nas constituições e nas leis. Nós a encontramos muito mais no pensamento dos juristas. Savigny observou que mais importante que todas as prescrições é o espírito e a formação da classe dos juristas. Isso vale essencialmente para a influência que o direito privado exerceu sobre o direito público elaborado a partir de meados do século XIX. (...) Pela mediação da ciência, a doutrina civilista influía também sobre a prática do direito em seu todo.”³³⁰

A supremacia do direito privado, bem como a compreensão de seus operadores que a classifica como um sistema fechado e autônomo, passam a ser abaladas com os processos de materialização iniciados com a Constituição de Weimmar e retomados após o fim da Segunda Guerra mundial sob a égide da Lei Fundamental da República Federal Alemã. Princípios de “justiça material” passam a integrar o corpo constitucional na forma de direitos sociais à moradia, habitação, trabalho, saúde e educação. Tais princípios, por outro lado, passam a possuir “efeitos de irradiação” em relação a todo o arcabouço jurídico, vinculando toda a atividade posterior de criação e interpretação de direitos subjetivos privados. Com isso, juízes e legisladores infraconstitucionais são obrigados a adequar os institutos jurídicos existentes aos novos conteúdos constitucionais, produzindo transformações substantivas em algumas das categorias mais caras ao direito privado, tais como o contrato e a propriedade. As regulamentações do contrato civil são progressivamente objetivadas, deixando de conter provisões gerais sobre as condições do contrato válido dirigidas indistintamente aos contratantes e passando a ter seu conteúdo especificado em relação às “fragilidades das partes na sociedade e no mercado” – o que gera tanto um maior detalhamento a respeito das obrigações do contratante, quanto

possui tantas vantagens sobre todas as demais disciplinas jurídicas que estas não precisam temer em aprender com sua irmã mais madura; na atual situação da literatura sobre o direito político, e especialmente do direito do *Reich*, há que se temer muito menos abordagens demasiadamente civilistas do que abordagens ajurídicas, as quais se perdem em comentários políticos de ocasião.” LABAND, P. *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 1876, p. VII, *apud* HESSE, op. cit., pp. 13-14.

³³⁰ HESSE, op. cit., p. 12.

garantias específicas às partes consideradas “mais frágeis” na relação contratual, tais como o “empregado”, o “inquilino” e o “consumidor”. Da mesma forma, o direito à propriedade passa a ser especificado por determinações constitucionais que estipulam sua “função social”, gerando intervenções no tocante a sua aquisição e seu usufruto. Para Habermas, “a vinculação social da propriedade, definida por lei, e as intervenções do juiz no conteúdo e na efetivação do contrato, tinham por objetivo declarado compensar diretamente as assimetrias nas posições do poder econômico”.³³¹ O objetivo do direito privado, pois, não poderia mais limitar-se à garantia da autodeterminação individual, devendo colocar-se também a serviço da realização da justiça social: “No próprio direito privado, a garantia de sobrevivência dos parceiros do direito e a proteção do mais fraco são colocados no mesmo nível que a defesa de interesses particulares”³³². O primado da constituição democrática significava que, daí para frente, o conteúdo normativo dos direitos fundamentais tinha que ser desenvolvido através de um “legislador ativo” e que o direito privado, por seu turno, não mais poderia reclamar precedência ante o direito público, mas, ao contrário, estaria subordinado a direitos fundamentais de caráter material, os quais distribuiriam obrigações de justiça social a serem cumpridas por todo o edifício jurídico.

“Transformações no terreno clássico do direito à propriedade e do direito contratual podem ser tomadas como exemplos típicos da materialização do direito formal burguês. (...) A doutrina jurídica julga que certas modificações no direito contratual são dramáticas, pois caminham para uma objetivação das relações de troca (através da determinação de condições fáticas do contrato; através de cláusulas contratuais para assegurar provisões importantes; através da teoria da proteção da confiança, das doutrinas do erro motivacional e da violação positiva do contrato, principalmente através de controles do conteúdo e da efetivação do contrato; através de deveres correspondentes de informação, de conselho e de cuidado). Como no caso do direito de propriedade, aqui também o alvo declarado das regulações é a compensação de ‘fracassos do mercado’ em benefício das posições mais fracas (trabalhadores, inquilinos, consumidores, etc.). Os fatos típicos da proteção da confiança, os auto-envolvimentos, as obrigações de prestação, etc., são concebidos como normas de proteção social. O direito contratual que aí se

³³¹ FG, p. 488 (DDem, v. II, p. 142).

³³² HESSE, op. cit., p. 34, *apud* FG, p. 480 (DDem, v. II, p. 134).

materializa não deixa mais a ‘correção’ do conteúdo do contrato entregue à ficção da livre declaração da vontade e à liberdade de celebrar contratos.”³³³

Segundo Habermas, a materialização do direito foi interpretada retrospectivamente pela doutrina alemã como uma “limitação” do direito privado em benefício da justiça social e como “destruição” de um sistema jurídico unitário. Nesse sentido, Ludwig Raiser escreve que “sob a pressão das tendências do Estado de bem-estar social em nossa comunidade política, a influência e o controle estatal atingem de tal forma os âmbitos clássicos da vida privada que se pode falar em uma perda de função ou, ao menos, em um encolhimento do âmbito de aplicação do direito privado.”³³⁴ Mesmo Hesse, sem abdicar de sua posição constitucionalista explícita, reconhece certos “riscos” apontados pela doutrina civilista derivados da “aplicação direta” e “ilimitada” de princípios constitucionais no âmbito do direito privado: “Ao direito civil passa a caber a tarefa, sumamente complicada, de encontrar por si mesmo o modo e a intensidade da influência dos direitos fundamentais sob o ponto de vista de seu equilíbrio ou de sua ponderação. Isso, entretanto, é dificilmente compatível com a tarefa de um direito privado que satisfaça as exigências do Estado de Direito, ao qual cabe por princípio possibilitar a configuração das relações jurídicas e a solução judicial dos problemas mediante regras claras, detalhadas e determinadas. Além disso, o recurso imediato aos direitos fundamentais ameaça romper a longa história de independência do direito privado (...). O próprio princípio fundamental de nosso direito privado, a autonomia privada, pode estar correndo perigo se os princípios constitucionais que determinam a ação estatal de maneira indisponível passarem a determinar da mesma forma as relações das pessoas entre si.”³³⁵

Sob este ângulo de interpretação, considerações de justiça social infiltram-se em regiões do direito que até então se limitavam a garantir a autonomia privada. O ponto de vista da justiça social exigiria uma interpretação diferenciadora de relações jurídicas formalmente iguais – porém diferentes do ponto de vista factual – sendo que os mesmos institutos jurídicos preencheriam funções sociais distintas. Para Habermas, essa tensão

³³³ FG, p. 487 (DDem, v. II, p. 141).

³³⁴ RAISER, L. *Die Zukunft des Privatrechts*. Berlim: De Gruyter, 1971, p. 10.

³³⁵ HESSE, op. cit., p. 25.

alojada no interior do direito privado como um “jogo de gangorra” entre proteção individual e justiça social é simbolizada de forma exemplar pela obra de Raiser, *Die Zukunft des Privatrechts*.

“O direito público da polícia, dos funcionários, do trabalho, da indústria, me classifica de acordo com minha atividade, ao passo que nas normas de direito privado, eu sou produtor ou consumidor, pai de família, dono de imóvel, membro de associação esportiva e de uma associação profissional, usuário de trânsito, com direitos e deveres específicos adequados a essas diferentes situações. Os institutos jurídicos do direito privado aí utilizados, tais como o contrato, a propriedade privada, a qualidade de membro, a responsabilidade penal, podem ser os mesmos; todavia, *sua função e avaliação jurídica se modificam conforme a situação típica e o teor público da esfera em questão.*”³³⁶

Em atenção à jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão e à legislação produzida a partir da Lei Fundamental, Raiser assume a incapacidade da “consciência civilista clássica” – elaborada em estreita conexão com a “sociedade burguesa de livre mercado” – apreender adequadamente as transformações produzidas pelo direito materializado alemão sob a égide do Estado social. A superação da estrita separação entre Estado e sociedade teria também colocado fim à suposta independência e ao fechamento funcional do direito privado, fazendo com que o sentido e as hipóteses de incidência de grande parte de seus institutos fossem significativamente alterados por princípios externos de responsabilidade social. Segundo Raiser, os mesmos institutos jurídicos privados ganhariam um sentido diferente na medida em que o sujeito se encontrasse em “domínios” ou “esferas sociais” distintas, de forma que “a intensidade da proteção jurídica individual torna-se inversamente proporcional ao ‘teor público’ da situação observada”³³⁷. Isto é, com a materialização do direito, a livre disposição da vontade individual garantida por institutos do direito privado deveria ser reduzida na medida em que a esfera de ação fosse caracterizada como “de teor público”, pelo que entende esferas de ação determinadas por “estruturas supra-individuais” e “sistemas funcionais imunes a influências pessoais”. Com isso, Raiser julga possuir um “critério de caráter sociológico” apto não apenas a distinguir, mas a avaliar as distinções legalmente produzidas entre uma

³³⁶ RAISER, L., op. cit., p. 27.

³³⁷ Ibidem, p. 26.

“esfera estritamente privada” (a qual deveria permanecer imune à intervenção estatal, apresentando como exemplos a esfera da família, do domicílio e dos espaços de lazer), uma “esfera privada em sentido amplo” (na qual os indivíduos, como membros de grupos tipificados, dependem de condições supra-individuais de trabalho, abastecimento, transporte, etc.) e uma “esfera social” inteiramente dominada por estruturas de funcionamento imunes à influência individual (sistema econômico). Nessas duas últimas esferas, o direito materializado interferiria legitimamente nas regras de funcionamento do direito privado como medidas de proteção às partes mais frágeis nas relações jurídicas travadas em seu interior.

Para Habermas, uma tal “teoria das esferas” utilizada por Raiser possuiria um significativo valor descritivo: em primeiro lugar, ela tanto destaca o “núcleo ético” dos direitos privados – os quais possibilitam uma configuração autônoma e independente dos projetos de vida individuais em contextos intersubjetivos do mundo da vida – quanto explora a todo momento que tais contextos de liberdade individual podem vir a ser anulados por estruturas e relações de poder supra-individuais. Entretanto, esse desvelamento do núcleo ético da esfera privada viria ele mesmo acompanhado de uma compreensão própria da realidade social, a qual, por um lado, apóia-se numa determinação espacial da esfera privada demasiadamente concretista e, por outro, assume a legitimidade das intervenções estatais segundo indicadores vagos acerca do “teor público” das atividades realizadas em seu interior. Habermas rejeita uma tal compreensão da esfera privada sob o argumento de que ela não conseguir abarcar toda a extensão das liberdades individuais de ação criadas politicamente pelos cidadãos, as quais protegem sua autonomia privada “em qualquer âmbito da vida social”, seja em seus contextos intersubjetivos de interação, seja em seus contatos com os sistemas econômico e político: “O reconhecido poder fenomenológico da teoria das esferas é insuficiente, uma vez que simplifica demais os conjuntos complexos de funções sociais, traduzindo-os como modelo espacial das esferas da vida, cujo ‘conteúdo público’ é de difícil operacionalização.(...) Pois o status de um sujeito de direito livre e autônomo, no sentido do direito privado, é constituído através da totalidade dos direitos referidos à ação e à

proteção individual, resultantes da configuração politicamente autônoma do princípio da liberdade jurídica, em qualquer esfera da sociedade.”³³⁸

Em segundo lugar, a equação de Raiser deixaria evidente a tensão que deveria ser harmonizada pelo Tribunal Constitucional Alemão após o início da crescente materialização do direito: a autonomia privada e a justiça social eram entendidas nos termos de um embate recíproco, como um “jogo de soma zero” no qual o aumento das competências de uma significava a diminuição das competências da outra. Para Habermas, entretanto, essa compreensão “provoca a falsa impressão de que o campo de validade do pensamento clássico sobre autonomia privada foi *podado* pela pretensão de validade política de um pensamento concorrente, ou seja, o ‘que parte da posição social do indivíduo e da sua responsabilidade social’”.³³⁹ Raiser não se opõe minimamente a essa contraposição entre direito privado e direito material; ao contrário, acaba por justificar uma compreensão fluente na jurisprudência constitucional alemã de seu tempo, sem perceber que ela contraria sua preocupação inicial de ver reconstituídas as liberdades de ação ameaçadas por estruturas de poder supra-individuais. Nos termos de uma tal oposição, pois, a materialização do direito se desvincula da ampliação – ou mesmo da *preservação* – da autonomia privada, justificando um modo de intervenção que, sob o mote de uma amenização dos impactos das estruturas do sistema econômico na esfera de ação individual, acaba por substituí-las por estruturas de poder administrativo igualmente heterônomas.

Segundo Habermas, as elaborações tanto de Konrad Hesse quanto de Ludwig Raiser acerca das transformações provocadas no direito privado pelos processos de materialização já nos permitem observar uma mudança da “autocompreensão social” que acompanha a prática de criação e aplicação do direito. Tais transformações teriam permitido que “a doutrina do direito civil, colocada numa posição defensiva, pudesse refletir sobre o saber não-jurídico que serve de pano de fundo e que sempre acompanhou, sob a forma de premissas inquestionáveis, a divisão entre direito privado e direito público, agora estremecida.”³⁴⁰ Ademais, as obras desses autores refletem bem a substituição de uma ordem jurídica constituída em meio à “autocompreensão da

³³⁸ FG, pp. 482-483 (DDem, v. II, pp. 136-137).

³³⁹ FG, p. 482 (DDem, v. II, p. 136).

³⁴⁰ FG, p. 478 (DDem, v. II, p. 133).

sociedade civil burguesa” por uma outra centrada nas compensações do Estado de bem-estar. E sua falha consiste justamente nisso: procurar racionalizar no campo dogmático um modelo de materialização que não se integra adequadamente à autonomia dos sujeitos de direito. Veremos a seguir que as políticas do Estado de bem-estar voltadas a mitigar os efeitos da desigualdade material conduzem, não raro, a novas constrições à liberdade. Isso já se reflete aqui numa formulação normativa que *opõe* a igualdade material à autonomia privada; isto é, que considera a materialização do direito privado como uma restrição devida ao campo das liberdades individuais. Habermas procurará não apenas elucidar esses déficits de liberdade contidos no paradigma do Estado social, como também indicar nas práticas jurídicas contemporâneas tentativas de sua superação, apontando para a constituição de um novo paradigma que pretende levar adiante os processos de materialização de modo integrado às expectativas de preservação das autonomias privada e pública.

II. Liberdade e igualdade na disputa entre paradigmas

Habermas introduz a noção de “paradigma jurídico” acompanhando as primeiras pesquisas de O. Kahn-Freund dedicadas a desvelar o “ideal social” do Tribunal do Trabalho do *Reich* seguindo a linha de uma crítica da ideologia, bem como os estudos de Wieacker acerca do “modelo social” pressuposto pelo direito formal burguês e os desenvolvimentos de F. Kübler e H. J. Steiner sobre a imagem implícita da sociedade utilizada por juízes no âmbito do Estado social. De modo geral, tais estudos pretendiam revelar a percepção implícita que os tribunais e especialistas em direito possuíam acerca da sociedade, a qual atuaria como base dos juízos que o discurso jurídico formula para descrever e avaliar fatos sociais e enquadrá-los às normas do direito.

Habermas, entretanto, ao defender a disputa de paradigmas como o núcleo dos debates acerca do direito materializado, modifica os termos dessa “sociologia do conhecimento jurídico” em dois pontos fundamentais: em primeiro lugar, observando o desenvolvimento da doutrina alemã e norte-americana acerca do direito materializado, o

filósofo revela que a compreensão social adotada pelo discurso jurídico deixa de ser um saber implícito. A tentativa de substituição de uma ordem jurídica liberal pelo modelo do Estado de bem-estar social, bem como seu esgotamento manifestado a partir dos anos 70, faz com que a compreensão social que estrutura o conhecimento jurídico deixe de ser “pano de fundo” das decisões jurídicas; no momento em que a compreensão paradigmática do direito passa a ser objeto mesmo de *disputa*, ela deixa de habitar o discurso jurídico como um “arcabouço secreto encoberto pela tradição científica”, tornando-se tema explícito: “desde os anos 70, a discussão em torno dos paradigmas transcorreu num certo nível reflexivo. Pois a atualização histórica da mudança de paradigmas fez com que a compreensão paradigmática do direito perdesse o caráter de saber regulador *intuitivo*, que serve apenas como pano de fundo. De sorte que a disputa acerca da correta compreensão paradigmática do direito transformou-se num tema explícito da doutrina jurídica.”³⁴¹

Em segundo lugar, a disputa entre paradigmas jurídicos deixa de ser meramente uma discussão de especialistas do direito. Ao tornar-se explícita, a disputa entre paradigmas passa a contar com a possibilidade de refutações tanto empíricas quanto normativas, sendo suas elaborações teóricas testadas criticamente no âmbito das ciências sociais e lançadas na arena político-democrática. Embora os especialistas em direito possuam uma condição privilegiada nesse debate, a escolha entre paradigmas teria sido transformada numa decisão política, a qual, para que sejam cumpridas as exigências normativas do Estado democrático de direito, deveria ser realizada por todos os concernidos: “As tentativas da doutrina jurídica visando superar a oposição entre Estado social e direito formal burguês, criando relações mais ou menos híbridas entre os dois modelos, promoveram, ou melhor, desencadearam uma compreensão reflexiva da constituição: e tão logo a constituição passou a ser entendida como um processo pretensioso de realização do direito, coloca-se a tarefa de situar historicamente esse projeto. A partir daí, *todos* os atores envolvidos ou afetados têm que imaginar como o conteúdo normativo do Estado democrático de direito pode ser explorado efetivamente no horizonte de tendências e estruturas sociais dadas. Ora, a disputa pela compreensão paradigmática correta de um sistema jurídico que se reflete como parte na totalidade de

³⁴¹ FG, p. 470 (DDem, v. II, p. 125).

uma sociedade é, no fundo, uma disputa política. No Estado democrático de direito, esta disputa atinge todos os envolvidos, não podendo realizar-se apenas nas formas esotéricas de um discurso de especialistas, isolado da arena política. Pois graças a suas prerrogativas de decisão e graças a suas experiências e conhecimentos profissionais, a justiça e a doutrina jurídica participam de modo privilegiado dessa disputa pela melhor interpretação; porém elas não detêm autoridade científica para impor uma compreensão da constituição, a ser assimilada pelo público dos cidadãos.”³⁴²

Seguindo Kübler, Habermas afirma que as compreensões paradigmáticas do direito desempenham uma função *racionalizadora* do discurso jurídico, ligada à redução da complexidade que envolve a tarefa de decidir um caso concreto em face à multiplicidade dos fatos sociais e a um sistema de regras que se pretende ordenado e coerente; bem como uma função *legitimadora* das relações entre os tribunais e seus clientes, atrelada ao esclarecimento e acordo sobre as condições de funcionamento da prática do direito.³⁴³ Entretanto, cada um dos paradigmas historicamente apresentados contém limitações tanto descritivas quanto normativas, as quais não podem ser superadas enquanto for mantida “a premissa tácita de que ambos os paradigmas são mutuamente excludentes”. Cabe aqui, portanto, a tarefa de esclarecer e fundamentar o funcionamento de um novo paradigma jurídico – já manifestado em certas elaborações teóricas, práticas jurídicas e movimentos sociais – o qual permite a superação das limitações de cada um dos paradigmas anteriores pela contraposição de suas “cegueiras complementares”, permitindo que os próprios concernidos possam decidir, caso a caso, sobre o sentido da igualdade necessário ao tratamento igualitário a ser pactuado entre si.

Como já explicitado no interior da própria dogmática jurídica, o paradigma liberal estaria fundado na compreensão de uma sociedade econômica desacoplada do Estado e entregue à ação espontânea de mecanismos do mercado. Uma tal “sociedade de direito privado”, institucionalizada principalmente através de direitos de propriedade e da liberdade de contratos, seria organizada segundo a autonomia individual de sujeitos de direito, os quais, enquanto participantes do mercado, procurariam encontrar sua felicidade e auto-realização através do cumprimento de interesses próprios. Segundo

³⁴² FG, pp. 476-477 (DDem, v. II, pp. 131-132).

³⁴³ FG, p. 475 (DDem, v. II, p.130).

Habermas, a justificação de um tal modelo repousava no suposto entrelaçamento entre o princípio da liberdade jurídica e o direito geral à igualdade; quer dizer, sua legitimidade dependia de que pudesse ser comprovada a suposição de que a generalidade abstrata do direito formal burguês conseguiria suficientemente garantir a persecução dos planos individuais de vida de uma forma igualitária. O modelo sustentava-se, portanto, em pressuposições fáticas ligadas à existência de condições não discriminatórias para o aproveitamento das liberdades individuais, fundamentalmente, o equilíbrio dos processos económicos organizados conforme o mercado, a distribuição aproximadamente igual do poder social e o exercício em igualdade de chances das competências definidas pelo direito privado. Tais pressupostos fáticos puderam ser um a um questionados e sua refutação empírica revelou a incapacidade do modelo liberal cumprir as pretensões normativas por ele próprio sustentadas. Suas insuficiências descritivas, ligadas à cegueira quanto às desigualdades de posições de poder económico e de posições sociais, acabava por encobrir e reforçar chances desiguais de auto-realização e limitar a liberdade individual que pretendia promover.

“A expectativa normativa, segundo a qual a delimitação de esferas de liberdade individual, ou seja, a proteção de um status jurídico negativo (com a pretensão a uma correspondente proteção jurídica individual), garante a instauração da justiça social, apoiava-se no entrelaçamento entre o princípio da liberdade jurídica e o direito geral à igualdade. Pois o direito de cada um de fazer ou não fazer o que bem entende no âmbito da lei só pode ser preenchido se essas leis garantirem tratamento igual no sentido de uma igualdade do conteúdo jurídico. Parecia que isso já estava garantido através da generalidade abstrata das leis do direito formal burguês. (...) Entretanto, isso fez com que a esperança de realizar a justiça social através da configuração do direito privado e do princípio da liberdade jurídica dependesse implicitamente da criação de condições não discriminatórias para a percepção fática das liberdades que possibilitavam as normas do direito de contrato, de propriedade e de associação. Ela se apoiava em certas hipóteses da teoria da sociedade ou em suposições de fatos – em primeira linha, nas teorias relativas ao equilíbrio de processos económicos organizados conforme o mercado (liberdade dos empresários e soberania dos consumidores), como também em hipóteses sociológicas acerca da ampla repartição das riquezas e numa distribuição aproximadamente igual do poder social, que deveriam garantir o exercício, em igualdade de chances, das competências definidas pelo direito privado. Ora, para que a ‘liberdade do poder ter e do poder adquirir’ possa preencher as expectativas de justiça, é necessário existir uma igualdade do ‘poder jurídico’”.³⁴⁴

³⁴⁴ FG, pp. 484-485 (DDem, v. II, pp. 138-139).

O novo contexto do direito materializado e do Estado regulador foi acompanhado por uma nova compreensão da sociedade e da relação entre Estado e indivíduo: surge a imagem de uma sociedade cada vez mais complexa, na qual a economia figura como uma esfera de ação funcional que expõe o ator individual a fragilidades de uma distribuição de renda potencialmente injusta e que limita as possibilidades de ação segundo sua específica lógica sistêmica. À fragilidade do indivíduo frente às assimetrias do poder econômico é ligada a expectativa normativa de que as contingências do mercado sejam controladas através das operações reguladoras de um Estado social que intervém de modo reativo ou preventivo, e que complementa as liberdades formais com provisões positivas no acesso à saúde, educação, habitação e trabalho. O sujeito de direito, que segundo a compreensão liberal detinha toda a liberdade necessária à persecução de seus interesses individuais, passa a ser compreendido como “cliente” de uma burocracia planejadora, tornando-se grande parte de suas liberdades de ação dependentes das atividades da administração estatal. E o Estado, que limitava-se à garantia negativa dos espaços individuais de ação, passa a ser enxergado como “Estado providente”.

Entretanto, o paradigma do Estado social, que nasce da crítica reformista ao modelo liberal, não se mostrou ele mesmo isento de críticas. Habermas salienta que um Estado providente, que em seus programas sociais procura garantir a cada um as condições materiais básicas para uma existência humana digna, correria igualmente o risco de prejudicar, através de suas intervenções antecipadas, a própria autonomia que em princípio deveria proteger. Habermas apóia-se inicialmente na crítica trazida por S. Simitis, segundo a qual “o possível ganho em termos de capacidades materiais de ação se transforma numa nova dependência”.³⁴⁵ Segundo Simitis, as tentativas de suprir as condições necessárias para a percepção simétrica de liberdades subjetivas modificaria de tal modo as situações de vida e as posições de poder, que a compensação de desvantagens situacionais poderiam acabar por fixar as possibilidades de ação e decisão, prejudicando as condições para a autodeterminação individual. Trata-se, para o autor, de profundas esquematizações acerca das coletividades às quais se endereçam os programas protetivos do Estado social, as quais tendem a reduzir ou influenciar o âmbito de escolhas do sujeito

³⁴⁵ SIMITIS, S. “Selbstbestimmung: Illusorisches Projekt oder reale Chance?”, in RÜSEN, J. *et al.* (eds.). *Die Zukunft der Aufklärung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988, p. 193, *apud* FG, p. 501.

individual, tais como limites de idade fixados rigidamente em função do gênero, normas de proteção ao trabalho feminino condicionadas pelo casamento ou pelo número de filhos, determinações de segurança do trabalho que afastam gestantes, idosos ou deficientes de determinadas ocupações, programas de assistência familiar que obrigam seus membros a “modelos pedagógicos precisos” ou “formas de socialização exemplar”.

“A lei e o contrato tarifário não constroem a ponte para a autodeterminação do assalariado; pelo contrário, ao tentar protegê-lo, eles institucionalizam a determinação heterônoma do comportamento do trabalhador individual. (...) Como consequência, elas abrem as portas para uma colonização do comportamento dos assalariados, que no início mal é percebida, mas que, a seguir, alastra-se e se consolida.”³⁴⁶

“Do reconhecimento da individualidade de todos os membros da família, bem como da independência de seus interesses, não resulta a necessidade de desenvolver um sistema de intervenção detalhado, referido à realização de idéias pedagógicas precisas. (...) Qualquer regulamentação jurídica tem que orientar-se, ao invés disso, pelo significado que a família atribui à interação, para o desenvolvimento de seus membros, por conseguinte, tem que encontrar o seu ponto de partida na dinâmica da família (...) O abandono da idéia, segundo a qual a família constitui uma unidade harmônica ... não deve colocar nas mãos de instâncias alheias à família a competência para tomar decisões de conteúdo. Sua intervenção não pode modificar o direito e a obrigação que os membros da família têm de decidir por si mesmos como desejam configurar as relações que mantêm entre si. (...) A tentativa de preservar os envolvidos de sobrecargas que colocam em risco ou impedem sua autodeterminação e a comunicação não deve servir para expô-las mais ainda a influências reguladoras”.³⁴⁷

Com tais críticas de Simitis, Habermas introduz a ambivalência do paradigma do Estado social, o qual propicia e, ao mesmo tempo, retira a liberdade do sujeito individual por meio de processos de juridificação. Essa ambivalência contida na substituição do paradigma liberal pelo paradigma do Estado social, entretanto, passa a ser melhor desenvolvida pelo autor com o exemplo das políticas feministas por igualdade de gênero. Seguindo Deborah Rohde³⁴⁸, Habermas apresenta uma exposição da história do

³⁴⁶ SIMITIS, S. “Wiederentdeckung des Individuums und Arbeitsrechtliche Normen”, in *Sinzheimer Cahiers*, 2, 1991, p. 11, *apud* FG, p. 498.

³⁴⁷ *Ibidem*, pp. 184-185.

³⁴⁸ ROHDE, D. L. *Justice and Gender. Sex Discrimination and the Law*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1989.

feminismo feita a partir das pretensões encampadas pelo movimento ao longo do tempo. Para Rohde, o “feminismo clássico”, que deita suas raízes na metade do século XIX e se estende até o início do século XX, seria orientado por metas políticas que ainda não rompem efetivamente com o marco normativo do direito liberal, uma vez que a igualdade entre os gêneros vislumbra-se ali prioritariamente como a universalização formal das liberdades de ação atribuídas exclusivamente a homens. Tais reivindicações, pois, seriam voltadas à “efetivação” de uma sociedade que apenas “pretendia-se liberal”, exigindo a inclusão das mulheres em sistemas de ação aos quais lhes era até então negado acesso – tais como instituições políticas, profissionais, acadêmicas e artísticas. A unilateralidade de tais metas formais seria sustentada pela crença de que tão logo fosse estendida a igualdade liberal entre todos, a desigualdade de condições sociais entre os gêneros poderia ser naturalmente superada: “A retórica da implantação de direitos formais procurava separar o mais possível a aquisição de *status* da identidade sexual e garantir a igualdade de chances no acesso a emprego, diploma, salário, status social, influência e poder político. A política liberal tentava incluir as mulheres numa sociedade que lhes recusara até então as chances eqüitativas de concorrer. E, não havendo mais um acesso diferenciado a domínios da vida relevantes, a diferença entre os sexos deveria perder sua relevância social.”³⁴⁹

No entanto, vertentes do próprio movimento teriam se voltado contra o “feminismo clássico”, insistindo na continuidade que as metas liberais davam à “naturalização” de relações desiguais entre os gêneros, mais especificamente, ao papel tradicional da mulher burguesa – o qual, segundo uma concepção patriarcal da divisão social do trabalho, deveria continuar ligada à esfera privada da vida no lar. Na medida em que a extensão de competências jurídicas às mulheres se impôs em áreas sociais importantes, teria sido colocado à mostra a insuficiência da equiparação formal entre os sexos: a igualdade formal não seria suficiente porque as desigualdades entre os sexos estariam profundamente incrustadas nos modos de vida tradicionais e na imagem geral do “feminino” compartilhada socialmente. Exigia-se, portanto, um tratamento jurídico diferenciado para que, por meio de certos benefícios estatais direcionados às mulheres, pudesse ser superado o estado de desigualdade historicamente enraizado. O feminismo,

³⁴⁹ FG, p. 508 (DDem, v. II, p. 162).

nesse sentido, passa a conter reivindicações típicas do Estado de bem-estar social com demandas pela compensação de suas desigualdades fáticas: proteções trabalhistas maiores às mulheres, equiparação ou suplementação dos salários, suporte estatal das mulheres com filhos dependes, normas de proteção que se referem à gestação, à maternidade e a necessidades específicas no caso de divórcio: “Na medida em que a equiparação formal das mulheres se impôs em áreas sociais importantes, colocou à mostra a dialética entre liberdade de direito e de fato, provocando regulamentações especiais, principalmente no direito social, trabalhista e da família. Podem ser tomadas como exemplo normas de proteção que se referem à gestação e à maternidade ou aos direitos de assistência no caso de divórcio, as quais levam em conta diferenças biológicas concretas ligadas à função de reprodução. Nesse terreno, a legislação feminista seguiu o programa do Estado social que visa promover a equiparação jurídica da mulher através da compensação de prejuízos de natureza social ou biológica.”³⁵⁰

Desde o final dos anos 60, entretanto, a reflexão feminista sobre os resultados do movimento apontou conseqüências ambivalentes das políticas diretas de redistribuição. A materialização do direito, que em princípio visava à eliminação da discriminação das mulheres, teria produzido efeitos contrários na medida em que a proteção da gestação e da maternidade apenas agravava o risco do desemprego das mulheres, a proteção do trabalho feminino reforçava a segregação do mercado de trabalho e uma curvatura estatística de salários ainda mais baixos e as proteções relativas ao divórcio sobrecarregaram as mulheres de funções para com os filhos após a separação. Os dados estatísticos relativos à “feminização da pobreza” são aqui tomados como significativos: “Essas desigualdades inter-relacionadas e acopladas a modelos instáveis do casamento, da fecundidade e do emprego, contribuíram para uma crescente feminização da pobreza. Apesar das imperfeições dos índices oficiais, eles permitem uma avaliação relativa ao gênero. Segundo eles, as mulheres de todas as idades têm duas vezes mais chances do que os homens de serem pobres e as mães solteiras, cinco vezes mais chances. Dois terços de todos os adultos indigentes são mulheres e dois terços daqueles que são permanentemente pobres vivem em lares onde a subsistência é garantida por uma mulher. Quase noventa por cento das famílias de progenitores solteiros são mantidas por mulheres

³⁵⁰ FG, pp. 508-509 (DDem, v. II, p. 163).

e metade destas famílias vivem abaixo da linha de pobreza. Entre as minorias, a situação é ainda pior: os chefes de três quartos das famílias negras pobres são mulheres e o mesmo acontece com mais da metade de todas as famílias hispânicas.”³⁵¹ Tais dados da feminização da pobreza puderam ser interpretados como conseqüências de uma política redistributiva inadequada; a redistribuição material direta realizada pelo Estado intervencionista acabaria por reforçar os estereótipos sociais acerca da identidade dos sexos e, através dos “efeitos de normalização” produzidos pela legislação e pela justiça, tais políticas teriam sido transformadas em parte do problema que pretendiam resolver.

Partindo desse diagnóstico sobre os efeitos colaterais do paradigma do Estado social – e fazendo uso constante da bibliografia feminista sobre o tema – Habermas apresenta duas vias explicativas interconectadas para a delineação de suas causas: as limitações da *justiça distributiva* e os meios *paternalistas* de sua execução. “O problema do direito centrado no Estado social gira em torno do problema da distribuição justa das chances de vida geradas socialmente. No entanto, ao reduzir a justiça à justiça distributiva, ele não consegue atingir o sentido dos direitos legítimos que garantem a liberdade.”³⁵² Segundo Habermas, o paradigma do Estado social estaria muito preso à sua própria crítica na medida em que, tal como o paradigma liberal, continua ainda limitado à imagem produtivista de uma sociedade econômica modelada pelo capitalismo industrial.³⁵³ Como já dito, ele se distingue do paradigma liberal na medida em que reconhece as fragilidades do indivíduo face às desigualdades havidas em seu interior, atribuindo ao Estado a tarefa de corrigi-las por meio de uma distribuição mais justa dos bens produzidos socialmente e das chances de concorrência no mercado de trabalho. Para o autor, entretanto, a redução da justiça à justiça distributiva acaba por pré-fixar tanto a percepção dos problemas encontrados em sociedade quanto os remédios disponibilizados a remediá-los. De um lado, o modelo distributivo operaria uma “redução economicista” dos problemas sociais, naturalizando grupos, carências e interesses segundo as posições ocupadas no sistema produtivo e negligenciando questões que vão além do “poder ter e poder adquirir”. De

³⁵¹ ROHDE, D. L., op. cit., p.126. *apud* FG, pp. 509-510 (DDem, pp. 163-164).

³⁵² FG, p. 504 (DDem, v. II, p. 159).

³⁵³ FG, p. 508 (DDem, v. II, p. 162). Para uma análise exaustiva das críticas de Habermas à “imagem produtivista de sociedade”, tanto em sua vertente revolucionária quanto reformista, cf. MELO, R., S. *Sentidos da Emancipação. Para além da antinomia revolução versus reforma*. São Paulo: Tese de doutorado, FFLCH/ USP, 2009.

outro lado, a redução de direitos a bens possuídos individualmente não alcançaria o sentido intersubjetivo da liberdade almejada com o código de direitos. Para o autor, certamente que carências materiais podem “privar os ‘oprimidos’ e ‘submetidos’ daquilo que os capacita a exercer sua autonomia privada e pública.”³⁵⁴ Entretanto, a distribuição material somente se converte em autênticos ganhos de liberdade quando vem acompanhada de uma adequada definição das liberdades de ação intersubjetivamente partilhadas entre todos. Segundo Habermas, o paradigma do Estado social falha ao considerar esta última condição já concretizada historicamente, assumindo a distribuição material como medida fixa a todos os casos em que se reclama a recomposição da autonomia do sujeito de direito. Com isso, ele retira o foco das *liberdades* de ação intersubjetivamente partilhadas e o aloja nas condições individuais relativas “à posse e à aquisição”. Nesse sentido, portanto, o que deveria ser um complemento da liberdade passa a ser assumido como seu substituto. Segundo Habermas, Iris Marion Young teria criticado adequadamente esse erro. Numa passagem por ele citada, a autora escreve:

“O que significa distribuir um direito? Pode-se afirmar que alguém tem direito a uma parte distributiva de coisas materiais, de fontes e de proventos. Porém, nesses casos, o que se distribui é o bem, não o direito. (...) Não é adequado conceber os direitos como se fossem posses. Pois os direitos são relações, não coisas; constituem regras definidas institucionalmente a fim de especificar o que as pessoas podem *fazer* em suas relações entre si. Os direitos referem-se mais ao *fazer* do que ao *ter*; portanto, a relações sociais que permitem ou proíbem uma ação. (...) Nesse sentido, a justiça não deveria referir-se somente à distribuição, mas também às condições institucionais necessárias ao desenvolvimento e ao exercício das capacidades individuais, da comunicação e da cooperação coletiva. No quadro de tal concepção de justiça, a injustiça refere-se primeiramente a duas formas ilegítimas de constrições: a opressão e a dominação. Se tais constrições incluem padrões distributivos, elas envolvem também questões que não podem ser facilmente assimiladas à lógica da distribuição, tais como os processos de decisão, a divisão do trabalho e a cultura.”³⁵⁵

Em *Justice and the Politics of Difference*, Iris Young critica a centralidade excessiva dada pelo Estado de bem-estar a programas distributivos, a qual restringiria o

³⁵⁴ FG, pp. 505-506 (DDem, v. II, p. 160).

³⁵⁵ YOUNG, I. M. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990, p. 25, *apud* FG, p. 505 (DDem, v. II, p. 159).

significado da justiça à distribuição moralmente adequada dos benefícios e ônus sociais entre os membros da sociedade. Tal modelo revelaria o problema de restringir a justiça social à alocação de bens materiais, ignorando as estruturas de poder, trabalho e reconhecimento cultural que atuam como fontes de discriminações e injustiças socialmente perceptíveis. E ainda que tal paradigma tenha ampliado o conceito de distribuição para bens sociais não materiais, tais como “oportunidades” e “respeito”, o modelo os representaria como “dados fixos”, “coisas estáticas”, e não como construções intersubjetivas derivadas de relações e processos sociais.³⁵⁶ A percepção limitada que o modelo distributivo teria em relação às “formas de injustiça socialmente existentes” poderia ser facilmente notada ao considerarmos a pluralidade das formas de injustiça denunciadas pelos novos movimentos sociais. Segundo a autora, a opressão – caracterizada como “limitações às capacidades produtivas, expressivas e comunicativas que impedem indivíduos de realizar seus projetos de vida particulares e afirmar socialmente seu valor próprio” – pode ser notada em cinco formatos distintos: exploração, marginalização, impotência, imperialismo cultural e violência. Essa diversidade das formas como a opressão se manifesta marcaria a insuficiência de uma redução dos conflitos sociais simplesmente às lutas entre grupos econômicos.

Em ambos os autores, as limitações da justiça distributiva ocupam um papel importante, mas não explicam por si só os efeitos colaterais do paradigma do Estado social. Na argumentação de Habermas, decisivo para os insucessos deste paradigma teria sido não apenas a fixação de políticas diretas de redistribuição, mas o modo paternalista de sua implementação: “Um programa jurídico é paternalista quando não leva em conta as limitações da liberdade que acompanham as compensações oferecidas pelo Estado tendo em vista as desigualdades.”³⁵⁷ Sob o mote de uma amenização dos impactos da desigualdade material, a regulação estatal teria se expandido significativamente no interior do Estado de bem-estar. Esse alargamento do escopo regulatório, entretanto, não viria acompanhado de uma ampliação correspondente dos debates público-políticos a seu respeito. Ao contrário, ele seria marcado por um processo de profunda burocratização, caracterizado pelo centralismo estatal, pela substituição dos debates normativos por

³⁵⁶ YOUNG, I. M., op. cit., pp. 22 e ss.

³⁵⁷ FG, p. 503 (DDem, v. II, p. 157).

questões técnico-científicas e pelo afastamento dos próprios destinatários de programas distributivos dos processos responsáveis por sua elaboração. Em todos esses traços, o funcionamento do Estado social revelaria restrições à autonomia pública dos cidadãos: “Com o processo de estatização dos partidos, a formação política da vontade desloca-se para um sistema político que programa a si mesmo. E este adquire autonomia em relação às fontes democráticas de sua legitimação, na medida em que conseguem extrair a lealdade das massas na esfera pública. Desse modo, a outra face de um Estado Social relativamente bem-sucedido consiste numa democracia de massas que passa a assumir feições de um processo de legitimação regulado administrativamente.”³⁵⁸

Nesse mesmo sentido, Iris Young nos diz que o Estado de bem-estar teria levado a cabo uma “despolítica da política”, na medida em que o debate acerca de demandas sociais e objetivos políticos comuns é substituído pela análise de dados percentuais e cálculos estratégicos operados por autoridades selecionadas segundo critérios tecnocráticos. Com isso, os cidadãos – e principalmente os destinatários dos programas assistenciais – teriam suas vidas reguladas cada vez mais por “burocratas especializados”, tendentes a reproduzir os estereótipos existentes sobre os grupos desfavorecidos em processos de decisão nos quais eles próprios não são incluídos. Numa passagem utilizada por Habermas, Young escreve: “A dominação reside nas condições institucionais que impedem as pessoas de participar na determinação de suas próprias ações ou na definição das condições nas quais elas acontecem. Nesse sentido, a sociedade capitalista do Estado de bem-estar social cria formas novas de dominação. De mais a mais, as atividades do trabalho e da vida cotidiana são submetidas a um controle burocrático racionalizado que, em vários domínios da vida, submete as pessoas à disciplina de especialistas e de autoridades.”³⁵⁹

Para Habermas, é importante sobretudo mostrar que essas restrições à autonomia pública dos cidadãos revertem-se em perdas correspondentes do ponto de vista de sua autonomia privada: “as regulamentações do Estado de bem-estar, destinadas a garantir, sob o ponto de vista da igualdade de direito, uma igualdade de fato a situações de vida e posições de poder, só conseguem atingir esse objetivo em condições ou fazendo uso de

³⁵⁸ FG, p. 618 (DDem, v. II, p. 266).

³⁵⁹ YOUNG, I. M., op. cit., p. 76.

meios que reduzem significativamente os espaços para a configuração de uma vida privada autônoma dos presumíveis beneficiários”.³⁶⁰ Isso aconteceria porque as políticas de compensação, para serem implementadas, vêm acompanhadas de “programas condicionais” que delimitam as características e padrões de conduta que definem os supostos beneficiários – ante os quais os sujeitos de direito, para se fazerem contemplados, são obrigados a se adaptar. As garantias reparadoras do Estado de bem-estar, as quais buscavam equiparar as condições para o exercício de sua autonomia privada do ponto de vista da igualdade de fato, seriam condicionadas ao enquadramento das ações individuais a modelos de conduta fixados administrativamente como normais ou exemplares. Nesse sentido, elas produziriam profundas “padronizações”, “normalizações do comportamento” que limitam a liberdade. E o sujeito de direito, para poder usufruir do direito materializado, seria transformado em mero “cliente” da burocracia estatal, adquirindo benefícios assistenciais imediatos ao custo da adaptação e da obediência passiva. Para o autor, quando os critérios para a igualdade de tratamento são estipulados por meios administrativos, temos não apenas a criação de programas que podem se afastar das demandas reais assumidas pelos destinatários, mas um modo heterônomo de determinar seu comportamento individual: “é o caso de regulamentações do direito familiar ou do direito trabalhista que obrigam os assalariados e membros da família a regular seu comportamento por um tipo de contrato de trabalho ‘normal’ ou por um modelo de socialização exemplar; são também os casos nos quais os beneficiários obtêm ou compram compensações, sofrendo, porém, as intervenções normalizadoras do juizado de menores, do ministério do trabalho, do serviço social, das agências de habitação ou das decisões dos tribunais; são finalmente os casos em que a proteção jurídica coletiva e a liberdade de coalizão asseguram uma representação eficaz dos interesses à custa, entretanto, da liberdade de decisão dos membros de organizações condenados à adaptação e à obediência passiva.”³⁶¹ Segundo Habermas, tais exemplos revelam casos em que a intervenção estatal, visando ao incremento da igualdade de grupos desprivilegiados, fixa de antemão as possibilidades de ação desses mesmos

³⁶⁰ FG, p. 501 (DDem, v. II, p.155).

³⁶¹ FG, p. 502 (DDem, v. II, p. 156).

grupos, prejudicando, ao invés de beneficiar, suas condições para a autodeterminação individual.

Essa crítica torna-se mais aguda na argumentação do autor quando os padrões de comportamento vislumbrados nas políticas do Estado social revelam-se presos a interpretações tradicionais acerca dos papéis sociais desempenhados pelos grupos favorecidos: “Tais normas limitam uma configuração da vida privada autônoma dos favorecidos na medida em que, ao invés de permitir a participação dos concernidos na interpretação, diferenciação e modificação dos papéis tradicionais, prescrevem sua continuidade.”³⁶² Neste ponto, o problema não se encontra apenas na fixação heterônoma de comportamentos, mas no tipo de comportamento fixado em sua decorrência. Para Habermas, quando as políticas de compensação do Estado social são elaboradas em processos administrativos fechados, desacompanhados das reflexões e contribuições públicas produzidas pelos próprios concernidos, elas tendem a reproduzir os estereótipos tradicionais acerca das relações sociais que em princípio pretendiam ser combatidas, cristalizando-as institucionalmente na forma do direito e dando ensejo a sua continuidade. Mais uma vez, Habermas desenvolve melhor a questão do ponto de vista dos debates sobre igualdade de gênero: “Qualquer regulamentação especial, destinada a compensar as desvantagens da mulher no local ou no mercado de trabalho, no casamento ou após a separação, em termos de segurança social, prevenção da saúde, assédio sexual, pornografia, etc., depende do modo como se interpretam as experiências e situações existenciais típicas dos sexos. Na medida em que a legislação e a justiça se orientam por padrões tradicionais de interpretação, o direito regulativo consolida os *estereótipos* existentes acerca da identidade dos sexos. Através dos ‘efeitos de normalização’ produzidos pela legislação e pela justiça, eles se tornam parte do problema que em princípio deveriam resolver.”³⁶³

Habermas escreve que as políticas de igualdade de gênero em campos como o do emprego civil ou serviço militar assumiram o trabalho masculino como relação de trabalho normal, ante o qual se constitui o padrão para se identificar os desvios merecedores de regulamentações compensatórias. “As diferenças entre os sexos não são

³⁶² FG, p. 498 (DDem, v. II, p. 152).

³⁶³ FG, p. 510 (DDem, v. II, pp. 164-165).

entendidas como relações entre duas grandezas igualmente problemáticas e carentes de interpretação, mas como desvios em relação a um padrão ‘normal’ de relações não problemáticas que tomam o homem como modelo.”³⁶⁴ O argumento é retirado dos trabalhos de Deborah Rohde e Iris Young já apresentados: segundo Rohde, as diferenças entre os gêneros teriam sido tanto sub quanto supervalorizadas nas regulamentações do trabalho produzidas pelo Estado social. A maior parte das demandas voltadas à constituição de um ambiente de trabalho adequado às necessidades especiais das mulheres, tanto em ocupações civis como militares, teriam sido reiteradamente desconhecidas ou banalizadas. A legislação e os tribunais defenderiam o trabalho remunerado como um instituto que deveria se manter segundo o princípio geral da “neutralidade entre os gêneros”- neutralidade que, segundo a autora, geraria a necessidade de adaptações unilateralmente às mulheres. Para Rohde, entretanto, é importante notar que o reconhecimento das diferenças de gênero pelo Estado de bem-estar tampouco cumpriria a função de transformar a situação de desigualdade vivida pelas mulheres no mercado de trabalho. Em primeiro lugar, a regulação especial seria assumida como uma “exceção” ao princípio geral da neutralidade, o que conferiria às garantias particulares atribuídas às mulheres o caráter de “tutela” ou “assistência”. Em segundo lugar, a maior parte das diferenciações legais seriam operadas em função de diferenças biológicas, fundamentalmente aquelas ligadas à reprodução e à maternidade, sendo que boa parte delas teriam justamente a função de prescrever restrições ocupacionais em nome da integridade da gestante e do feto. Por fim, o trabalho não remunerado exercido pelas mulheres (como serviços domésticos, educação dos filhos e cuidado com idosos e enfermos) teria sido de fato reconhecido pela legislação assistencialista; entretanto, as modificações produzidas na legislação em sua virtude teriam mais o caráter de “ampará-lo” do que o de produzir qualquer tipo de política transformadora. Ao invés de se orientar por uma repartição mais justa dos ônus gerados pela “dupla jornada de trabalho”, a regulação especial acabaria por reforçar a compreensão que os atribui exclusivamente à mulher – nas formas, por exemplo, de benefícios tributários e previdenciários a mães divorciadas, solteiras ou viúvas, extensão da licença maternidade e criação de *mother rooms* em locais de trabalho. Em nenhum desses casos veríamos evitado o “enfoque

³⁶⁴ FG, p. 512 (DDem, v. II, p. 166).

tradicional” que ou reduz a mulher às funções domésticas e reprodutivas, ou exige sua adaptação unilateral ao trabalho remunerado, fazendo-a arcar sozinha com os custos de um acúmulo de funções.³⁶⁵ Segundo Rohde, uma política que fosse voltada ao cumprimento de uma autêntica igualdade das condições de trabalho “precisaria estar aberta às percepções da diferença sem cristalizar as desvantagens que a acompanham”, combatendo tanto a compreensão da igualdade que negligencia as diferenças entre os gêneros, quanto aquela que se apega à diferença em sua forma tradicional mais negativa. Para Rohde, a saída desse “dilema gerado pela desigualdade” exigiria a redefinição das categorias jurídicas que incorporam as compreensões tradicionais acerca dos papéis entre os gêneros, tanto no que se refere aos padrões masculinos de se conceber a relação de trabalho normal, quanto à maneira de se considerar as aptidões das mulheres em cumpri-lo.

“No nível mais básico da questão, os enfoques tradicionais falharam em gerar definições coerentes e convincentes da diferença. Muito frequentemente, o direito igualitário moderno tratou como inerentes ou essenciais diferenças que são naturais ou contingentes. (...) Uma estrutura de pensamento mais satisfatória para as litigâncias trabalhistas não assumiria nem o gênero nem o trabalho como dados fixos. A questão não deveria ser simplesmente se as mulheres são ou não ‘como os homens’ com respeito a uma ocupação dada. De maior importância é se a ocupação pode ser redefinida para se acomodar às diferenças biológicas e se o gênero, entendido como uma construção social, pode ser redefinido para fazer tais diferenças menos relevantes do ponto de vista ocupacional.”

Iris Young produz uma formulação mais ampla desse dilema presente na argumentação de Rohde assumindo que ele não atingiria exclusivamente mulheres, mas todos os grupos que buscam juridicamente a superação de seu estado de opressão: “O dilema da diferença estaria presente em toda tentativa de promover justiça ante grupos que se encontram atualmente em situações de opressão ou desvantagem: regras e políticas formalmente neutras, que ignoram as diferenças de grupo, frequentemente perpetuam as desvantagens daqueles cuja diferença é definida como desviante; o foco na diferença, entretanto, corre o risco de acentuar os estigmas que a diferença carregou até aqui.”³⁶⁶ O

³⁶⁵ ROHDE, D. L., op. cit., pp. 81 e ss.

³⁶⁶ YOUNG, I. M., op. cit., p. 169.

dilema da diferença, portanto, é apresentado como uma escolha igualmente perversa entre a cristalização das diferenças que produzem a opressão e a cegueira que garante sua permanência.

Na argumentação da autora, os dois lados desse dilema viriam acompanhados de formas de regulação correspondentes: de um lado, assunção da igualdade formal como postulado fixo e definitivo para se assegurar a justiça entre os cidadãos impediria que as diferenças sociais que produzem a opressão sejam identificadas e combatidas no interior do Estado democrático de direito: “O alcance da igualdade formal não elimina as diferenças sociais, e o comprometimento retórico com a ‘neutralidade’ torna impossível que sejam identificadas as relações de privilégio e opressão estruturadas por tais diferenças”.³⁶⁷ Sustentada pelo primado normativo da neutralidade jurídica, a igualdade formal não apenas bloquearia as possibilidades de afirmação das diferenças de grupo, como obrigaria a adaptação de todos aos padrões de comportamento eleitos como normais. Mediante o dualismo estabelecido entre “grupos opressores” e “grupos oprimidos”, a “normalidade” seria construída juridicamente pela universalização das particularidades do opressor.³⁶⁸ De outro lado, a materialização do direito operada pelo Estado de bem-estar teria apenas aparentemente superado esse estado de coisas: se a regra estrita da igualdade formal passa a conviver com formas típicas de regulação especial, estas seriam ainda incapazes de romper com os efeitos da normalização. Como já dito, a regulação especial teria sido implementada segundo programas de ação afirmativa muito centrados em metas distributivas, as quais pouco atingem os elementos da auto-compreensão cultural que atuam entre as causas da opressão. Mais importante neste ponto da exposição, entretanto, seriam os efeitos de “confirmação” ou “reforço” do imperialismo cultural produzidos por tais programas. Por não serem elaboradas de forma suficientemente integrada às *políticas de identidade* produzidas pelos próprios grupos, a regulação especial do Estado de bem-estar acabaria fazendo uso de representações “ultrapassadas”, “estereotipadas” e frequentemente “depreciativas” a seu respeito. Ao invés de se orientarem pela *auto-definição* e pelas demandas *atuais* produzidas por tais grupos, elas concentrar-se-iam na “compensação de discriminações passadas”, reforçando

³⁶⁷ Ibidem, p. 164.

³⁶⁸ Ibidem, p. 116.

os estigmas que a diferença teria produzido ao longo da história. Com isso, não somente as funções domésticas da mulher seriam institucionalmente confirmadas pela legislação compensatória, como também o vínculo de grupos como latinos, índios e negros aos papéis de imigrante, colonizados e ex-escravos. Para a autora, os efeitos da normalização revelam-se aqui de maneira ainda mais explícita na medida em que a regulação especial é assumida como “exceção”, “alteridade” e “desvio em relação à norma”.³⁶⁹

Assim como Rohde, Young não defende o abandono da regulação especial, mas sim a transformação das categorias jurídicas que assimilam a diferença em sua forma tradicional, “imediatamente extraída das estruturas e relações sociais injustas”. Com mais ênfase que Rohde, entretanto, Young insiste que essa transformação não pode ser cumprida pelo discurso hermético de juristas e políticos profissionais, mas sim por uma luta política cumprida pelos próprios grupos demandantes, os quais procuram gerar publicamente a auto-definição de suas características identitárias e o sentido adequado de um tratamento jurídico diferenciado. “O dilema da diferença apenas pode ser evitado se o sentido mesmo da diferença for transformado num terreno de luta política. (...) Se grupos oprimidos e em desvantagem puderem se auto-organizar em público e produzir uma voz específica para apresentar suas interpretações acerca do sentido das políticas específicas de grupo, é muito mais provável que tais políticas passem a servir a seu favor, e não contra eles.”³⁷⁰

Habermas não assume a terminologia que contrapõe “grupos oprimidos” e “grupos privilegiados” e faz ressalvas explícitas em relação a um “dualismo essencialista dos sexos”, o qual teria sido mantido em boa parte da literatura feminista sob o “signo da feminilidade”.³⁷¹ Sua preocupação parece ser a de evitar uma crítica à cristalização jurídica de papéis e posições sociais fazendo uso de novas cristalizações no campo da teoria. Entretanto, os debates feministas seguem possuindo um papel de destaque na argumentação do autor, tanto no que se refere à elaboração do problema envolvendo o embate de paradigmas, quanto às perspectivas vislumbradas para sua superação. Com efeito, os termos mais gerais do “dilema da diferença” apontado por Rohde e Young passam a delinear a oposição entre paradigma liberal e do Estado social: “Os dois

³⁶⁹ Ibidem, pp. 108 e ss.

³⁷⁰ Ibidem, p. 185.

³⁷¹ FG, p. 515 (DDem, v. II, p. 169).

paradigmas jurídicos apóiam-se na mesma premissa, mas chegam a conseqüências diferentes. Enquanto o modelo de mercado liberal trivializa as desigualdades fáticas ou simplesmente as ignora, o paradigma do Estado social leva em conta as diferenças por meio de regulações especiais que acabam por fixá-las enquanto tais.”³⁷² Nos termos desse balanço final, pois, Habermas caracteriza como “dilemática” a situação deixada pela disputa de paradigmas: por um lado, a compreensão social derivada do paradigma do Estado social desmente a suposição de que o mercado e a sociedade econômica constituem esferas isentas de poder. Com isso, a “igualdade de tratamento jurídico” não poderia ser adequadamente sustentada por meio do paradigma liberal, o qual é cego para as desigualdades sociais que impedem o aproveitamento das liberdades jurídicas em igualdade de condições. Por outro lado, o paradigma do Estado social viria preencher essa cegueira por meio de uma pré-compreensão social demansiadamente concretista, orientada por padrões heterônomos e tradicionais de interpretação. Os efeitos colaterais observados em suas políticas viriam mostrar que a prescrição de comportamentos com a finalidade de compensar as assimetrias de poder social pode vir a prejudicar a autonomia individual dos supostos beneficiários ou mesmo reforçar as desigualdades já existentes. Segundo Habermas, tal dilema seria derivado da desconsideração do nexó já demonstrado entre autonomia privada e pública: os dois paradigmas compartilhariam um modelo distributivo de interpretação da autonomia privada, o qual considera os cidadãos como destinatários e não como autores da ordem jurídica; ambos tentariam proteger o “status negativo” do sujeito de direito, divergindo simplesmente em relação ao modo de estabelecer tal proteção: “procuram saber se é suficiente garantir a autonomia privada através de direitos à liberdade ou se o surgimento da autonomia privada tem que ser assegurado através da garantia de prestações sociais”. Vale dizer, ambos disputariam a melhor forma de garantir as iguais liberdades individuais de ação sem considerar as condições públicas para sua “emergência”. Para Habermas, a saída desse dilema apenas aparente exige, como em todo o livro, a reconstituição do nexó negligenciado entre autonomia privada e pública, com a peculiaridade de que um tal nexó passa a ser aqui apontado na elaboração e justificação públicas das categorias que delimitam as diferenças sociais merecedoras de um tratamento jurídico adequado.

³⁷² FG, p. 512 (DDem, v. II, p. 166).

“Quando levamos em conta o conceito intersubjetivista de direito, descobrimos facilmente a verdadeira fonte dos erros: os aspectos sobre os quais as diferenças de experiências e de situações de vida de (certos grupos) de mulheres e homens tornam-se relevantes para um aproveitamento igualitário das liberdades subjetivas de ação *têm que ser primeiro esclarecidos em discussões públicas*. Os estereótipos de gênero institucionalmente definidos não devem ser aceitos como algo dado. Essas construções sociais apenas podem ser formadas de maneira consciente; elas necessitam de uma articulação dos elementos comparativos e de uma justificação dos aspectos relevantes que devem ser desenvolvidos *pelos próprios concernidos* em discursos públicos”.³⁷³

Habermas une as exigências de uma “constituição política da diferença”, presente na obra de Young, aos termos de uma *teoria da justificação* elaborada com o auxílio de Robert Alexy. Como nos diz o trecho citado, os aspectos relevantes para um tratamento jurídico diferenciado devem ser justificados pelos próprios concernidos em meio à formação pública da consciência e da vontade, sendo que o critério para a justificação é encontrado na capacidade de serem comprovadas *condições sociais desiguais para o aproveitamento das liberdades subjetivas de ação*. Trataremos abaixo dessa teoria da justificação ao defendermos que ela implica uma disputa pelo critério da igualdade de direitos, a qual passa a operar na própria concepção de autonomia privada. Neste ponto, cabe ainda insistirmos na maneira como Habermas articula “compreensão do direito” e “compreensão social” segundo o paradigma procedimental por ele defendido.

Habermas se recusa a apresentar uma “imagem” ou um “modelo social” próprio ao paradigma procedimental. Uma tal imagem pretende ser apresentada em termos estritamente negativos. Com efeito, cumpre sempre evitar a “imagem produtivista” da sociedade que habitava os paradigmas anteriores, seja na forma de uma “sociedade burguesa” de indivíduos que competem equitativamente pela realização de seus interesses, seja na forma de “um capitalismo industrial que expõe o indivíduo às fragilidades do sistema econômico”; em outros termos, cabe evitar a compreensão que projeta na sociedade uma agregação de “sujeitos do mercado” ou de “clientes estatais”. Nesse sentido, Deborah Rohde escreve que a apresentação do novo paradigma jurídico implica não em “saber *a priori* o que é a sociedade”, mas em “dizer o que ela não é”.³⁷⁴

³⁷³ FG, p. 513 (DDem, v. II, p. 167).

³⁷⁴ RHODE, D. L., op. cit., p. 317 *apud* FG, p. 515 (DDem, v. II, p. 169).

Nos termos de Habermas, isso significa que, ao contrário dos paradigmas anteriores, o paradigma procedimental não determina um novo “modelo substantivo de sociedade”, mas permite que ele seja constituído reflexivamente pelos próprios concernidos em processos públicos de formação da consciência e da vontade. “Segundo o paradigma procedimental, no lugar do homem econômico ou do cliente *welfarista* encontra-se um público de cidadãos que participam da comunicação política para articular suas demandas e necessidades, para dar voz a seus interesses violados e, sobretudo, para esclarecer e constituir os padrões e critérios contestáveis acerca dos quais os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente. Essa mudança alarga a perspectiva que anteriormente restringia a compreensão da sociedade”.³⁷⁵ Importante dizer que o paradigma procedimental não é plenamente delineado enquanto não apresentada sua faceta jurídica. Vale dizer, enquanto não se pronuncia em relação à “forma jurídica” a ser privilegiada, “do mesmo modo como os paradigmas liberal e do Estado social haviam privilegiado respectivamente o direito formal e o direito material.”³⁷⁶ E aqui, uma vez mais, a resposta não pode ser outra: já que tais formas de regulação jurídica referem-se diretamente a um certo modo específico de conceber a realidade social à qual são destinados, o campo das possibilidades regulatórias deve ser mantido suficientemente aberto para permitir, a cada vez, a escolha da estratégia mais apropriada ao tratamento de questões sociais específicas.

Ao longo do capítulo, Habermas apresenta diversas tentativas de superar o paternalismo do Estado social por meio de projetos regulatórios que fizessem jus a uma compreensão procedimentalista do direito. Tais tentativas procurariam, em sua maior parte, reduzir ou mesmo retirar as competências de criação e aplicação de normas substantivas das instâncias estatais de tomada de decisão, acomodado-se a uma idéia de “direito reflexivo” que pudesse ampliar as possibilidades de decisão e auto-gestão dos próprios sujeitos de direito – seja pela via da expansão das ações processuais (Häberle), seja pela delegação de competências diretas para a “auto-geração de normas” (Wiethölter, Joerges e Grügemeier). Habermas considera tais propostas como tentativas em si mesmas profícuas de combater as cristalizações sociais indevidas promovidas pelo

³⁷⁵ HABERMAS, J. “Paradigms of Law”, in ROSENFELD, M. e ARATO, A. (eds.). *Habermas on Law and Democracy – Critical Exchanges*. Berkley: University of California Press, 1998, p. 18.

³⁷⁶ FG, p. 494 (DDem, v. II, p. 148).

Estado social, fazendo uso de meios que buscam fortalecer o “status positivo” da autonomia jurídica.³⁷⁷ Entretanto, elas não seriam ainda capazes de atender ao paradigma procedimental em seu sentido pleno. Com efeito, o direito reflexivo se opõe ao paradigma do Estado social na medida em que opera uma “desmaterialização” do direito no âmbito da lei e dos programas estatais, promovendo a estruturação de processos autorregulatórios que deslocam a normatização de contextos sociais específicos às próprias partes envolvidas no processo. Para Habermas, isso o caracterizaria como uma estratégia regulatória específica, a qual já se vincula à determinação das categorias de direitos que deveria ser cumprida pelos próprios cidadãos. Dessa maneira, ainda que possa vir a ser eleita pelos cidadãos para a regulação de situações e contextos sociais específicos, sua fixação teórica como um “substituto” do direito material não seria adequada ao paradigma procedimental, para o qual o campo de opções regulatórias deve se manter procedimentalmente aberto: “Esse caminho para a realização do sistema de direitos sob condições de uma sociedade complexa não se deixa suficientemente abarcar pela compreensão de que o paradigma procedimental do direito privilegia uma forma de direito específica – o direito reflexivo – da mesma maneira como o paradigma liberal e do Estado social privilegiavam, respectivamente, o direito formal e material. A escolha da respectiva forma do direito deve permanecer referida ao sentido original do sistema de direitos, que é o de assegurar *uno actu* a autonomia pública e privada dos cidadãos, de tal modo que todo ato jurídico possa ser considerado ao mesmo tempo como uma contribuição para a configuração política autônoma dos direitos fundamentais, ou seja, como elemento de um processo constituinte duradouro.”³⁷⁸

Comentando esta passagem, Andrew Arato acentua que o direito reflexivo pode ser descrito como um tipo de “direito procedimental”; isto é, ele não estabelece normas substantivas a serem seguidas por todos, mas limita-se a estipular procedimentos que permitem a criação da norma substantiva pelos próprios concernidos. Com isso, à primeira vista, seria de se esperar que ele fosse eleito como a forma de direito típica do paradigma procedimental. Entretanto, ao negar o vínculo direto entre direito reflexivo e o novo paradigma, Habermas teria mais uma vez ampliado o sentido que a noção de

³⁷⁷ FG, p. 496 (DDem, v. II, p. 150).

³⁷⁸ FG, p. 494 (DDem, v. II, p. 148).

procedimento assume em sua obra: ele se vincula não apenas aos processos sub-parlamentares de formação política da vontade, nos quais são elaborados os problemas sociais dirigidos ao Estado, mas à própria decisão sobre as medidas jurídicas mais adequadas a seu tratamento. Para o autor, trata-se agora de assumir que o procedimento deliberativo exige uma escolha democrática entre diferentes modalidades de juridificação: “O novo paradigma não coloca, de maneira irrefletida, o direito procedimental numa posição privilegiada em relação a outros recursos jurídicos. Podemos ainda dizer, com Habermas, que aquilo que caracteriza o paradigma procedimental, acima de tudo, é que ele repousa numa reflexão democrática sobre a escolha entre três tipos de formas jurídicas: o direito formal, o substantivo e o procedimental. Sob esse novo aspecto da reflexão, devemos perceber que a concepção procedimental do direito possui agora um duplo estatuto, diferentemente do direito materializado e do direito formal. Ele representa não apenas uma nova forma de direito, mas também uma nova estrutura dentro da qual a escolha de formas jurídicas deve ser feita.”³⁷⁹ Em sentido similar, Jean Cohen escreve que, com o paradigma procedimental, Habermas procuraria reaplicar as demandas normativas por uma “democratização radical”, já presentes ao longo da obra, aos próprios processos de “escolha entre opções regulatórias específicas.”³⁸⁰ Com isso, Habermas teria chamado a atenção para o fato de que, tão importante quanto a eleição dos princípios, objetivos e conteúdos da vida social a serem protegidos pela autonomia jurídica, seria a “decisão sobre as formas como a autonomia deve ser institucionalizada.”³⁸¹

Importante ainda dizer que Habermas não deixa de encontrar limitações na própria idéia de direito reflexivo. Com efeito, assumindo de antemão a “ineficiência” e o “autoritarismo da maioria” dos processos democráticos mais amplos, os defensores do direito reflexivo reduziram os vínculos com a formação *pública* da consciência e da vontade, apostando na negociação direta entre sujeitos de direito como a única via autêntica de geração autônoma da norma substantiva. Dessa maneira, tais propostas

³⁷⁹ ARATO, A. “Procedural Law and Civil Society: Interpreting the Radical democratic Paradigm”, in ROSENFELD, M. e ARATO, A. (eds.). *Habermas on Law and Democracy – Critical Exchanges*. Berkeley: University of California Press, 1998, p. 35.

³⁸⁰ COHEN, J. *Regulating Intimacy. A New Legal Paradigm*. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 176.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 177.

continuariam presas a soluções “privatistas”, sendo ainda incapazes de recompor, por si mesmas, os laços entre autonomia pública e privada negligenciados pelos paradigmas anteriores.³⁸² Além disso, como o próprio Arato pontua, o direito reflexivo não deixa de ser, sob o ponto de vista da norma objetiva, uma modalidade de “direito formal”. Vale dizer, ele enfrenta os problemas do paternalismo estatal pela via da “reformatização”, não sendo, dessa forma, plenamente imune aos mesmos tipos de críticas apresentadas contra o paradigma liberal. Como escreve Bill Scheuerman, a delegação de competências normativas procedimentalizadas a atores privados não deixa de ser uma estratégia regulatória bastante próxima do direito contratual burguês, a qual, uma vez mais, mostra-se sujeita às distorções provocadas pela distribuição desigual de poder e capacidades decisórias no interior da sociedade.³⁸³ Dessa maneira, podemos dizer que a assunção do direito reflexivo como estratégia única para o combate do paternalismo estatal não se coaduna com uma das posições mais explícitas de Habermas acerca novo paradigma procedimental, qual seja, a de abarcar a continuidade dos processos de materialização de maneira suficientemente integrada às autonomias pública e privada dos cidadãos. Se Habermas dedica a maior parte do capítulo a apontar os déficits de liberdade contidos no paradigma do Estado social, o autor também rejeita qualquer tentativa de retroceder aos processos de materialização pela retomada do paradigma liberal, pois “as causas que levaram às regulamentações do Estado social não se eliminam simplesmente através de desregulamentações.” Trata-se, ao contrário, de permitir a continuidade dos processos de materialização em um “grau mais elevado de reflexão”:

“Até o momento, o paradigma jurídico procedimental, que procura superar o impasse criado pelo modelo do Estado social, ainda não recebeu contornos bem definidos. Ele se desenvolve nas seguintes premissas: a) o caminho de volta, propagado pelo neoliberalismo sob o mote de um ‘retorno da sociedade burguesa e de seu direito’ encontra-se vetado; b) a demanda pela ‘redescoberta do indivíduo’ provocada pelo tipo de juridificação do Estado social, mostrou conduzir o objetivo declarado de restabelecer a autonomia privada a seu contrário; c) o projeto do Estado social não pode ser nem fixado

³⁸² FG, p. 497 (DDem, v. II, p. 151).

³⁸³ SCHEUERMAN, W. “Reflexive Law and the Challenges of Globalization”, in *Journal of Political Philosophy*, v. 9, n. 1, 2000, pp. 81-102.

nem interrompido, mas tem de ser continuado segundo um grau mais elevado de reflexão.”³⁸⁴

A leitura de Andrew Arato e Jean Cohen mostra-se mais uma vez apropriada: sujeitar o direito material a um grau mais elevado de reflexão significa também aqui situá-lo dentro de um círculo mais amplo de opções regulatórias distintas e submetê-lo à gênese democrático-deliberativa. Em outras palavras, trata-se de ampliar o marco conceitual que estrutura o sistema de direitos e, depois disso, disponibilizá-lo à formação pública da vontade como um leque de estruturas jurídicas a serem selecionadas e preenchidas democraticamente pelos próprios concernidos. Ao que parece, a tradição de pensamento dedicada ao processo de materialização do direito não se coaduna a tais exigências do paradigma procedimental: de modo geral, ela mostra-se demasiadamente vinculada à defesa de programas jurídicos substantivos, mais dedicados ao cumprimento de metas concretas ligadas à “igualdade de fato” que a sua própria gênese democrática, passando assim ao largo do caráter constitutivo e legitimatório da política deliberativa. O paradigma procedimental desenvolve e fundamenta normativamente intuições inacabadas de vertentes do pensamento jurídico que se vêem encurraladas entre a rejeição do paradigma liberal e a crítica ao Estado social. Para o autor, entretanto, nem as críticas de Simitis, nem a defesa do direito reflexivo feita por Häberle, Wiethölter e Brüggemeier conseguiriam vislumbrar adequadamente uma saída procedimental para o dilema deixado pela disputa de paradigmas. Segundo Habermas, é na esquerda feminista norte-americana, referida genericamente pelo autor como “feminismo contemporâneo” ou “feminismo radical”, que poderíamos encontrar desenvolvimentos mais próximos ao paradigma procedimental.

Nenhuma regulação, ainda que seja sensível ao contexto, irá concretizar adequadamente o igual direito a uma configuração autônoma da vida privada se ela não fortalecer, ao mesmo tempo, a posição dos concernidos na esfera pública política e, com isso, permitir sua participação nas comunicações políticas em que podem ser esclarecidos os aspectos relevantes para uma posição de igualdade. A compreensão desse nexos entre a autonomia privada e a pública explica as reservas do feminismo contemporâneo contra um modelo de política orientada pelos resultados, o qual visa exclusivamente a sucessos instrumentais a serem

³⁸⁴ FG, pp. 493-494 (DDem, v. II, pp. 147-148).

alcançados em curto prazo; ela explica o peso que o feminismo atribui, mediante categorias como *'identity politics'*, aos efeitos formadores de consciência derivados dos próprios processos políticos. De acordo com essa compreensão procedimentalista, a realização de direitos fundamentais é um processo que apenas pode assegurar a autonomia privada de cidadãos iguais em direitos conjuntamente à ativação de sua autonomia pública.³⁸⁵

Nessa e em outras passagens, a bibliografia feminista citada ao longo do texto é assumida como mais que um mero “exemplo” dos efeitos paternalistas do paradigma do Estado social; dela também que se retira as intuições mais bem acabadas do novo paradigma procedimental. E isso principalmente porque, como escreve o autor, encontramos ali uma tentativa de submeter à política democrática a determinação adequada da igualdade de tratamento jurídico, buscando assim recompor os laços entre autonomia pública e privada desconsiderados por ambos os paradigmas em disputa. Sob a figura do “feminismo contemporâneo”, entretanto, Habermas parece nivelar um debate composto por posicionamentos e recursos teóricos profundamente divergentes. Ao considerarmos algumas das posições mais influentes em seu interior, podemos afirmar que as soluções assumidas por Habermas não podem ser inteiramente identificadas com nenhuma delas. Sua diferenciação nos permite aqui salientar a maneira como o direito material é integrado na reconstrução do sistema de direitos operada em *Direito e Democracia*, bem como as diferentes formas com que se relaciona ao conceito de autonomia privada.

Excursão

A materialização do direito e a tensão entre *igualdade de direito* e *igualdade de fato*

A discussão em torno dos paradigmas jurídicos revela uma nova dimensão da tensão entre facticidade e validade: aqui, essa tensão mostra-se como um descompasso entre igualdade de fato e igualdade de direito. No quadro compreensivo que estrutura a disputa de paradigmas, a igualdade de direito refere-se à “competência de decidir

³⁸⁵ FG, p. 515 (DDem, v. II, p. 169).

livremente, no quadro das leis, segundo preferências próprias” e a igualdade de fato, às “conseqüências sociais observáveis que atingem os envolvidos, resultantes das regulamentações jurídicas.”³⁸⁶ Temos aqui acesso a um novo campo de investigação que cruza a autocompreensão do direito com as conseqüências sociais de sua regulamentação, o qual nos apresenta um descompasso entre, de um lado, a pretensão normativa de igualdade de tratamento jurídico – presente na reconstrução normativa realizada até aqui como uma exigência de liberdades subjetivas de ação *iguais* entre todos – e, de outro, os contextos sociais para o aproveitamento das competências jurídicas em igualdade de condições. Em “Soberania do Povo como Processo”, Habermas fala de Marx e Engels como aqueles que inauguram esse campo de investigação: a crítica à ordem jurídica burguesa passava ali pela oposição entre “igualdade formal” e “igualdade de conteúdo”; isto é, entre a declarada “igualdade de todos perante a lei” e as “desigualdades sociais que se desenvolvem no quadro da institucionalização jurídica de iguais liberdades privadas”.³⁸⁷ Para essa oposição, entretanto, Marx e Engels não previam qualquer possibilidade de superação no quadro do Estado democrático de direito. Embora Habermas encontre em tais autores uma “ampliação do conceito do político”, na medida em que a tematização e eliminação da “distribuição desigual do poder de disposição econômica” passam a ser objeto de uma política transformadora, tal política não se realizaria no terreno democrático. A partir do nexos funcional assumido entre estrutura de classes e sistema jurídico, tais autores rejeitam, a um só golpe, o formalismo jurídico e a esfera do direito em seu todo.³⁸⁸

Ainda em “Soberania do Povo...”, Habermas descreve as modificações substantivas operadas nesse campo de investigação pela via reformista: aqui já se encontra uma perspectiva de redução do abismo que separa igualdade de direito e igualdade de fato pela via da materialização do direito. Para Habermas, entretanto, a tentativa de efetivação dos direitos civis e políticos universalizados apenas formalmente no âmbito do Estado liberal se vê rapidamente frustrada com os insucessos do Estado de bem-estar: “os partidos e os sindicatos que operam no quadro do Estado democrático de direito se frustraram ao tentar concretizar os compromissos do Estado de bem-estar social, ou melhor, tiveram que

³⁸⁶ FG, p. 499 (DDem, v. II, p. 154).

³⁸⁷ FG, p. 617 (DDem, v. II, p. 264).

³⁸⁸ FG, p. 617 (DDem, v. II, p. 265).

contentar-se com uma simples adaptação da herança liberal-burguesa e renunciar ao cumprimento das promessas radical-democratas.”³⁸⁹ As esperanças e frustrações em relação aos processos de materialização promovidos pelo Estado de Bem-Estar podem ser bem atestadas pela coletânea *Cidadania, Classe Social e Status*, de T. H. Marshall. Assumindo explicitamente o campo sociológico que mede a “efetividade do Estado democrático de direito”, Marshall retoma a incongruência entre, de um lado, a universalização formal dos direitos civis e políticos e, de outro, um sistema de classes que distingue os operários dos cidadãos ativos. Para o autor, o trabalho exaustivo, a carência de educação básica, os constantes riscos de desemprego e a falta de tempo para o lazer e a informação fariam do operariado uma classe inapta para a cidadania. Ao contrário de Marx, entretanto, a exclusão dos trabalhadores do exercício da cidadania não seria derivada de um vínculo necessário entre direito e sistema de classes, mas da incompletude da própria constituição da cidadania: “Essas desigualdades gritantes não são devidas a falhas nos direitos civis, mas à falta de direitos sociais – e nos meados do século XIX, os direitos sociais não tinham expressão.”³⁹⁰ Nessa afirmação central, já se mostram também presentes os elementos mais essenciais de sua leitura dos processos de materialização do direito, contida em seu ensaio mais conhecido, “Cidadania e Classe Social” (1949). Neste texto, Marshall não enxerga qualquer necessidade de revisão da universalização formal de direitos civis (vale dizer, dos “direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade, o direito de concluir contratos válidos e o direito à justiça”³⁹¹), iniciada na Inglaterra em meados século XVIII. Os bloqueios à cidadania plena, pois, não teriam qualquer relação com a distribuição formalmente idêntica de competências jurídicas entre todos. Ao contrário, a igualdade formal dos direitos civis apresenta-se ali como o primeiro processo histórico acabado de efetivação da cidadania. Na seqüência da universalização formal dos direitos políticos – processo que não lhe parecia ainda integralmente cumprido – restaria a necessidade de combater as “desigualdades resultantes do mercado”, prioritariamente, as “desigualdades na distribuição de renda”

³⁸⁹ FG, p. 618 (DDem, v. II, p. 266).

³⁹⁰ MARSHALL, T. H. “Cidadania e Classe Social” in Idem. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 80.

³⁹¹ Ibidem, p. 63.

que impediam o pleno exercício de direitos. O processo de materialização do direito, dessa forma, é enxergado estritamente como a positivação de direitos sociais, caracterizados pelo autor como “direitos à participação na riqueza coletiva” e implementados na forma de prestações estatais em áreas de “bem-estar fundamental”, tais como educação, saúde e moradia.

Em sua perspectiva evolutiva, os direitos sociais são vistos por Marshall como a tendência de juridificação própria do século XX e como a última etapa nos processos de efetivação da cidadania. Eles seriam capazes de mitigar a diferença de classes até o ponto em que ela não seria mais relevante do ponto de vista do exercício de direitos civis e políticos. Pela mediação dos direitos sociais, portanto, a discrepância entre igualdade de direito e igualdade de fato poderia ser progressivamente eliminada. Nesse sentido, não são poucas as passagens em que Marshall manifesta seu otimismo em relação aos efeitos dos direitos sociais já conquistados: “Não há dúvidas que, no século XX, a cidadania e o sistema de classe capitalista estão em guerra. (...) O impacto da cidadania sobre tal sistema está condenado a ser profundamente perturbador e mesmo destrutivo. A igualdade implícita no conceito de cidadania, embora limitada em seu conteúdo, minou a desigualdade do sistema de classe, que era, em princípio, uma desigualdade total.”³⁹² Neste mesmo ensaio de 1949, entretanto, Marshall já apresenta certas fragilidades encontradas nos programas sociais então vigentes na Inglaterra: sua débil exigibilidade nos termos de direitos reclamáveis individualmente, o fortalecimento dos estigmas sociais vinculados à pobreza e os indícios de que tais programas poderiam não estar atingindo as reais necessidades de seus destinatários.³⁹³ Na seqüência dos ensaios, principalmente naqueles escritos já na década de 1960, esses descontentamentos parciais vão se tornando cada vez mais definitivos. Marshall acompanha o enfraquecimento do Estado de Bem-Estar na Inglaterra, França, Alemanha e Estados Unidos e a redução dos direitos sociais até o ponto em que se tornam um “mínimo necessário” à manutenção de uma sociedade capitalista afluyente.

“Pelos meados da década de 1950, a sociedade da austeridade tinha desaparecido e a sociedade afluyente tomava seu lugar. Removeram-se as

³⁹² Ibidem, pp. 76-77.

³⁹³ Ibidem, pp. 93 e ss.

restrições ao auto-enriquecimento e ao consumo competitivo, e contaram-se histórias sensacionais de salários astronômicos, ajudas de custo ilimitadas e ganhos especulativos fabulosos no ramo imobiliário e outros. Os preços subiram, as reivindicações salariais tornaram-se um acontecimento anual e a inflação privou alguns dos benefícios do bem-estar de seu valor original. Foi nessas circunstâncias que os princípios fundamentais do Estado de Bem-Estar Social ficaram sujeitos a ataques. Os principais objetivos do ataque eram o princípio da universalidade no seguro social e as disposições de determinados serviços assistenciais gratuitos para todos. Argumentou-se que a distribuição de um volume considerável de renda real e monetária através de um sistema de administração pública complicado poderia ser justificada em tempos de escassez, mas, em época de prosperidade, a produtividade crescente deveria capacitar quase todos a atender suas necessidades de seu próprio bolso e através do mecanismo do mercado, reduzindo, assim, os serviços de bem-estar social gratuitos ou subsidiados uma vez mais ao nível de uma atividade periférica. (...) Assim, parece que o Estado do Bem-Estar Social como o conhecemos por volta de 1940 ou, ao menos, o consenso que o sustentava, foi sufocado pela Sociedade Afluente.”³⁹⁴

Segundo Marshall, os princípios universalistas que teriam impulsionado a materialização do direito e a realização da igualdade contida na idéia de cidadania estariam ameaçados (segundo algumas de suas passagens) ou mesmo completamente superados (segundo outras) – e isso porque, na seqüência dos dez primeiros anos do pós-guerra, o consenso político substancial que assumira a necessidade de medidas universalistas de bem-estar teria se dissipado. Tais mudanças no ambiente político podem ser explicadas de duas formas pelo autor: em primeiro lugar, tal consenso repousaria anteriormente numa “responsabilização coletiva” pelas condições básicas de sobrevivência, produzido em meio a uma situação generalizada de escassez material atual ou iminente.³⁹⁵ Com a suposta superação da “pobreza estrutural” – vale dizer, a pobreza derivada da “falta de possibilidades” e não da “má administração individual do tempo e de recursos” - tal consenso teria sido substituído pela nova imagem de uma “sociedade afluyente”, uma sociedade em que a prosperidade material e o consumo de massa tornariam as prestações sociais do Estado de Bem-Estar cada vez menos justificáveis e mais periféricas.³⁹⁶ Em segundo lugar, a desarticulação do Estado de Bem-Estar vem acompanhada em Marshall de uma nova percepção da estratificação social nas sociedades

³⁹⁴ MARSHALL, T. H. “O Estado de Bem-Estar Social – Um Estudo Comparativo” in Idem. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 200.

³⁹⁵ Ibidem, pp. 186 e ss.

³⁹⁶ Ibidem, p. 201.

que primeiro implantaram seus princípios reguladores. Para o autor, a diminuição da pobreza e a expansão da classe média teriam feito com que elementos não-econômicos da estratificação social, anteriormente encobertos pelas diferenças de classe, fossem tematizados e integrados à vida política de maneira cada vez mais crescente. Com isso, diferenças ligadas à raça, religião, etnia, e identidades culturais passam não apenas a compor a estratificação social junto com as diferenças de classe, como também a assumir primazia sobre estas.³⁹⁷ As conseqüências que Marshall retira disso, antecipando em mais de duas décadas boa parte do diagnóstico de Iris Young, são: a plurificação dos grupos sociais, a perda do potencial explicativo das antigas categorias de classe e a substituição das demandas distributivas por formas de mobilização política vinculadas a posições distintas de *status* social, as quais possuem seu foco não na igualdade de tratamento, mas no “direito a um tratamento diferenciado”.³⁹⁸

Se já podemos encontrar em Marshall alguns elementos do diagnóstico que indica o deslocamento das políticas distributivas nas sociedades que primeiro viram estruturados os princípios do Estado de Bem-Estar (diagnóstico este bastante presente no cenário do pensamento político contemporâneo³⁹⁹), a avaliação que dele faz Young caminha num sentido oposto. Young se opõe fundamentalmente à Marshall na medida em que não considera o deslocamento das demandas distributivas um retrocesso aos processos de efetivação da cidadania, encontrando nas políticas da diferença contemporâneas não apenas a continuidade, mas a radicalização do próprio movimento de materialização do direito. Nesse sentido, *Justice and the Politics of Difference* é considerado um marco do

³⁹⁷ Cf.: MARSHALL, T. H. “Mudanças na Estratificação Social no Século XX” in Idem. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. “Em muitos casos, as filiações étnicas e religiosas têm crescido em importância na vida comunitária, não porque isso represente um crescimento absoluto, mas porque a lealdade para com a classe já não condiciona tanto a vida social. (...) O que desejo ressaltar aqui é simplesmente que, se as linhas nítidas da estratificação estão perdendo a cor, isto pode ser devido não apenas ao crescimento de novas dimensões da estratificação, mas também devido ao aparecimento de mais dimensões de grupos sociais de todos os tipos – possivelmente apenas sua emergência das sombras da toda poderosa lealdade de classe da fase meio-capitalista da história social.” Ibidem, p. 123. “(...) A profecia de Marx sobre a crescente desigualdade entre ‘os que têm’ e ‘os que não têm’ mostrou-se falsa, e a força da consciência de classe e do conflito de classe fenece. O resultado não é uma sociedade homogênea ou totalmente igualitária, mas uma em que o *status* social conta mais do que o interesse de classe como base da estratificação.” Ibidem, p. 128.

³⁹⁸ Ibidem, pp. 115 e ss.

³⁹⁹ Cf. TAYLOR, C. “Die Politik der Anerkennung“, in Idem. *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993; FRASER, N. *Justice Interruptus*. New York: Routledge, 1997; HONNETH, A., FRASER, N. *Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange*. New York: Verso, 2003.

que se convencionou chamar no interior do debate político atual de “passagem das teorias focadas na redistribuição para as teorias do reconhecimento”⁴⁰⁰.

Para Young, o projeto do *Welfare State* pode ser assumido como uma tentativa de realizar as promessas do Estado de direito liberal. Nesse sentido, ele seria organizado em torno de três elementos essenciais: a manutenção do princípio da igualdade formal na distribuição de direitos civis e políticos; a regulação da atividade econômica com o objetivo de maximização do bem-estar coletivo e o direito de todo cidadão ter certas necessidades básicas supridas pelo Estado quando estas não puderem ser espontaneamente distribuídas pelos mecanismos privados do mercado.⁴⁰¹ No que se refere ao universo mais propriamente jurídico, portanto, o projeto welfarista viria apenas “somar” direitos sociais de caráter distributivo à mesma estrutura liberal de direitos civis e políticos existentes. Segundo a autora, grande parte dos insucessos do Estado de Bem-Estar no cumprimento de seu projeto de efetivação democrática podem ser atribuídos justamente à centralidade dada a tais estratégias distributivas. Em primeiro lugar, a distribuição de bens e serviços na forma de direitos sociais possuiria um caráter “conservador”: eles seriam incapazes de transformar as estruturas institucionais responsáveis pelos padrões de desigualdade que pretendem combater, mas garantiriam sua continuidade por meio da criação de novas relações de dependência para com o Estado. Young assume que esse argumento não é de todo novo: ele repousa na objeção marxista de que a mera realocação de bens e posições tangíveis entre os indivíduos, distribuídos de maneira desigual pelo mercado, é incapaz de alterar as estruturas institucionais que produzem esses mesmos padrões de distribuição.

“Se a propriedade é algo que pode ser distribuído nas formas, por exemplo, de bens, terras, imóveis ou ações, as relações jurídicas que definem o direito de propriedade, as possíveis formas de título, etc., não são bens passíveis de distribuição. A estrutura jurídica envolve regras que definem práticas e direitos para a tomada de decisões acerca da disposição de bens. A dominação de classe é certamente exercida por atores decidindo onde investir seu capital – uma decisão distributiva; mas as regras sociais, os direitos, os procedimentos e as influências que estruturam a tomada de decisão capitalista não são eles mesmos bens a serem distribuídos. (...) A crítica geral que faço ao foco predominante na distribuição de renda, bem-estar e posições é que tal foco ignora e tende a

⁴⁰⁰ Cf. FRASER, N., op. cit., p. 194.

⁴⁰¹ YOUNG, I. M., op. cit. p. 67.

obscurecer o contexto institucional dentro dos quais tais distribuições ocorrem, o qual revela-se, no mínimo parcialmente, como causa dos padrões de distribuição de empregos e riqueza.”⁴⁰²

Em segundo lugar, se essas antigas objeções marxistas não são devidamente levadas em consideração, o projeto welfarista continuaria preso ao marxismo justamente no ponto em que ele mostra-se para a autora mais falho, a saber, em sua compreensão limitada das “formas de opressão socialmente vigentes”. Segundo Young, tal limitação poderia ser notada ao considerarmos a pluralidade das formas de opressão denunciadas pelos novos movimentos sociais. Como já dito, a opressão seria denunciada pelas lutas sociais contemporâneas em cinco formatos distintos: exploração, marginalização, impotência, imperialismo cultural e violência. Essa diversidade das formas como a opressão se manifesta marcaria a insuficiência da compreensão que restringe os conflitos sociais às lutas entre grupos econômicos. Para a autora, racismo, sexismo, homofobia e discriminação em função da idade são exemplos de opressão que possuem “dinâmicas próprias”, as quais, embora possam interagir com as dinâmicas de classe, não podem ser reduzidas a elas: “A percepção que caracteriza a opressão como um fenômeno unificado deixa de lado tanto certos grupos oprimidos, quanto formas relevantes segundo as quais ela se manifesta. Teóricos da libertação negra e feministas, por exemplo, têm argumentado persuasivamente que a redução marxista de todas as formas de opressão à lógica econômica deixa de lado muito das formas específicas em que opressão é sofrida por negros e mulheres. Pluralizando a categoria de opressão da maneira aqui explicada, a teoria social pode evitar os efeitos de exclusão e simplificação exagerada de um tal

⁴⁰² Ibidem, p. 21. Young assume dois distanciamentos principais de sua obra em relação à maneira como esse argumento é apresentado pela maior parte da tradição marxista. Em primeiro lugar, as relações de opressão e dominação obscurecidas pelo modelo de justiça distributiva não devem ser assumidas *somente* nos termos das dinâmicas de classe. (Ibidem, p. 21; pp. 61 e ss.) Em segundo lugar, suas críticas à justiça distributiva não implicam o abandono da perspectiva democrática. (Ibidem, pp. 21-22) Ao contrário, na medida em que a crítica marxista aos padrões de justiça distributiva é erguida em favor da eliminação das formas de dominação vigentes, vale dizer, das estruturas sociais que impedem a autodeterminação, ela mesma deveria assumir a “democracia como condição da justiça social”: “Muitos que fazem essa crítica marxista ao foco distributivo das teorias da justiça concluem que a justiça é um conceito da ideologia burguesa e, assim, infrutífero a uma análise normativa socialista. Outros discordam, e essa disputa tem ocupado grande parte dos debates marxistas sobre justiça. (...) Se a justiça é definida negativamente como a eliminação das estruturas de dominação, então ela implica em tomadas de decisão democráticas. Democracia é uma condição da liberdade no sentido da autodeterminação.” (Ibidem, p. 91).

reduccionismo”.⁴⁰³ Importante dizer que Young não apenas combate a centralidade dada à “opressão de classe”, como também coloca um acento muito forte em sua dimensão cultural. Nesse sentido, mesmo quando trata das formas de opressão diretamente ligadas à posição de um grupo na divisão do trabalho – como a “exploração” e a “marginalização” –, ela não as considera derivadas exclusivamente de um “modo específico de reprodução econômica”, apresentando-as como fenômenos fortemente marcados por estruturas simbólicas que preenchem a autocompreensão cultural da sociedade. Tanto é assim que em seus exemplos da forma de opressão caracterizada pela “exploração do trabalho”, a autora menciona o trabalho não-remunerado exercido pelas “donas de casa” e aceito de forma não-reflexiva pela maior parte das sociedades ocidentais; e na descrição dos “grupos marginalizados”, cita a exclusão de idosos e deficientes físicos do mercado de trabalho em função de estereótipos que os apresentam como incapazes e dependentes. Essa ênfase na dimensão cultural se revela ainda mais explicitamente quando diz que o “imperialismo cultural” – vale dizer, a forma de opressão caracterizada pela universalização da experiência cultural de um grupo dominante e seu estabelecimento como norma ou padrão de normalidade – “é sofrido por praticamente todos, se não todos os grupos apresentados como oprimidos pelos movimentos sociais contemporâneos”.⁴⁰⁴ Segundo a autora, assistências materiais diretas não mudariam relações sociais e imagens discriminatórias compartilhadas intersubjetivamente e, ainda que possam produzir algum tipo de benefício imediato contra relações sociais injustas, elas não garantem que tais benefícios se convertam em soluções para o problema a longo prazo.

Em terceiro lugar, Young declara que as doutrinas justificadoras do Estado de Bem-Estar não se afastariam suficientemente do liberalismo ortodoxo ao assumirem a igualdade formal como padrão normativo imposto à distribuição de direitos subjetivos entre todos: a igualdade de direitos, pois, seria enxergada em ambos os casos como “imparcialidade” ou “neutralidade” em relação às diferenças socialmente existentes. Segundo os cânones da igualdade formal, trata-se de justificar a concessão das mesmas liberdades entre todos independentemente de determinantes sociais como classe, religião, raça, etnia, opção sexual, compleição física, etc. Young diz não ignorar os “ganhos

⁴⁰³ Ibidem, p. 63.

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 64.

históricos” contidos nas lutas responsáveis pela equiparação formal de direitos: seu efeito na maior parte das democracias contemporâneas teria sido o de desestruturar ordens jurídicas estratificadas por um sistema de privilégios legitimados pelas idéias de casta ou status.⁴⁰⁵ Tais ganhos, entretanto, teriam se transformado em nova fonte de privilégios quando a equiparação formal passa a ser considerada uma “conquista suficiente”, uma “etapa conclusiva” da luta por direitos: “O alcance da igualdade formal não elimina as diferenças sociais, e o comprometimento retórico com a imparcialidade torna impossível que sejam identificadas as relações de privilégio e opressão estruturadas por tais diferenças”.⁴⁰⁶

O que Young procura atacar é justamente aquilo que Marshall considerava um ganho inquestionável das democracias modernas: a universalização dos direitos civis e políticos segundo os termos da igualdade formal, defendendo a necessidade de um “tratamento jurídico específico” para grupos capazes de demonstrar publicamente as peculiaridades que definem seu estado de opressão e dominação.⁴⁰⁷ Na argumentação de Young, mais efetivo que a distribuição de bens e serviços no combate às formas de injustiça socialmente vigentes seria a transformação das estruturas jurídicas que garantem suas condições institucionais. Nesse sentido, a representação welfarista sobre os efeitos do movimento operário no sistema de direitos supervalorizaria a criação de direitos sociais de caráter redistributivo, obscurecendo transformações significativas nas próprias estruturas das liberdades civis conquistadas por meio da denúncia à falsa neutralidade da igualdade formal. Entretanto, se as conquistas democráticas da classe trabalhadora não se mostram completamente alheias à política da diferença, os “novos movimentos sociais” teriam modificado significativamente sua dinâmica: tais movimentos revelam um descentramento das lutas sociais em grupos particulares, os quais não reconhecem suas reivindicações inteiramente contempladas pelas “demandas globais da classe trabalhadora”. Ao pretenderem defender a especificidade de suas carências sem reafirmar os estigmas a elas vinculados, tais movimentos seriam levados a cumprir políticas de identidade em arenas públicas sub-institucionais, nas quais busca-se redefinir as categorias identitárias segundo as quais os grupos procuram ser reconhecidos social e

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 156.

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 164.

⁴⁰⁷ Ibidem, p. 158.

politicamente. Para Young, as lutas dos novos movimentos sociais mostrariam que tão importante quanto a inserção de demandas no interior do aparato jurídico-institucional seria a *maneira* como essa inserção se cumpre: elas exigiriam um alargamento dos mecanismos de participação democrática para que a afirmação da diferença represente a “autocompreensão de seus membros”, e não a “reposição burocrática dos estereótipos dados”. O tratamento jurídico específico a grupos, por fim, passa a ser exigido não apenas em função de desigualdades econômicas, como também de diferenças culturais socialmente enraizadas. A dinâmica das novas lutas sociais, pois, obrigaria uma bipartição não seletiva do sistema de direitos, o qual passaria a contar com a afirmação de direitos civis e políticos específicos a grupos como exigências próprias de um *pluralismo cultural* democraticamente mediado.

“Um princípio crucial do pluralismo cultural democrático é que políticas e direitos específicos de grupo devem ser aceitos ao lado de direitos civis e políticos específicos de participação e inclusão. Políticas de consciência de grupo não podem ser usadas para justificar a exclusão ou discriminação contra membros de um grupo no exercício de direitos civis e políticos gerais. O pluralismo cultural democrático requer um sistema dual de direitos: um sistema geral de direitos que é o mesmo para todos, e um sistema mais específico de direitos e políticas gerados segundo a consciência dos grupos.”⁴⁰⁸

No interior do debate feminista analisado por Habermas, Nancy Fraser é a autora que mais emblematicamente se opõe a uma redução da luta por direitos aos termos da “política do reconhecimento”. Desde seu livro *Unruly Practices*, citado pelo autor, Fraser assume a necessidade de manutenção das lutas por redistribuição e a retomada de elementos compreensivos presentes na obra de Marshall. É em *Justice Interruptus*, entretanto, que Fraser alcança a formulação mais difundida de seu modelo teórico que visa à “integração do paradigma do reconhecimento com o paradigma da redistribuição”. Embora essa obra seja publicada apenas em 1997, não fazendo parte, portanto, da bibliografia incorporada em *Direito e Democracia*, é nela que Fraser combate mais diretamente a “política da diferença” de Young, permitindo-nos salientar, apesar de todos os contrastes, semelhanças significativas encontradas na estrutura teórica de ambas as autoras que as afastam de um modelo genuinamente procedimental.

⁴⁰⁸ Idem, p. 174.

Já no prefácio de *Justice Interruptus*, Fraser apresenta a oposição entre políticas de redistribuição e políticas de reconhecimento como uma cisão produzida no campo da esquerda democrática em meio a sua condição pós-socialista: “Essa é, assim, a ‘condição pós-socialista’: uma ausência de qualquer projeto emancipatório amplo apesar da proliferação das frentes de luta; um desacoplamento das políticas culturais de reconhecimento das políticas sociais de redistribuição; e a perda da centralidade das reivindicações por igualdade em face de uma marketização agressiva e do aumento agudo da desigualdade material.”⁴⁰⁹ Nessa caracterização da “condição pós-socialista”, Fraser deixa expressar sua preocupação com a inexistência de um projeto político substantivo que pudesse reagregar adequadamente as novas frentes de luta. Movida por desenvolvimentos históricos da segunda metade do século XX, como as constantes denúncias de totalitarismo nos Estados socialistas e das novas formas de dominação surgidas no interior do Estado de bem-estar social, a esquerda encontrar-se-ia cética com respeito à elaboração de qualquer projeto político abrangente, cindindo-se entre posições economicistas em prol da ortodoxia e culturalistas que se pretendem de vanguarda, bloqueando, assim, a possibilidade de estabelecer entre si um diálogo que fosse além de uma infrutífera “troca de insultos”. Neste contexto, importa à autora ressaltar a vitória atual do segundo desses partidos: “reivindicações sobre o reconhecimento das diferenças de grupo têm se tornado cada vez mais salientes no período recente, certas vezes ocultando reivindicações por igualdade social”. A condição pós-socialista, pois, seria fortemente marcada não apenas pelo desacoplamento das políticas culturais de reconhecimento em relação às políticas sócio-econômicas de redistribuição, como também pelo crescente ofuscamento destas últimas. No âmbito mais direto das lutas sociais, este desacoplamento seria observado em fenômenos como a ascensão das “políticas de identidade” (as quais reivindicam a valorização e a continuidade de formas de vida culturais), o descentramento da classe (culminando na diversidade de grupos e metas opositoras), bem como o declínio do Estado de bem-estar acompanhado por graves críticas ao caráter paternalista de suas políticas redistributivas. Tais fenômenos expressariam o abandono de uma luta social centrada exclusivamente nas “demandas de classe”, afirmando a particularidade de reivindicações contra diferentes formas de

⁴⁰⁹ FRASER, N., *Justice Interruptus*. New York: Routledge, 1997, p. 3.

violência simbólica e a recusa em continuar considerando-as como demandas de segunda ordem, as quais permaneceriam suspensas até o momento da supressão total da base econômica que as produz. No âmbito do “imaginário político”, entretanto, essa diferenciação das frentes de luta social é ocultada em nome de novos tipos de totalizações. O que a autora chama de “ideologias pós-socialistas” são caracterizadas por elaborações teóricas que apresentam o “reconhecimento” como a única categoria capaz de descrever as demandas sociais contemporâneas apesar de um crescimento agudo da desigualdade material observado mesmo nas economias mundiais mais desenvolvidas; ou que são incapazes de vincular a igualdade sócio-econômica como uma dimensão necessária à emancipação contra violências culturais. A luta por reconhecimento, assim, parece-lhes “substituir” as lutas por redistribuição como se representassem dois paradigmas mutuamente excludentes.

“Entrelaçados com desenvolvimentos históricos, encontramos correntes de ideologia “pós-socialista”. Algumas celebram a passagem da “redistribuição ao reconhecimento” como se lutas por justiça redistributiva não fossem mais relevantes. Outras lamentam o descentramento da classe, o que identificam ao declínio das reivindicações econômicas igualitárias, como se lutas por justiça racial e de gênero fossem ‘meramente culturais’ e não também endereçadas à distribuição. Juntas, essas correntes constroem o que parece ser uma questão de escolha: políticas de classe ou políticas de identidade? Políticas sociais ou políticas culturais? Igualdade ou diferença? Redistribuição ou reconhecimento? A implicação é que elas aparecem como alternativas mutuamente excludentes, que devemos escolher entre igualdade social e multiculturalismo, que redistribuição e reconhecimento não podem ser combinados.”⁴¹⁰

Para Fraser, uma postura crítica frente à condição pós-socialista exige a negação desse diagnóstico teórico que apresenta reconhecimento e redistribuição como alternativas mutuamente excludentes e as lutas pela afirmação das identidades culturais como um ponto de vista privilegiado para o conhecimento e combate das atuais formas de injustiça social. Fraser procura estabelecer uma perspectiva emancipatória mais ampla, “investigando, como um pré-requisito para se combater as injustiças sociais, a forma com a qual reivindicações por reconhecimento podem ser integradas com reivindicações por

⁴¹⁰ Ibidem, pp. 2-3.

redistribuição em um projeto político abrangente.”⁴¹¹ Para isso, a autora irá combater o que para ela apresenta-se como as versões mais influentes da teoria do reconhecimento, entre elas, a política da diferença de Iris Young.

Fraser corrobora a intenção de Young em elaborar um modelo crítico essencialmente pautado nos próprios processos sociais de luta política. Entretanto, segundo ela, Young não teria levado suas pretensões teóricas à radicalidade por acabar se prendendo a resquícios metateóricos que orientam toda sua obra. O principal deles seria encontrado em seu conceito de “grupo social”. Para Fraser, o conceito de grupo social pode ser considerado o pressuposto sociológico central da obra de Young, representando a categoria geral na qual são enquadrados os diferentes tipos de coletividades em conflito. O conceito de grupo social, entretanto, teria sido elaborado por Young em vista do formato peculiar dos grupos étnicos, sendo, posteriormente, estendido a outras coletividades em abstração de suas naturezas e metas políticas específicas. Grupos étnicos reuniriam indivíduos que compartilham em maior ou menor medida uma identidade coletiva. Em relação a tais grupos, faria sentido falar em “política de identidade” e “afirmação da diferença”, já que os projetos de vida individuais estariam ali tão ligados a uma forma de vida específica e compartilhada entre seus membros que a supressão do grupo poderia significar o impedimento de sua realização. Para Fraser, entretanto, grupos fundados em elementos étnico-culturais não podem ser comparados a grupos ligados à segregação econômica. Neste caso, a pretensão de seus membros é justamente que o grupo seja dissipado, que deixe de existir. Falar aqui na afirmação das diferenças de grupo seria desconsiderar seu caráter específico e ignorar suas reivindicações características, já que tais grupos não se encontrariam ligados a uma luta por diferença, mas sim por igualdade. Além disso, a maior parte dos grupos culturais marginalizados apresentar-se-iam sujeitos não apenas a formas de repressão simbolicamente mediadas, como a condições de desigualdade material que os impedem de se “expressar” e “auto-realizar” plenamente – sendo, por isso, impassíveis de consideração segundo um viés meramente culturalista.

⁴¹¹ Ibidem, p. 3.

“A política da diferença defendida por Young é uma visão emancipatória que serve especialmente à situação dos grupos étnicos. Nos casos em que a diferença em questão é a do tipo das culturas étnicas, a consideração de que a justiça seria alcançada pela afirmação e pelo fomento da diversidade cultural é *prima facie* plausível. Porém, quando as diferenças culturais estão associadas à posição econômica, a política da diferença pode estar sendo mal empregada. A justiça ali pode requerer justamente o fim da diferenciação do grupo com, por exemplo, a reestruturação da divisão de trabalho.”⁴¹²

Para Fraser, pois, Young abandonaria cedo demais as políticas de redistribuição. Suas críticas são consideradas “instrumentos poderosos” para a identificação de programas redistributivos *inadequados*, mas seriam insuficientes para afastar a necessidade de políticas redistributivas em seu todo. Vale dizer, “suas críticas atingem não a distribuição *per se*, mas a distribuição dos bens errados”.⁴¹³ A necessidade de manutenção das políticas redistributivas poderia ser depreendida da própria exposição de Young: toda sua obra – e em especial, sua caracterização sobre as “cinco faces da opressão” – seria perpassada por reivindicações sociais ligadas não apenas ao reconhecimento das diferenças culturais, como também pela luta contra desigualdades econômicas. Estas últimas, entretanto, acabariam sendo obliteradas devido a uma perspectiva culturalista que pré-condiciona todas suas análises. Para Fraser, uma “teoria crítica das políticas de reconhecimento” exigiria fundamentalmente um esforço de integrá-las às demandas por redistribuição sem suprimir suas especificidades; conforme escreve a autora: “A tarefa é integrar os ideais igualitários do paradigma redistributivo com aquilo que se apresenta como genuinamente emancipatório no paradigma da redistribuição.”⁴¹⁴

Ao procurar verificar as possibilidades de uma tal integração, Fraser parte de uma distinção entre as coletividades em luta e as metas políticas mais adequadas a cada uma. Nesse sentido, a autora produz um distinção inicial entre coletividades vinculadas a “formas puras” de injustiça econômica e simbólica, sendo representadas, respectivamente, pela classe trabalhadora e por coletividades de sexualidade menosprezada: “Quando lidamos com coletividades que se aproximam do tipo ideal da

⁴¹² Ibidem, p. 196.

⁴¹³ Ibidem, p. 191.

⁴¹⁴ Ibidem, p. 204.

classe trabalhadora explorada, estamos diante de injustiças distributivas que exigem remédios redistributivos. Quando lidamos com coletividades que se aproximam do tipo ideal da sexualidade menosprezada, entretanto, estamos diante de injustiças de não reconhecimento que exigem remédios de reconhecimento. No primeiro caso, a lógica do remédio é a de extinguir o grupo enquanto tal. No segundo caso, ao contrário, é a de valorizar a condição de grupo através do reconhecimento de sua especificidade.”⁴¹⁵ Entre esses dois extremos, a autora assume um grande número de coletividades sujeitas a formas combinadas de injustiça social, sendo os casos de negros e mulheres apresentados como seus exemplos paradigmáticos. Com efeito, ao contrário de gays, cuja sexualidade menosprezada não os privaria significativamente de um igual acesso ao mercado de trabalho (inclusive entre os cargos melhor remunerados), a discriminação simbólica sofrida por mulheres compõe os termos de uma separação estrutural entre o “trabalho produtivo remunerado”, de um lado, e o “trabalho ‘reprodutivo’ ou doméstico não remunerado”, de outro. A naturalização do vínculo entre as representações culturais do “feminino” e o trabalho doméstico levaria a formas diretas de exclusão das mulheres no mercado de trabalho (nos casos em que são consideradas implícita ou explicitamente inaptas a determinadas funções) ou a chances desiguais de concorrer em seu interior (devido às sobrecargas da “dupla jornada”). De maneira similar, os estigmas da escravidão e do colonialismo carregados por negros não apenas os fariam vítimas de diferentes formas de “racismo cultural” (como ofensas e agressões privadas, desvalorização de suas produções intelectuais e representações públicas nas figuras depreciativas de criminosos, desocupados e “primitivos”), como os forçariam a constituir uma “casta político-econômica” específica, sujeita a funções não-especializadas e a salários mais baixos. “Ao contrário da classe e da sexualidade menosprezada, que ocupam as duas extremidades do espectro conceitual aqui utilizado, gênero e ‘raça’ apresentam-se como categorias bivalentes, implicadas simultaneamente tanto nas políticas de redistribuição quanto nas políticas de reconhecimento. Consequentemente, ambas vinculam-se aos dilemas próprios da tentativa de combinar reconhecimento e redistribuição. Feministas devem lutar por remédios político-econômicos que minem a diferenciação de gênero e perseguir, concomitantemente, remédios culturais-valorativos

⁴¹⁵ Ibidem, p. 19.

que valorizem a especificidade de uma coletividade menosprezada. Anti-racistas, da mesma forma, devem buscar remédios político-econômicos que combatam a diferenciação de ‘raça’ e perseguir, concomitantemente, remédios culturais-valorativos que valorizem a especificidade de uma coletividade menosprezada. Como eles podem buscar ambas as coisas a uma só vez?”⁴¹⁶

A verificação das chamadas “coletividades bivalentes”, pois, exige a combinação de políticas de reconhecimento com políticas de redistribuição. Segundo Fraser, entretanto, ao se debruçar sobre o panorama direto das lutas sociais encampadas no final do século XX, a teoria se vê obrigada a assumir a existência de um “campo político complexo e com pequena coerência programática”, marcado não apenas por demandas mais gerais de reconhecimento e redistribuição, como também por “concepções alternativas” de cada uma delas. Com efeito, as políticas de redistribuição e reconhecimento abarcariam, cada uma delas, a possibilidade de remédios tanto “afirmativos” quanto “transformativos”: no âmbito das políticas de reconhecimento, os remédios afirmativos estariam voltados à revalorização das identidades de grupo, enquanto que os remédios transformativos, à desconstrução das categorias e estereótipos sociais que estabelecem a própria diferenciação. No âmbito das políticas de redistribuição, por seu turno, os remédios afirmativos seriam direcionadas à realocação de bens e oportunidades em benefício dos grupos economicamente mais prejudicados, enquanto que os transformativos seriam marcados pela tentativa de combater as estruturas de reprodução material que geram a desigualdade social. A “complexidade” e a “pequena coerência programática” de uma tal situação estariam não apenas na diversidade de tais medidas, como também nas tensões que elas apresentam entre si. Tal situação, pois, apresenta não apenas dificuldades à compatibilização das medidas de reconhecimento com medidas de redistribuição, como também a franca concorrência dos remédios alternativos existentes no interior dos respectivos campos de discussão. Assim, não bastaria à autora uma enumeração mais completa e fiel das metas políticas que compõe um tal cenário, havendo a necessidade de uma avaliação acerca das possibilidades mais frutíferas de sua combinação.

Fraser nos diz que, *prima facie*, as combinações cruzadas de medidas afirmativas e transformativas apresentam-se como conflitivas, já que seus remédios envolvem, de

⁴¹⁶ Ibidem, p. 22.

maneira auto-excludente, a *manutenção* e a *dissolução* de coletividades sociais, passando, assim, a avaliar os pares de combinações que se mostram aparentemente “mais promissores”. Ao avaliar o primeiro deles, a saber, a combinação entre remédios *afirmativos* de reconhecimento e redistribuição, a autora defende que, se tais remédios não são por princípio auto-excludentes, seus resultados políticos tendem a prejudicar um ao outro a longo prazo. Isso porque a realocação assistencial de bens e recursos tende a reforçar ou mesmo criar novas estigmatizações sociais, fazendo com que os beneficiários sejam vistos como dependentes, tutelados e incapazes de garantir sozinhos o próprio sustento. Assim, certos ganhos do ponto de vista da redistribuição podem facilmente se reverter em perdas do ponto de vista do reconhecimento. Esses construtos simbólicos depreciativos, por seu turno, tendem a reforçar a marginalização dos beneficiários de programas distributivos no mercado de trabalho, criando um círculo vicioso de discriminação e pobreza. Ao avaliar o segundo par de remédios políticos, vale dizer, a combinação de remédios *transformativos* de reconhecimento e redistribuição, Fraser diz que ele nos revela “um cenário de longe menos problemático”. Para a autora, a redistribuição transformativa, ao invés de anular os resultados do reconhecimento transformativo, são por eles diretamente pressupostos:

“Desconstrução se opõe ao tipo de sedimentação ou congelamento da diferença de gênero que ocorre numa economia política injustamente sectarizada entre gêneros. Essa imagem utópica de uma cultura na qual as constantes novas construções da identidade e diferença são livremente elaboradas e rapidamente desconstruídas somente é possível, acima de tudo, na base de uma igualdade social ampla.”⁴¹⁷

Como já dito, os remédios de reconhecimento transformativo são direcionados não à afirmação da diferença de grupos oprimidos, mas à diluição das categorias que produzem a própria opressão. Trata-se, portanto, não de afirmar a especificidade de grupos como “mulheres” ou “negros” perante as normas e instituições sociais vigentes, mas sim de desconstruir, nestes casos, as generalizações e estereótipos ligados ao gênero e à raça, permitindo a formação de identidades pautadas na ressignificação constante das estruturas simbólicas que compõem a auto-compreensão cultural de uma sociedade, e não

⁴¹⁷ Ibidem, p. 30.

em um mero “pertencimento” a idéias massificadoras e reificantes de “grupo”. Fraser insiste, entretanto, que as políticas de desconstrução não podem ser adequadamente criadas e mantidas em meio a uma estrutura econômica que incorpora tais sectarizações culturais e que não provê as condições materiais necessárias às complexas atividades cotidianas de ressignificação. Assim, a desconstrução simbólica não apenas se coaduna com a redistribuição transformativa, como também se mostra dela dependente. Com efeito, os remédios de redistribuição transformativa não visam à mera realocação de recursos direcionada a grupos tutelados específicos, mas compõem medidas universalistas focadas na modificação das causas que produzem a desigualdade social. Fraser nos diz que a “imagem” já produzida que mais se aproxima de uma redistribuição transformativa efetiva continua sendo o socialismo; entretanto, quando apresenta exemplos de políticas transformativas, a autora cita medidas que poderiam ser incluídas no rótulo de uma “social-democracia robusta”, tais como “programas universalistas de bem-estar, impostos progressivos, uma política macro-econômica que visa à criação de pleno emprego, propriedade pública ou coletiva significativa, um grande setor público [com provisões adequadas de educação, saúde, transporte e habitação para todos] e processos democráticos de tomada de decisão acerca das prioridades sócio-econômicas básicas”⁴¹⁸. Ao assumir a “ambigüidade” presente numa tal enumeração, Fraser nos diz que ela não representa para si um problema, já que não pretende subscrever precisamente a forma histórica a determinar o “conteúdo” do socialismo. Para ela, trata-se apenas de defender, fazendo referência a Marshall, a continuidade de demandas universalistas por redistribuição como formas de subverter a diferenciação de classe mesmo na ausência de um “socialismo em plena escala”⁴¹⁹, bem como insistir na assunção necessária um tal programa redistributivo para a configuração de políticas por reconhecimento genuinamente emancipatórias.

Após defender as políticas *transformativas* de redistribuição e reconhecimento para as chamadas “coletividades bivalentes”, Fraser nos diz que tais medidas seriam mais apropriadas também em relação a comunidades sujeitas às “formas puras” de injustiça social, e isso porque uma grande parte de seus membros individuais estaria sempre sujeita

⁴¹⁸ Ibidem, p. 26.

⁴¹⁹ Ibidem, p. 26, nota 37. Conferir também a nota 33 deste mesmo capítulo de FRASER, N., *Justice Interruptus*. New York: Routledge, 1997.

ao entrelaçamento de ambas, o que exigiria, dessa maneira, a constituição de “coalizões”. Nesse sentido, a autora escreve que “o projeto de transformar as estruturas profundas tanto da economia política quanto da cultura parece ser uma orientação programática geral, capaz de fazer jus a *todas* as lutas atuais contra a injustiça.”⁴²⁰ Assim, em oposição a Iris Young, vemos aqui não apenas a recuperação do paradigma redistributivo, como o combate a demandas por reconhecimento ligadas à afirmação das diferenças de grupo. Isso leva autores como Raphael Neves e Anne Phillips apontarem a fragilidade da obra de Fraser ao mesmo tipo de críticas direcionadas por ela a Young⁴²¹: apesar de defender uma compreensão mais ampla e atenta às especificidades das demandas sociais contemporâneas, Fraser acabaria por excluir de sua agenda o tipo de reivindicações chamadas por ela de *reconhecimento afirmativo*; vale dizer, se a obra de Young era acusada de desconsiderar demandas alheias ao multiculturalismo, em sua própria obra falta às demandas multiculturais qualquer papel a ser desempenhado, sendo elas inteiramente deslocadas em nome da desconstrução das diferenças: “Apesar de reivindicar redistribuição e reconhecimento, a tentativa de Fraser de integrar ambas as pretensões de justiça pode ser questionada. (...) Se ela responsabiliza Young por derivar toda sua política da diferença do modelo de grupos étnicos, Fraser não oferece um remédio satisfatório para as questões de identidade étnica ou para as lutas por reconhecimento derivadas de identidades lingüísticas ou religiosas. A solução transformativa, que parece ser a preferida por Fraser, implica o fim das diferenças através da desconstrução das categorias de gênero, ‘raça’, etnia ou qualquer outra marca de distinção.”⁴²²

Essa crítica toma um caráter ainda mais contundente nas mãos de Axel Honneth. Segundo ele, a maneira específica como Fraser pretende integrar reconhecimento e redistribuição deixa de lado não apenas muitas demandas atuais já cristalizadas no debate político contemporâneo, como também novas *possibilidades* de luta contra formas concretas de sofrimento e lesão à integridade. Uma tal limitação, além disso, seria uma

⁴²⁰ Ibidem, p. 32.

⁴²¹ Cf. NEVES, R. *Reconhecimento, Multiculturalismo e Direitos. Contribuições do debate feminista a uma teoria crítica da sociedade*. São Paulo: Dissertação (mestrado em Ciência Política) – FFLCH/USP, 2005; PHILLIPS, A. “From Inequality to difference: a severe case of displacement?”, in *New Left Review*, n. 224, 1997.

⁴²² NEVES, R., op. cit., p. 43.

conseqüência inevitável de toda teoria que busca seu enraizamento em demandas políticas particulares: ao terem como crivo as reivindicações já filtradas pela esfera pública *política*, elas deixariam de lado os processos sociais nos quais elas mesmas podem ser geradas e constantemente reformuladas, espelhando de maneira direta as constrações de agenda próprias da política institucionalizada. Nesse sentido, Fraser elaboraria uma leitura equivocada das teorias do reconhecimento contemporâneas, cuja originalidade não deveria ser encontrada na natureza cultural de determinadas demandas, mas na investigação das “fontes morais” que as produzem a partir de sentimentos de indignação contra formas de injustiça concretas. Vale dizer, “a luta por reconhecimento” não deve ser entendida nos termos de demandas substantivas específicas, mas sim como o *processo* em que tais demandas podem vir a ser geradas socialmente: “a estrutura conceitual do reconhecimento toma uma importância central nos dias de hoje não porque expressa os objetivos de um novo tipo de movimento social, mas porque comprovou conter ferramentas categoriais apropriadas para descortinar as experiências de injustiça como um todo. Não é a idéia particular de ‘coletividades oprimidas’ - independentemente de serem ou não caracterizadas nos termos da ‘diferença’ ou do ‘reconhecimento cultural’ – que procura prover atualmente as bases para a estrutura normativa de uma teoria do reconhecimento. Ao invés disso, o que dá origem – e de fato compele – uma tal revisão categorial são as inúmeras descobertas já compiladas concernentes às fontes morais da experiência de descontentamento social.”⁴²³ Por fim, Honneth aponta a inadequação da leitura de Fraser em relação à dimensão propriamente jurídica da luta por reconhecimento. Sua ressalva pontual e deslocada com respeito às “metas políticas antidemocráticas” ou “contrárias aos direitos humanos” colocaria em evidência tal lacuna. Embora a autora faça constantes remissões a estruturas jurídicas específicas e defenda o aprofundamento de direitos sociais de caráter redistributivo (supostamente deixados de lado segundo a leitura que faz das teorias do reconhecimento), Fraser passaria ao largo do referencial normativo central da gramática dos direitos, qual seja, as idéias de “autonomia” e de “igualdade jurídica”. Nesse sentido, os diferentes remédios entre os quais oscilam demandas por igualdade e diferença são escolhidos meramente em

⁴²³ HONNETH, A. “Redistribution as Recognition: a response to Nancy Fraser”, in FRASER, N., HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange*. New York: Verso, 2003, p. 133.

função de sua capacidade de serem integrados ao formato de um programa político abrangente – por meio, portanto, de referenciais puramente estratégicos e não normativos – sem levar em consideração que, no âmbito de uma luta por reconhecimento juridicamente mediada, tais oscilações devem ser integradas ao princípio geral da igualdade jurídica e serem avaliadas em função da autonomia dos sujeitos de direito. Citando *Direito e Democracia*, Honneth escreve:

“Na esfera de reconhecimento do direito moderno, ele toma a forma de uma arguição sobre a maneira como grupos previamente excluídos procuram alcançar reconhecimento jurídico ou como fatos previamente negligenciados exigem uma diferenciação do tratamento jurídico em apelo mesmo à idéia básica de igualdade. (...) O argumento normativo que fez as garantias de bem-estar ‘racionalmente’ inevitáveis é, em essencial, a asserção dificilmente contestável de que os membros de uma sociedade só podem fazer uso efetivo de sua autonomia juridicamente garantida se tiverem assegurados um mínimo de recursos econômicos, independentemente da renda. (...) O desenvolvimento e o alcance da autonomia individual somente é possível quando todos os sujeitos possuem as precondições para a realização de seus objetivos de vida sem desvantagens injustificadas e com a maior medida possível de liberdade.”⁴²⁴

Habermas assume-se no interior dessa tradição de pensamento dedicada à tensão entre igualdade de direito e igualdade de fato. Ao contrário do que Marx e Engels poderiam perceber em seu tempo, a tentativa de superação dessa tensão é considerada não apenas inscrita em processos históricos de materialização do direito, como também se revela um dos “motores do desenvolvimento do direito”, vale dizer, um dos principais impulsos de transformação dos códigos jurídicos existentes, incorporado já nas primeiras décadas do século XX entre seus princípios fundamentais.⁴²⁵ Seu posicionamento acerca do direito materializado, entretanto, tampouco coincide com qualquer dos modelos teóricos dedicados à superação desse descompasso no interior do Estado democrático de direito. Com efeito, em todos os casos aqui apresentados, o direito material aparece ligado a compreensões substantivas da vida social e, sobretudo, à defesa de estratégias de juridificação específicas, as quais enquadram as demandas sociais consideradas mais proeminentes a formas jurídicas eleitas teoricamente como as mais apropriadas. Aos

⁴²⁴ Ibidem, pp. 144-149.

⁴²⁵ Cf. FG, pp. 477 e ss. (DDem, v. II, pp. 132 e ss.); FG, pp. 501 e ss. (DDem, v. II, pp. 155 e ss.).

olhos de Iris Young, como vimos, a obra de Marshall peca justamente ao eleger a positivação de direitos sociais (delineados segundo uma forma distributiva, prestacional e burocrático-estatal) como a última etapa de realização da cidadania. Tal assunção seria não apenas incapaz de alterar as estruturas sociais que geram padrões desiguais de distribuição, como encobriria uma ampla gama de demandas sociais caracterizadas por elementos não-distributivos. Na leitura de Nancy Fraser, por sua vez, Young abandonaria cedo demais o terreno das lutas redistributivas e acabaria por incorrer em alguns dos mesmos erros por ela combatidos, a saber, a exclusividade descabida dada a uma única demanda política (multiculturalismo), justificada por uma compreensão limitada da realidade social (aquela que adota os grupos étnicos como modelo compreensivo para grupos sociais em geral). Nesse sentido, teríamos em Young apenas a substituição de um modelo social “produtivista” por um outro, “culturalista”. De todo modo, Fraser assume a necessidade de incluir as políticas de reconhecimento em sua tentativa de delinear os contornos gerais de um “programa político progressista”, buscando atualizar Marshall com o uso de contribuições trazidas por Young. Seus resultados, entretanto, não escapam completamente aos problemas aqui recorrentes: Fraser não apenas elege uma estratégia específica para conciliar redistribuição e reconhecimento (a qual elimina as “políticas da diferença” ou, no mínimo, as relega a casos periféricos), como o faz por meio de uma caracterização teórica a respeito da natureza e das demandas dos grupos concernidos. Essas cristalizações todas escapam a um modelo teórico procedimental e reduzem a democracia a um mero embate de reivindicações e identidades fixas, cuja resolução é antecipada teoricamente. Não se assume aqui, enfim, a formação democrática da vontade como um processo em que tanto os atores coletivos como suas demandas são constituídos no interior do próprio jogo político.

A leitura que Habermas faz de Iris Young no último capítulo de *Direito e Democracia* não privilegia, como faz Fraser, suas posições multiculturalistas substantivas. O que é enfatizado ali pelo autor é o modo como as demandas políticas podem ser geradas socialmente, descritas por Young como um processo que *parte* da autocompreensão cultural de uma sociedade justamente porque é dela que se deve esperar um acúmulo de reflexão e crítica necessário à transformação das categorias jurídicas reinantes. Essa diferença de leitura, entretanto, diz muito sobre a obra dos próprios

leitores: se Fraser enfatiza as demandas políticas substantivas assumidas por Young é justamente porque é nesse campo que pretende inscrever seu próprio trabalho. Habermas, por sua vez, evita a todo custo esse terreno de disputa. Para o autor, direitos sociais e direitos culturais mostram-se certamente como elementos difíceis de serem conciliados; sua conciliação, entretanto, é apresentada como uma decisão política, a qual, em condições democráticas, deve ser tomada por seus próprios concernidos. Como Fraser, Habermas busca agregar as diferentes posições acerca do direito materializado. Ao contrário da autora, entretanto, sua resposta é procedimental. Em linhas gerais, seu trabalho parece ser aqui o de constituir uma compreensão ampliada desse mesmo processo de materialização, agregando de maneira não-excludente as diferentes formas de direito material historicamente apresentadas e integrando-as a um modelo normativo que tem como núcleo a autonomia pública e privada dos cidadãos.

Acompanhando a tradição de pensamento que liga Marshall a Fraser, Habermas não deixa de atribuir em sua reconstrução um papel específico aos direitos sociais de caráter redistributivo – e isso apesar de suas críticas à lógica distributiva que orientaria o paradigma do Estado Social. Tais críticas, pois, não procuram endossar a substituição de direitos sociais ligados à “posse e à aquisição” por processos de materialização ocorridos no interior das liberdades civis e políticas, mas sim de integrá-los mais adequadamente a um “sistema de direitos que tem por objetivo garantir a liberdade”. Com efeito, já na reconstrução do sistema de direitos realizada no terceiro capítulo de sua obra, após apresentar as quatro categorias de direitos destinadas à constituição das autonomias pública e privada, o autor indica a necessidade de uma quinta categoria de “direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4).”⁴²⁶ Como também anunciado naquele momento da exposição, a explicitação das características que delineiam essa quinta categoria de direitos é guardada para o último capítulo da obra. Habermas salienta então – e, neste ponto, distanciando-se de Fraser – que tais direitos não se prestam a uma redistribuição *per se*, mas à complementação das liberdades de ação civis e políticas, vale dizer, à garantia das condições necessárias ao exercício das autonomias privada e pública. Com

⁴²⁶ FG, p. 156 (DDem, v. I, p. 160).

isso, os direitos sociais ganham uma fundamentação *relativa*: eles encontram sua fundamentação no modelo habermasiano somente na medida em que são necessários para garantir aos sujeitos de direito um status autônomo. Essa linha de fundamentação atribui centralidade à realização das autonomias privada e pública dos cidadãos, cabendo aos direitos sociais assegurar as condições de vida necessárias a que se faça uso, sob igualdade de condições, dos direitos privados à liberdade e dos direitos políticos à cidadania – cuja fundamentação, esta sim, é *absoluta*.

“O modelo contratual do direito formal burguês revelou, desde o início, brechas que podiam ser atacadas por uma crítica empírica. (...) As condições de um capitalismo organizado, dependente de planejamento e de realizações de infra-estrutura por parte do Estado, bem como o aumento das desigualdades de posições do poder econômico, dos valores de capital e de situações sociais, manifestaram mais claramente o conteúdo jurídico objetivo dos direitos subjetivos privados. E num contexto social tão modificado, o status negativo dos sujeitos de direito não podia mais ser garantido apenas através do direito geral a liberdades subjetivas iguais. Por isso, tornou-se necessário, de um lado, especificar o conteúdo das normas do direito privado existentes e, de outro, introduzir uma nova categoria de direitos fundamentais, capazes de incrementar pretensões a uma distribuição mais justa da riqueza produzida socialmente (e uma proteção mais eficaz contra os perigos gerados pela própria sociedade). Do ponto de vista normativo, tanto a adaptação das liberdades existentes às exigências materiais, como a nova categoria de direitos a prestações sociais, são fundamentadas de modo relativo, ou seja, tendo em vista uma distribuição igual de liberdades de ação subjetivas protegidas pelo direito, a qual é fundamentada de modo absoluto”⁴²⁷.

Com essa fundamentação relativa dos direitos sociais, Habermas não pretende apresentá-los como “direitos de segunda ordem”⁴²⁸, mas reconstruí-los teoricamente como derivações necessárias das liberdades subjetivas de ação públicas e privadas, uma vez que buscam preencher os pressupostos fáticos necessários a seu exercício. Ao invés de estabelecer algum tipo de hierarquização de direitos, Habermas pretende tão somente explicitar a *função* atribuída aos direitos sociais em sua reconstrução do código de direitos, a saber, a promoção das condições materiais que permitem o exercício da liberdade. Na discussão que remonta a disputa de paradigmas, vimos que as críticas

⁴²⁷ FG, p. 485 (DDem, v. II, p. 139).

⁴²⁸ Cf. FRANKEMBERG, G. “Why care? – The trouble with social rights” in *Cardozo Law Review*, n. 17, 1996, pp. 1383 e ss.

dirigidas ao paradigma do Estado Social tinham por critério essa função precípua do direito materializado, atingindo suas regulamentações justamente no ponto em que, ao invés de promover, restringiam a liberdade – tanto no que se refere à gênese burocrático-administrativa de tais direitos, contrária à autonomia pública dos cidadãos, quanto a suas conseqüências “normalizadoras”, que reduzem a autonomia privada de seus beneficiários.

Além disso, e mais importante para este trabalho, o trecho acima destaca que a prescrição de direitos sociais de caráter distributivo não exime o legislador político de uma reavaliação constante dos direitos subjetivos privados em face das exigências materiais observadas. Aproximando-se de uma das intuições mais centrais da “política da diferença” de Iris Young, Habermas incorpora em sua descrição dos processos de materialização do direito as transformações cumpridas no interior das liberdades subjetivas privadas, as quais passam a ter seu conteúdo especificado em função da percepção de situações fáticas que revelam condições diferenciadas para seu exercício – tal como se observou ao longo do texto nos casos do direito trabalhista, do direito do consumidor e da legislação feminista. A materialização, neste caso, diz respeito não a obrigações prestacionais redistributivas dirigidas diretamente ao Estado, mas ao estabelecimento de liberdades civis específicas a categorias determinadas de cidadãos em face de condições diferenciadas para o aproveitamento da autonomia privada. Habermas não aceita, entretanto, a tipologia que pretende mapear em caráter taxativo as diferentes formas de opressão e dominação que dão ensejo, segundo Young, ao tratamento jurídico diferenciado. Para o autor, como já dito, a operação que liga grupos sociais substantivos a estruturas específicas de direitos fundamentais não pode ser determinada teoricamente, mas deve resultar de uma “luta por reconhecimento” travada pelos próprios atores envolvidos, os quais buscam, junto com a denúncia de suas experiências concretas de desfavorecimento e marginalização, a justificação pública dos aspectos merecedores de um tratamento jurídico diferenciado: “As condições concretas de reconhecimento, seladas por uma ordem jurídica legítima, resultam sempre de uma ‘luta por reconhecimento’; e essa luta é motivada pelo sofrimento e pela indignação contra um desprezo concreto. Axel Honneth mostra que é necessário articular experiências que resultam de atentados à dignidade humana para conferir credibilidade aos aspectos sobre os quais, no respectivo contexto, aquilo que é igual deve ser tratado como igual e aquilo que é diferente tem de

ser tratado como diferente”.⁴²⁹ De todo modo, e uma vez mais ao lado de Young, Habermas assume que essa luta tem que contar com uma política pré-parlamentar ancorada na auto-compreensão cultural da sociedade, na qual os atores que buscam a transformação das normas que estruturam suas liberdades subjetivas de ação têm a chance de constituir, de maneira não heterônoma, as categorias identitárias com as quais pretendem ser representados juridicamente.

“Não podemos assumir que os estereótipos sexuais definidos institucionalmente constituem algo simplesmente dado. Essas construções sociais têm que ser formadas de modo consciente, necessitando da articulação dos pontos de vista relativos à comparação e à fundamentação dos aspectos relevantes ao tratamento jurídico diferenciado, a serem desenvolvidos *pelos próprios concernidos* em discursos públicos. (...) Observando a luta pela igualdade das mulheres e a mudança da compreensão paradigmática dos programas jurídicos correspondentes, é possível concluir que não se pode formular adequadamente os direitos subjetivos destinados a garantir também às mulheres uma configuração autônoma da vida privada se antes não forem articulados e bem fundamentados os aspectos relevantes para o tratamento igual ou diferente. A classificação dos papéis dos sexos e das diferenças que deles dependem repousam sobre camadas elementares da autocompreensão cultural de uma sociedade. O feminismo radical trouxe à tona o caráter falível, basicamente questionável desse auto-entendimento. Por isso, as diferentes interpretações da identidade dos sexos e das suas relações mútuas têm que submeter-se à discussão pública. (...) Essa disputa pela interpretação de necessidades não pode ser delegada aos juízes e funcionários, nem mesmo ao legislador político.”⁴³⁰

Como já salientado, a saída do paradigma procedimental ao impasse gerado pela disputa de paradigmas é encontrada não na supressão do direito material, mas na democratização de sua gênese. Tais direitos devem poder emergir da autonomia pública dos cidadãos de tal forma que seus resultados mostrem-se não como “concessões tutelares” de uma administração pública paternalista, mas como exigências necessárias das liberdades de ação que os membros de uma comunidade jurídica pretendem usufruir entre si. Esta saída mostra-se como a única capaz de evitar, ao mesmo tempo, os efeitos de uma padronização heterônoma da vida privada – e isso porque, como enfatiza o autor uma vez mais, o estoque de argumentos e contribuições que compõem uma esfera pública

⁴²⁹ FG, p. 514 (DDem, v. II, p. 168).

⁴³⁰ FG, pp. 514-515 (DDem, pp. 168-169).

gerada espontaneamente mantém-se ligado aos núcleos privados do mundo da vida, carregando consigo experiências concretas de bloqueios aos projetos de vida individuais derivados de problemas sociais latentes.⁴³¹ Para Habermas, “tanto porta-vozes como intelectuais em geral só podem estar seguros de não estarem *pré-julgando* nada nem *tutelando* ninguém quando os próprios concernidos tiverem a chance efetiva de levantar a sua voz e de exigir direitos a partir de experiências concretas de lesão à integridade, desfavorecimento e opressão.”⁴³² Apenas por essa mediação da esfera pública, entendida de um lado como “ante-sala” do sistema político e, de outro, como “caixa de ressonância” dos problemas e demandas que emergem dos núcleos privados da sociedade civil, as tentativas de equiparação material têm a chance de efetivamente compensar as condições desiguais de aproveitamento da autonomia, evitando os déficits de liberdade que acometiam os paradigmas anteriores:

“[O] direito legítimo se reproduz no fluxo do poder regulado pelo Estado de direito, que se alimenta das comunicações de uma esfera pública política não transmitida por herança e enraizada nos núcleos privados do mundo da vida através de instituições da sociedade civil. (...) Uma vez que a garantia da autonomia privada através do direito formal se revelou insuficiente e dado que a regulação social através do direito, ao invés de reconstituir a autonomia privada, transformou-se numa ameaça para ela, só resta como saída tematizar o nexos existente entre essas formas de comunicação que, ao emergirem, garantem, ao mesmo tempo, a autonomia privada e pública.”⁴³³

Dessa maneira, o percurso argumentativo com o qual Habermas se posiciona perante a tradição de pensamento dedicada à tensão entre igualdade de direito e igualdade de fato inclui tanto a justificação de uma compreensão ampliada do direito materializado, como a procedimentalização da escolha entre as diferentes formas jurídicas disponíveis segundo a autonomia política dos cidadãos. Até as “Tanner Lectures” de 1986, Habermas contava apenas com uma compreensão descritiva do direito material, apreendida negativamente como tendências de regulação jurídica que se opunham ao direito formal.⁴³⁴ Nesse sentido, tinha-se em vista menos o estudo dos novos ingredientes jurídicos trazidos pelo direito materializado que as “irritações” geradas na

⁴³¹ FG, p. 502 (DDem, v. II, p. 157); FG, p. 514 (DDem, v. II, p. 168).

⁴³² FG, p. 514 (DDem, v. II, p. 168).

⁴³³ FG, pp. 492-493 (DDem, v. II, pp. 146-147).

⁴³⁴ FG, p. 545 (DDem, v. II, p. 196).

autocompreensão liberal do direito por movimentos de “desformalização” – expressão esta privilegiada, inclusive, ao longo de sua exposição. Em *Direito e Democracia*, a expressão passa não apenas a conter um sentido positivo, como a se inscrever normativamente na reconstrução das categorias jurídicas necessárias à constituição da autonomia. Por direito material entende-se aqui, de maneira extensiva, o direito que reconhece a desigualdade de fato como fonte de condições desiguais para o exercício da autonomia jurídica, reagindo a essa situação seja na forma de obrigações redistributivas endereçadas ao Estado, seja na forma da transformação das liberdades subjetivas de ação a serem exercidas *entre* os sujeitos de direito. Vale dizer, a materialização do direito abrange aqui não apenas o advento de direitos sociais estritamente compreendidos, como também o estabelecimento de liberdades civis e políticas específicas a grupos sociais em face de condições diferenciadas para seu aproveitamento.⁴³⁵ Ao contrário dos direitos sociais, entretanto, essa segunda via da materialização, que atinge a própria estrutura das liberdades subjetivas de ação a partir de exigências por igualdade de fato, não encontra-se presente nas reconstruções iniciais. Ela é fruto da análise de processos histórico-sociais de materialização que incidem, em sua maior parte, no interior de áreas jurídicas tradicionalmente ligadas ao direito privado. Neste trabalho, dedicado aos diferentes momentos da reconstrução da autonomia privada em *Direito e Democracia*, torna-se importante salientar que este conceito passa aqui por novas especificações.

III. Liberdades iguais e o paradigma procedimental

No primeiro capítulo deste trabalho, o princípio da autonomia privada foi essencialmente ligado à exigência de “iguais liberdades subjetivas de ação entre todos”,

⁴³⁵ A rigor, Habermas não discorre explicitamente em *Direito e Democracia* sobre a materialização das liberdades subjetivas de *participação política*. Ao contrário de Iris Young, que inclui em sua exposição a defesa de direitos políticos específicos a grupos, tais como cotas em partidos e instituições de representação política, Habermas assume de maneira inequívoca apenas a especificação do conteúdo das liberdades civis. Considero aqui não existirem motivos internos à obra do autor para se excluir a possibilidade de materialização dos direitos vinculados à autonomia pública – e que uma tal omissão deve-se apenas a uma linha expositiva que privilegiou a materialização do direito privado porque, como afirma o autor, a mudança de paradigmas foi discutida primeiro e com maior notoriedade no âmbito da dogmática jurídica civilista. Cf. FG, pp. 477 e ss. (DDem, v. II, pp. 132 e ss).

por meio das quais seria assegurado aos sujeitos de direito a liberdade de arbítrio e a liberdade ética necessária à constituição de seu projeto de vida de forma independente e original. Ao final do primeiro capítulo, vimos a noção de autonomia privada ser submetida a críticas que apontavam sua omissão em relação a condições desiguais para o exercício das liberdades havidas em contextos sociais específicos. Com efeito, nada era dito até então a respeito do caráter da *igualdade* que orientava a distribuição das liberdades subjetivas privadas, permitindo, assim, que o conceito fosse interpretado exclusivamente nos termos de uma “distribuição de competências idênticas entre todos”. Habermas estaria ainda preso a uma concepção de igualdade formal que teria caracterizado a maior parte das concepções liberais clássicas acerca da devida distribuição das liberdades individuais, sendo seu conceito de autonomia privada insensível a demandas contemporâneas por liberdades civis específicas a grupos de cidadãos que encontram na generalidade da igualdade formal bloqueios à realização de seus próprios projetos de vida.

Tais críticas podem ser tomadas como uma explicitação devida das limitações que permeiam o conceito de autonomia privada no âmbito estrito de sua reconstrução interna. Entretanto, elas não fazem jus aos desenvolvimentos supervenientes que este conceito apresenta até o final da obra. Com efeito, Habermas reserva o último capítulo de *Direito e Democracia* para tratar das disputas sobre o sentido da igualdade de direitos. E essa posição no conjunto da obra não é casual: para o autor, as disputas sobre a maneira mais adequada de se interpretar a igualdade de direitos sempre se vinculam a maneiras específicas de se conceber a realidade social, vale dizer, de se conceber as igualdades e desigualdades fáticas existentes em seu interior. Essa disputa, pois, vincula-se às representações sociais que sempre permeiam o trabalho de interpretação de um código de direitos concreto – as quais, por sua vez, podem ser aqui acessadas com a noção de paradigma jurídico. O paradigma jurídico, entendido como a compreensão da sociedade que orienta a criação e aplicação do direito, caracteriza-se por um cruzamento da perspectiva jurídica com a sociológica, permitindo o acesso às contribuições trazidas por cada uma das reconstruções teóricas anteriores. O modelo paradigmático defendido pelo autor, por sua vez, exige a submissão das categorias normativas iniciais (produzidas no âmbito da autocompreensão do direito) a um modelo procedimental de circulação do

poder político (desenvolvido no campo de sua “sociologia reconstrutiva da democracia”), o qual privilegia fluxos comunicativos que emergem da gênese informal da opinião e da vontade e dirigem-se ao núcleo do sistema político, carregando consigo a percepção que os próprios concernidos produzem acerca dos problemas que acometem a realidade social e suas demandas por um tratamento jurídico adequado. Nesse sentido, dissemos que o novo paradigma busca proceduralizar tanto a compreensão da sociedade que orienta o raciocínio jurídico, quanto a escolha entre estratégias regulatórias específicas. Ao reavaliarmos o conceito de autonomia privada à luz do embate de paradigmas, podemos perceber que sua apresentação inicial não havia sido feita de maneira suficientemente procedural.

Ao notarmos o vínculo existente entre as discussões acerca dos diferentes paradigmas e o conceito de autonomia privada, o qual é retomado e debatido, percebemos logo que o sentido da igualdade de direitos subjetivos privados não pode se limitar aos termos da mera igualdade formal. Esse é justamente o cerne da rejeição habermasiana ao paradigma liberal: “Uma vez que o mercado e a sociedade econômica não constituem uma esfera isenta de poder, como se supõe no modelo jurídico liberal, o princípio da liberdade jurídica (...) só pode ser implantado através da materialização de direitos existentes ou da criação de novos tipos de direitos”.⁴³⁶ A distribuição de competências formais idênticas – como fórmula fixa e exclusiva para a institucionalização de direitos – negligenciaria os empecilhos fáticos que impedem o igual exercício das liberdades individuais de ação. Ela afastaria do corpo das leis e de sua aplicação todo tipo de consideração acerca das desigualdades reais havidas em sociedade, sendo este afastamento sustentado por uma pré-compreensão social centrada no mercado e na suposição não comprovada de um equilíbrio dos processos econômicos realizados em seu interior. Na argumentação de Habermas, vimos que o paradigma do Estado social difere do liberal ao assumir que a distribuição desigual de bens e posições no interior da sociedade impede o igual aproveitamento dos mesmos direitos entre todos. “O modelo do Estado social desenvolveu-se a partir de uma crítica consistente às suposições do paradigma liberal. (...) Com a crescente desigualdade das posições de poder econômico, patrimônios e condições sociais, são enfraquecidos cada vez mais os pressupostos

⁴³⁶ FG, pp. 482-483 (DDem, v. II, p. 137).

factuais capazes de garantir que o uso das competências jurídicas distribuídas por igual ocorresse sob uma efetiva igualdade de chances”. Isso vem acompanhado de um modelo de sociedade que reconhece as fragilidades do indivíduo ante as assimetrias de poder econômico e que atribui ao Estado a tarefa de corrigi-las por meio de compensações implementadas juridicamente. Segundo Habermas, entretanto, um tal modelo produtivista, demasiadamente centrado na igual distribuição das condições de posse e aquisição (e nesse próprio sentido, de maneira insuficiente), dificilmente alcançaria a amplitude das desigualdades sociais que impedem o pleno exercício de direitos entre todos. Além disso – e mais importante na argumentação que acompanhamos até aqui –, as compensações do Estado social não seriam adequadamente integradas à preservação da autonomia privada. No campo de seus efeitos, vimos que elas frequentemente geravam novas formas de engessamento das liberdades de ação. No campo dogmático, encontramos um modo de conceber a materialização do direito privado como um processo não coincidente com a ampliação das liberdades subjetivas de ação. Pelo contrário, se a igualdade material já se impõe na dogmática jurídica civilista como uma exigência direcionada contra a “abstração discriminatória do direito formal”, ela ainda é assumida como “restrições devidas”, derivadas de princípios de justiça material e solidariedade social, aos domínios destinados à livre disposição de vontade dos atores individuais. Nesses termos, vimos em autores como Konrad Hesse e Ludwig Raiser que a materialização do direito passa a ser considerada uma *limitação* do direito privado – e a igualdade material, um princípio imposto *contra* a autonomia privada.

Habermas escreve que a disputa entre os dois paradigmas jurídicos apresentados pode ser lida como uma disputa sobre os “critérios da igualdade de tratamento”.⁴³⁷ E apesar de todas as críticas direcionadas a cada um deles, seu embate histórico ensina-nos a assumir uma dialética entre igualdade formal e material presente no postulado da igualdade de tratamento jurídico entre todos. Para o autor, a referida disputa de paradigmas produz a consciência de que a igualdade de tratamento jurídico inclui tanto a igualdade das pessoas perante a lei – isto é, a igualdade de aplicação do direito – como a igualdade do *conteúdo* do direito, segundo a qual “aquilo que é igual sob aspectos relevantes deve ser tratado de modo igual e aquilo que não é igual deve ser tratado de

⁴³⁷ FG, p. 500 (DDem, v. II, p. 154).

modo diferente”.⁴³⁸ E neste último âmbito, impõe-se uma escolha entre a igualdade formal e a material – ou seja, entre, de um lado, a igualdade pautada pela distribuição idêntica de competências jurídicas independentemente das desigualdades de fato havidas em sociedade e, de outro, a igualdade orientada por determinações sociais que modificam as condições particulares de aproveitamento da autonomia jurídica, exigindo, neste caso, a especificação do conteúdo das liberdades subjetivas de ação.

Segundo Habermas, a consciência de uma tal disputa sobre os critérios da igualdade de tratamento produz transformações no próprio conceito de autonomia privada. Para o autor, não se cumpre aqui uma modificação da formulação mais básica do princípio (contida já no terceiro capítulo de *Direito e Democracia*), a qual estabelece a exigência de um máximo de liberdades subjetivas de ação iguais entre todos – e isso porque a diferenciação das liberdades é justamente feita em nome da igualdade de tratamento. O que muda, pois, seria a percepção dos contextos sociais nos quais a autonomia privada tem de se realizar.⁴³⁹ E ao se tomar consciência da oscilação dos contextos que envolvem os indivíduos de maneira diferenciada, repercutindo em suas possibilidades reais de aproveitamento de suas liberdades de ação, a reconstrução do conceito de autonomia privada passa a exigir uma cláusula aberta acerca dos critérios da igualdade exigidos pelo postulado das “liberdades subjetivas *iguais* entre todos”. Com efeito, Habermas nos diz que o “direito geral à liberdade” contém em si um “direito geral à igualdade” e especifica esse último como um direito ao tratamento igual segundo normas que asseguram a igualdade do *conteúdo* do direito, o qual pode ser interpretado, a cada caso, tanto no sentido formal quanto material. Nesses termos, o conceito de autonomia privada incorpora a disputa sobre o “critério” ou o “sentido” da igualdade de tratamento jurídico, de tal forma que a materialização das categorias tradicionais do direito privado passam a representar não uma limitação, mas uma ampliação de seu alcance normativo: “as restrições nas liberdades fundamentais clássicas não devem ser atribuídas à interferência de *outros* princípios jurídicos, tais como o de justiça ou responsabilidade social. O que parece ser uma limitação constitui a outro lado da implantação de *iguais* liberdades subjetivas de ação para todos; pois a autonomia privada,

⁴³⁸ FG, p. 499 (DDem, v. II, p. 153).

⁴³⁹ FG, p. 483 (DDem, v. II, p. 137).

no sentido desse direito geral à liberdade, implica num direito geral à igualdade, mais precisamente, o direito ao tratamento igual segundo normas que asseguram a igualdade do conteúdo do direito. Se for produzido com isso restrições factuais a uma das partes em relação ao *status quo ante*, trata-se não de restrições normativas ao princípio da liberdade jurídica, mas sim da eliminação de privilégios incompatíveis com a igual distribuição de liberdades subjetivas exigida por esse princípio.”⁴⁴⁰

Segundo Habermas, esses diferentes sentidos da igualdade que devem orientar a interpretação da autonomia privada são ambos normativamente justificáveis segundo situações fáticas específicas, sendo seu embate considerado, como já mencionado, “um dos motores do desenvolvimento do direito sem ressalvas do ponto de vista normativo”.⁴⁴¹ Entretanto, por partirem de uma compreensão da autonomia privada limitada a seu aspecto negativo, sem a devida consideração de seu nexos necessário com a autonomia pública, tanto o paradigma do Estado social quanto o paradigma liberal fixam de antemão o sentido da igualdade que deve estabelecer uma distribuição de liberdades iguais entre todos. No interior do paradigma procedimental, trata-se de permitir que o ponteiro que indica o sentido da igualdade necessária a uma comunidade de sujeitos autônomos possa oscilar livremente, caso a caso, segundo a formação deliberativa da vontade dos próprios concernidos. Um tal paradigma, portanto, não concorre com os dois paradigmas anteriormente apresentados da mesma maneira como estes competem entre si, pois não pretende se sobrepor a seus princípios normativos prevalecentes, mas, ao contrário, permitir que os mesmos se comuniquem como partes de um mesmo leque de possibilidades de escolha política a serem desempenhadas pelos cidadãos. Dessa maneira, podemos mesmo dizer que no momento em que a autonomia privada recebe essas novas especificações conceituais, o próprio conceito de *autonomia pública* tem seu campo de atuação alargado. Quando o conceito de autonomia privada passa a conter em si uma cláusula aberta acerca do sentido da igualdade de tratamento jurídico, a autonomia pública passa a ser exigida não apenas para determinar o conteúdo das liberdades subjetivas privadas, como também a forma mais adequada de sua implementação – podendo fazer uso seja da forma de competências jurídicas distribuídas igualmente entre

⁴⁴⁰ FG, pp. 483-484 (DDem, v. II, pp. 137-138).

⁴⁴¹ FG, p. 501 (DDem, v. II, p. 155).

todos, seja da forma de competências distintas a grupos de cidadãos que consigam demonstrar suas condições desiguais de aproveitamento.

Após assumir que o princípio da autonomia privada incorpora a disputa entre igualdade formal e material, cabe a Habermas explicitar como a determinação desse sentido deve se dar. Para o autor, como já dito, a pretensão de igualdade de conteúdo do direito exige que “aquilo que é igual sob aspectos relevantes deve ser tratado de modo igual e aquilo que não é igual deve ser tratado de modo diferente”. Entretanto, segundo o paradigma procedimental ora apresentado, os aspectos considerados “relevantes” para justificar uma diferenciação legítima de tratamento jurídico do ponto de vista da igualdade de fato deve ser fundamentado em discursos públicos, nos quais os próprios interessados procuram demonstrar a necessidade de um tratamento jurídico especificado para a garantia de iguais chances de aproveitamento de sua autonomia privada. Por isso, na esteira de Robert Alexy, Habermas interpreta a proposição de igualdade jurídica como uma “regra de peso para a argumentação”. Em *Theorie der Grundrechte*, Alexy sistematiza as decisões do Tribunal Constitucional alemão relativas ao direito geral à igualdade e delas retira a proposição de que “se há uma razão suficiente para a exigência de um tratamento desigual, então é exigido o tratamento desigual”, sendo que o conceito de “razão suficiente” refere-se aqui estritamente ao êxito de uma fundamentação: “por existência de uma razão suficiente para uma diferenciação não se entende uma existência em si, mas uma existência para interlocutores concretos e racionais”.⁴⁴² De maneira similar, os argumentos são considerados suficientes para Habermas quando *convencem* o público dos cidadãos acerca das pretensões de igualdade material levantadas. Tal proposição constitui uma regra de peso para a argumentação porque atribui o ônus da justificação às pretensões de tratamento diferenciado; quer dizer, estabelece a presunção de legitimidade da igualdade formal na medida em que, na ausência de argumentos capazes de convencer a comunidade jurídica sobre a necessidade do tratamento específico em prol da igualdade de condições, legitima-se a igualdade formal entre todos. Esse ônus argumentativo, por sua vez, não deve ser interpretado nos termos de uma primazia normativa em benefício do direito formal, mas sim como exigências suplementares de justificação decorrentes das características regulatórias próprias do

⁴⁴² ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, cap.8, nota 39.

direito material. Com efeito, ao contrário do direito formal, que caracteriza-se por um grau mais elevado de generalidade e abstração, o direito material exige a demarcação das características e padrões de conduta que definem os grupos de seus destinatários, fazendo com que esta forma regulatória represente uma expansão da regulação estatal em direção à sociedade civil e que contenha os riscos de “engessamento” e “normalização” do comportamento individual apresentados anteriormente. Para Habermas, quanto mais extensiva for a regulação estatal e mais substantiva sua intervenção nas estruturas de relações sociais existentes, maiores serão suas exigências de legitimidade democrática: “Com o crescimento e a mudança qualitativa das tarefas do Estado, modifica-se a necessidade de legitimação: quanto mais o direito é tomado como meio de regulação política e de estruturação social, tanto maior é o peso de legitimação a ser carregado pela gênese democrática do direito.”⁴⁴³

Cabe dizer que o sentido que essa “regra de peso para a argumentação” possui em *Direito e Democracia* não está inteiramente presente em *Theorie der Grundrechte*. Alexy a trata fundamentalmente como uma proposição válida para os discursos de “aplicação” de direitos fundamentais, vale dizer, para os discursos de reivindicação e decisão jurisdicional travados entre juízes e autores de ações legalmente previstas. Habermas, por sua vez, a incorpora em sua teoria democrática como uma proposição válida não somente para os discursos de “aplicação”, mas, sobretudo, para processos de “fundamentação” de novos direitos, lançando a determinação do sentido da igualdade ao campo público-político.⁴⁴⁴ Assim, a fundamentação da igualdade material é assumida como uma luta pelo reconhecimento jurídico de necessidades e exigências peculiares em relação ao conjunto de toda a comunidade jurídica, na qual os grupos interessados procuram justificar, perante a esfera pública política, a insuficiência da igualdade formal em cumprir o mandamento da igualdade de tratamento jurídico. Nesse processo, trata-se não de verificar a existência de argumentos suficientes à legitimação do tratamento diferenciado, mas de *gerar* esses mesmos argumentos mediante a apresentação de experiências concretas de exclusão. Além disso, as reivindicações pela materialização de direitos exigem de seus demandantes mais do que a justificação de um tratamento

⁴⁴³ FG, pp. 516-517 (DDem, v. II, p. 171).

⁴⁴⁴ FG, p. 499 (DDem, v. II, p. 154).

jurídico diferenciado. Para que não sejam alvo de estigmatizações e padronizações heterônomas do comportamento, eles precisam constituir as próprias categorias com as quais pretendem ser representados oficialmente e promover, no âmbito da esfera pública política, o enquadramento jurídico de demandas sociais articuladas originalmente na linguagem de não-especialistas. Tais processos políticos não podem ser adequadamente apreendidos por um viés jurisdicional.

Para finalizar, cabe dizer que após *Direito e Democracia*, mais precisamente a partir dos textos que compõem *A Inclusão do Outro*, de 1996, as análises de Habermas sobre a materialização dos direitos civis têm se deslocado das políticas feministas para as demandas multiculturalistas. Nestes casos, suas análises concentram-se, sobretudo, nas condições gerais para a legitimação de direitos específicos a minorias étnicas e culturais:

“Em geral, a discriminação [das minorias] não pode ser abolida pela independência nacional, mas apenas por meio de uma inclusão que tenha suficiente sensibilidade para a origem das diferenças individuais e culturais específicas. O problema das minorias ‘inatas’, que pode surgir em todas as sociedades pluralistas, agudiza-se nas sociedades multiculturalistas. Mas quando estas estão organizadas no interior de Estados democráticos de direito, apresentam-se diversos caminhos para se chegar a uma inclusão ‘com sensibilidade para as diferenças’: a divisão federativa dos poderes, uma delegação ou descentralização das competências do Estado, mas acima de tudo, a concessão de direitos específicos a grupos, de autonomia cultural, de políticas de equiparação e de outros arranjos que levem a uma efetiva proteção das minorias.”⁴⁴⁵

Se percebemos aqui uma modificação do objeto das análises, suas respostas não fogem inteiramente ao marco normativo gerado em *Direito e Democracia*. A possibilidade da delimitação de direitos específicos a grupos sob a base de diferenças culturais é não apenas compatível com, como encontra seu fundamento normativo na reconstrução do direito materializado realizado a partir das políticas feministas. Seu fundamento, pois, encontra-se na assimilação necessária das condições desiguais de aproveitamento das liberdades subjetivas de ação pelo sistema jurídico – desigualdades essas não apenas de caráter distributivo, como também ligadas a formas de vida culturais.

⁴⁴⁵ HABERMAS, J. “Inserção: Inclusão ou confinamento?”, in Idem. *A Inclusão do Outro. Estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 166.

Abstraindo as peculiaridades que permeiam esses dois quadros temáticos, as quais infelizmente não podem ser tratadas aqui, Habermas continua se remetendo à disputa pública pelo sentido adequado da igualdade de direitos como a única medida capaz de garantir que o universalismo contido na exigência de “iguais liberdades subjetivas de ação entre todos” não acabe por enredar num nivelamento abstrato das diferenças.

“Os direitos subjetivos (...) não podem ser formulados de maneira adequada sem que antes os próprios concernidos possam articular e fundamentar, em discussões públicas, os aspectos relevantes para o tratamento igual ou desigual de casos típicos. É apenas *pari passu* com o exercício de sua autonomia enquanto cidadãos do Estado que se pode assegurar, aos sujeitos de direito, sua autonomia privada. Uma leitura ‘liberal’ do sistema de direitos que ignore essa relação não tem saída senão entender erroneamente o universalismo dos direitos fundamentais como um nivelamento abstrato das diferenças – e de diferenças tanto culturais quanto sociais. Caso se queira tornar o sistema de direitos efetivo pela via democrática, é preciso que se sejam consideradas as diferenças com uma sensibilidade sempre maior para o contexto. Ontem como hoje, a universalidade dos direitos é o motor para uma diferenciação progressiva do sistema jurídico, sistema que busca manter a integridade dos sujeitos de direito, mas não sem um tratamento igualitário (e monitorado pelos próprios cidadãos) dos contextos de vida de cada um, dos quais originam sua própria identidade individual”.⁴⁴⁶

⁴⁴⁶ Ibidem, p. 238.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi apresentar um estudo sobre o conceito de autonomia privada que acompanhasse o movimento do empreendimento crítico levado a cabo em *Direito e Democracia*. Como procuramos defender, o modelo crítico que perpassa toda a obra é caracterizado por três momentos sucessivos de reconstrução, os quais devem ser compreendidos tanto em suas especificidades quanto em seu conjunto. Na chamada “reconstrução interna”, Habermas procura reinterpretar segundo os termos intersubjetivos da teoria do discurso os princípios normativos mais caros à autocompreensão do direito. As autonomias privada e pública são apresentadas ali como as únicas idéias capazes de legitimar o direito em condições pós-tradicionais, sendo, entretanto, alojadas pela teoria do direito e pela filosofia política modernas num embate recíproco que leva à submissão alternada de cada uma delas. Para o autor, pois, a modernidade jurídica e filosófica teria encontrado na noção de “autonomia” o fundamento último do Estado democrático de direito sem que, no entanto, tivesse conseguido produzir formulações desse conceito capazes de evitar a imagem de um conflito não solucionado entre seus momentos internos. Essa tensão entre as autonomias pública e privada, por sua vez, gera não apenas compreensões equivocadas do direito moderno – incapazes de descrever em sua plenitude a autonomia que se instaura juridicamente – como também formas diferentes de autoritarismo – por sempre reprimirem um desses âmbitos da liberdade em benefício do outro. Dessa forma, é da própria incapacidade do pensamento jurídico-filosófico harmonizar seus princípios normativos mais caros que Habermas retira a necessidade de uma superação do estado atual da teoria.

As reconstruções iniciais do conceito de autonomia privada podem ser aqui descritas na forma de três deslocamentos centrais em relação a sua compreensão tradicional: a tentativa de evitar sua identificação aos termos da mera liberdade negativa, a rejeição dos resquícios jusnaturalistas ligados à fundamentação teórica de um código substantivo de direitos privados e a reformulação de sua relação com a autonomia pública aos termos de uma “pressuposição recíproca”. Reinterpretando discursivamente a “liberdade negativa” contida em suas fundamentações clássicas, vimos Habermas

caracterizar inicialmente a autonomia privada como a liberdade de retirar-se do espaço público das obrigações ilocucionárias para uma posição de observação e de influência recíprocas. Nesse sentido particular, a autonomia privada protegeria a “liberdade de arbítrio” do sujeito de direito, autorizado-o a evitar os contextos comunicativos ou a utilizar a linguagem de forma meramente estratégica tendo em vista o melhor cumprimento de seus planos de ação. Com isso, no interior dos limites de sua esfera privada legalmente definida, o sujeito de direito possui a permissão de não revelar seus atos, convicções ou justificativas sempre que assim julgar conveniente. Vimos que essa liberação do arbítrio compõe as condições gerais de constituição da liberdade comunicativa na medida em que protege a decisão primeira de participar ou não de discursos, sem a qual as contribuições trazidas pelo falante não poderiam ser consideradas “espontâneas” ou “isentas de coerções”. Na leitura de Klaus Günther, a pressuposição de sinceridade dos atos de fala exige que o engajamento pessoal em discursos seja voluntário, o que torna necessária não apenas a proteção das posições de “sim” e “não” tomadas em seu interior, como também da decisão primeira de participar ou se abster do discurso. No decorrer da exposição, entretanto, acompanhamos a recusa de Habermas em reduzir a autonomia privada aos simples termos da liberdade de arbítrio. Para o autor, a *permissão* do arbítrio não significa a exclusão do sujeito de direito em relação a seus contextos comunicativos cotidianos. Ao contrário, a possibilidade de arbítrio representa uma garantia de que o sujeito de direito possa *escolher* as circunstâncias em que fará uso da linguagem voltada ao entendimento intersubjetivo acerca das orientações axiológicas e formas de vida mais justificáveis para si mesmo. Nesse sentido, a proteção dos sujeitos de direito em seus motivos internos e enfoques permite o exercício da liberdade em um sentido positivo: ela constitui uma “capa protetora” para que o sujeito individual possa exercitar os potenciais comunicativos liberados com os discursos éticos modernos. Habermas define o discurso ético nos termos de uma compreensão reflexiva e realização consciente dos valores incorporados em histórias de vida individuais ou em coletividades que mantêm laços de identidade comuns. Nesses termos, a liberdade ética representa a capacidade do sujeito formular suas próprias concepções de bem e de integrá-las em narrativas pessoais tendentes à formação de seu projeto de vida individual. Com isso, como escreve Rainer Forst, as

proteções jurídicas da privacidade não servem exclusivamente, e nem em primeira linha, ao isolamento do indivíduo em relação a seus contextos intersubjetivos de interação, mas assegura a tomada de posição individual com respeito às tradições locais e valores culturais em que o sujeito de direito se encontra socializado, sem a qual a determinação de uma forma de vida individual não poderia vir a ser considerada “crítica”, “reflexiva” e “integradora”, isto é, fundada na possibilidade do sujeito aceitá-los como justificáveis para si mesmo, na possibilidade de modificá-los ou aceitá-los parcialmente e de agregá-los ou relacioná-los a valores de comunidades distintas. No âmbito de sua autonomia privada, portanto, os sujeitos de direito decidem quando e como irão fazer uso de suas capacidades comunicativas: eles decidem se vão assumir uma perspectiva puramente estratégica ou se adotam uma orientação voltada ao entendimento em contextos intersubjetivos do mundo da vida. Dessa forma, a liberdade de arbítrio e a liberdade ética coabitam o interior da noção de autonomia privada, sendo sua diferenciação dada por diferentes possibilidades de uso da linguagem atribuídas ao sujeito de direito.

Após definir a autonomia privada como a liberdade de arbítrio e a liberdade ética protegidas juridicamente, Habermas é levado a se debruçar sobre as categorias de direitos responsáveis por sua delimitação. Como acompanhamos anteriormente, o princípio do discurso prescreve que os próprios concernidos produzam as normas de ação que regulam seu comportamento. Com isso, ele impede que os direitos que configuram substancialmente a autonomia privada em códigos jurídicos concretos sejam estabelecidos pelo teórico. Por isso, Habermas limita-se a apresentar três “categorias insaturadas de direitos” que devem ser preenchidas pelos próprios concernidos caso estes pretendam regular seu comportamento por meio do direito positivo segundo padrões horizontais de interação, sendo elas: (1) direitos à maior medida possível de *iguais liberdades subjetivas de ação*; (2) direitos ao status de *membro* numa associação voluntária de parceiros do direito e (3) direitos à possibilidade de *postulação judicial e proteção jurídica individual*. As interpretações dadas à primeira dessas categorias de direitos dão origem às liberdades individuais que, como vimos, protegem a liberdade de arbítrio e a liberdade ética do sujeito de direito. Elas delimitam esferas de não-intervenção nas quais os sujeitos de direito estão livres do controle e da fiscalização, permitindo que se relacionem entre si de maneira espontânea e original segundo a livre

formação de suas consciências individuais. As interpretações da segunda categoria de direitos têm a função de delimitar os requisitos de pertencimento à comunidade de direitos em questão; vale dizer, elas definem as condições para que um sujeito individual seja considerado um “sujeito de direito”, um destinatário das garantias legais que compõe um código jurídico específico. Por fim, as interpretações dadas à terceira categoria de direitos definem os direitos para reagir judicialmente ao desrespeito contra os direitos subjetivos. Eles compõem direitos à provocação judicial de uma sentença e a garantias processuais que a ela atribuam racionalidade. Habermas insiste que tais categorias insaturadas de direitos não representam os próprios direitos subjetivos que configuram historicamente a autonomia privada em códigos concretos. Como dito, elas são apresentadas como princípios indeterminados que carecem de *interpretações* a serem formuladas pelos próprios membros das comunidades jurídicas em questão. Os direitos individuais à integridade física, à liberdade religiosa, à liberdade de pensamento e expressão, às garantias processuais mencionadas, etc. são tomados como exemplos históricos que devem ser assumidos retrospectivamente como interpretações particulares dessas três categorias fundamentais. Segundo Habermas, a teoria do discurso aponta aqui a necessidade dos cidadãos entenderem-se sobre as liberdades de ação necessárias a uma devida configuração de sua autonomia privada, mas não se prende especificamente a nenhum dos direitos historicamente dados, caso contrário, limitaria a capacidade de decisão política dos próprios concernidos. A teoria do discurso, pois, não responde à pergunta sobre quais direitos devem proteger a autonomia privada dos cidadãos, sendo essa auto-limitação da teoria compreendida como uma medida necessária para que ela não tome o lugar da práxis política de autodeterminação de uma comunidade jurídica concreta.

Essa apresentação abstrata da autonomia privada, cumprida em função de categorias indeterminadas de direitos subjetivos, encontra-se na dependência de um conceito de autonomia pública capaz de compor as condições de preenchimento de seus conteúdos específicos. Podemos já dizer que, até esse ponto da exposição, o conceito de autonomia privada nos remete necessariamente à liberdade política de autodeterminação democrática. No entanto, a exposição da tese da cooriginaridade no âmbito da reconstrução interna apenas se completa com a interpretação discursiva da soberania

popular; melhor dizendo, com a defesa habermasiana de uma concepção procedimental de autonomia pública. Com efeito, a fundamentação discursiva da autonomia pública também implica diferenças em relação à liberdade de autogoverno tal como defendida pelo pensamento político moderno. Para Habermas, como visto, a liberdade de autogoverno recebeu sua mais forte expressão pela figura de pensamento republicana, a qual defendia a vontade popular como a vontade soberana no interior de uma comunidade política; o ideal de autogoverno deveria consistir na liberdade absoluta de um povo decidir sobre as normas e instituições políticas que regulam sua vida em comum. Entretanto, no interior de suas estruturas conceituais, o “povo” foi transformado num “macro-sujeito coletivo” cuja consciência e vontade poderiam ser conhecidas por meio de sua unidade cultural substantiva, quer dizer, por meio de tradições e valores homogeneamente compartilhados entre seus membros. Para Habermas, entretanto, a suposição de uma tal homogeneidade de valores deve ser apontada como um pressuposto “sociologicamente implausível” (por desconsiderar o multiculturalismo presente na maior parte das sociedades contemporâneas) e “normativamente indefensável” (por evitar de antemão o dissenso existente entre membros de uma mesma coletividade, provocando políticas repressivas de assimilação dos elementos culturais estranhos e de preservação forçada da pureza cultural). A teoria do discurso exige, dessa forma, uma “despersonalização” da idéia de soberania popular em direção a uma compreensão procedimental de autonomia pública. A “vontade popular” não pode ser tomada como uma grandeza empírica ante a qual se testa a legitimidade de normas sociais segundo sua capacidade em apresentar frente a ela correspondências ou adequações. Ao contrário, a legitimidade de normas jurídicas aloja-se em procedimentos deliberativos nos quais as vozes de todos os concernidos possam ser igualmente consideradas e a gênese da vontade coletiva possa ser *produzida* segundo a livre aceitação dos melhores argumentos. Com isso, as três primeiras categorias de direitos apresentadas, capazes de definir o status de pessoa de direito por meio de iguais liberdades de ação, pelo pertencimento a uma comunidade jurídica específica e por direitos de postulação judicial, devem receber uma complementação necessária de uma quarta categoria, a saber, de “(4) direitos à participação igualitária nos processos públicos de formação da opinião e da vontade”.

Essa compreensão discursiva de autonomia pública implica, de maneira recíproca, um compromisso necessário com as liberdades individuais. Por estar associada à produção de procedimentos deliberativos racionais, a autonomia pública precisa contar com a garantia de que os sujeitos sejam suficientemente independentes e que as contribuições apresentadas publicamente sejam produzidas sob condições não coagidas de formação da opinião e da vontade individual. Em poucas palavras, a autonomia pública precisa contar com sujeitos individuais capazes de formular suas próprias opiniões e de justificá-las em face de posições alheias. Tais exigências, como vimos, nos remete à autonomia privada dos sujeitos de direito, a qual é constituída por liberdades subjetivas que protegem o sujeito de direito contra o controle e a fiscalização de suas convicções internas, permitindo-o avaliar criticamente o saber teórico e prático que lhe são apresentados em vista de uma formulação independente de suas próprias visões de mundo. Assim, os processos públicos de formação da vontade política apenas podem ser considerados autônomos – isto é, apenas representam um processo de *convencimento* entre seus participantes ao invés de imposições de poder mais ou menos camufladas – caso estejam acompanhados de liberdades individuais que permitam a formação do juízo e da consciência individual. Além disso, o *status* de membro de uma comunidade jurídica é um direito subjetivo que compõe a autonomia privada; vale dizer, o pertencimento a uma comunidade jurídica foi concebido como o direito a ser titular de todas as garantias jurídicas produzidas com a formação política da vontade. Com isso, ao caracterizar a autonomia pública como a formação coletiva da vontade realizada entre membros de uma mesma comunidade jurídica, Habermas quer dizer que toda configuração de direitos operada pela autonomia pública somente é realizada por aqueles que serão também considerados seus titulares. Em outras palavras, que a figura do *autor* de normas jurídicas pressupõe a figura do *destinatário*.

Vimos que a simples apresentação de cada um dos âmbitos da autonomia jurídica segundo a teoria do discurso fez remissões necessárias ao âmbito oposto. Isso porque, de um lado, a apresentação teórica *abstrata* de autonomia privada, a qual evita uma fixação das matérias ou conteúdos específicos que delimitam as fronteiras da privacidade, exige um exercício da autonomia pública capaz de preencher tais conteúdos. De outro lado, uma concepção *procedimental* da autonomia pública requer igualmente a proteção da

autonomia privada, já que a exigência de procedimentos deliberativos racionais precisa contar com a suposição de que seus participantes expressem argumentos fundados na livre formação de sua consciência individual. Sem a esfera de liberdades privadas que permitem um distanciamento das visões de mundo hegemônicas e a livre formação da opinião e da vontade individual, as contribuições dos participantes significariam apenas a reapresentação das compreensões sociais cristalizadas pela tradição e incorporadas passivamente por todos.

Assim, as autonomias pública e privada não apenas possuem um fundamento comum alojado em discursos isentos de coerção, como também se pressupõem mutuamente; quer dizer, compartilham um nexó conceitual que impede a formulação de uma sem a afirmação simultânea da outra. Esse “nexó conceitual” necessário entre os dois momentos da autonomia jurídica revela aquilo que Habermas chama de “cooriginaridade”: as autonomias pública e privada são consideradas cooriginárias na medida em que, sob o ponto de vista normativo conferido pelo princípio do discurso, pressupõem-se reciprocamente. Uma tal noção marca a constituição simultânea entre autonomia pública e privada, sendo que suas referências recíprocas, ao invés de representarem uma “falácia teórica”, um “regresso ao infinito”, denotam um progresso contínuo da práxis política em busca do esclarecimento público de conflitos sociais e da modificação de situações jurídicas que representem barreiras à plena autonomia dos sujeitos de direito. A última palavra acerca de conflitos sociais não pode ser encontrada pela teoria na proteção da individualidade autônoma e tampouco na autoridade da vontade coletiva. Caso cidadãos pretendam regular legitimamente suas vidas por meio do direito, a proteção da privacidade não pode ser produzida sem seu devido esclarecimento e convencimento públicos. E, igualmente, as decisões da vontade coletiva não podem suprimir a livre formação da vontade individual, permitindo que toda configuração concreta dos direitos que definem historicamente a autonomia privada dos cidadãos permaneça continuamente aberta a percepções críticas e reformulações reflexivas. Dessa forma, segundo Habermas, a individualidade autônoma e a formação racional da vontade coletiva possibilitam-se reciprocamente e a oposição entre tais momentos distintos da liberdade cede lugar a uma relação de solidariedade necessária.

No segundo capítulo deste trabalho, tratamos da chamada “reconstrução externa” da tensão entre facticidade e validade. Como vimos, a passagem para uma abordagem externa é exigida para encontrarmos o aparato conceitual necessário a se verificar em que medida a pretensão de autonomia jurídica pode encontrar respaldo na realidade das sociedades contemporâneas, ainda que sob a forma de potenciais sujeitos a bloqueios e distorções. A “tensão” que passa a ser então investigada se dá entre os fluxos comunicativos que elaboram pretensões sociais e o sistema político, vale dizer, entre o poder comunicativo contido nas bases sociais do mundo da vida e o poder administrativo do sistema burocrático-estatal. Nessa nova perspectiva de análise, o direito é trazido como *medium* entre sistema e mundo da vida, podendo cumprir tal papel por possuir ele mesmo o caráter ambivalente explicitado pela perspectiva interna. Ao contrário do que observado nas reconstruções iniciais, a “crítica” não se volta aqui contra disputas entre diferentes partidos normativos que tendem a dilacerar a noção de autonomia, mas contra uma hegemonia das chamadas vertentes “realistas” da sociologia política contemporânea que ignoram, por completo, qualquer possibilidade de uma formação autônoma da vontade. Com efeito, Habermas nos mostra o conhecimento empírico produzido acerca da política contemporânea sendo pautado pelo funcionamento sistêmico das instituições do Estado; ou ainda, pelo centramento da política oficial nas instituições burocratizantes do poder administrativo. Para o autor, por trás dessa orientação da pesquisa empírica encontra-se um diagnóstico compartilhado que aponta para o afastamento da participação democrática no funcionamento rotineiro do sistema político – o qual, apesar de suas intenções realistas, acabam por mascarar contra-tendências possibilitadas pela própria estruturação jurídica das instituições analisadas. A crítica, portanto, impõe-se aqui contra as limitações desse diagnóstico hegemônico. Segundo Habermas, uma sociologia crítica dos processos políticos deve investigar as condições de possibilidade para o rompimento do funcionamento sistêmico da política institucional e aproveitamento dos potenciais comunicativos liberados pelo *medium* do direito moderno.

Como vimos, as contribuições que mais se aproximam dessa orientação crítica da pesquisa são encontradas no modelo de circulação do poder político elaborado por Bernhard Peters. Segundo esse modelo, o “centro” institucional de tomada de decisões permite uma redução significativa da complexidade das deliberações públicas (devido a

uma seleção autorizada dos temas e de uma divisão interna do trabalho organizada segundo competências legais) e imprime facticidade aos resultados da deliberação por meio da coerção estatal. A facticidade do centro institucional se alimenta da legitimidade proveniente de sua capacidade em absorver os fluxos comunicativos gerados na periferia: “as decisões impositivas, para serem legítimas, têm que ser reguladas por fluxos comunicativos que partem da periferia e atravessam as comportas dos procedimentos próprios à democracia e ao Estado de direito.”⁴⁴⁷ Por sua vez, a “periferia” desse modelo de formação do poder tem a capacidade de captar os problemas sociais com a sensibilidade e a linguagem específica dos próprios atingidos, articulá-los fora das estruturas governamentais e inseri-los na pauta das deliberações políticas institucionalizadas. As resoluções e contribuições provenientes da periferia não possuem um caráter vinculante, quer dizer, falta-lhes ainda o caráter da obrigatoriedade fática da norma jurídica; entretanto, os fluxos de comunicação aí gerados podem atingir o sistema burocrático-estatal na medida em que alcançam uma acumulação suficiente para exercerem “pressão” ou “influência” nas instituições formais de tomada de decisão e obrigá-las a inscrever suas pautas na agenda oficial de problemas.

Em face do modelo de circulação do poder político elaborado por Bernhard Peters, importa para Habermas perguntar pelas condições de possibilidade para que a periferia consiga inverter o fluxo oficial do poder e exercer influência sobre o núcleo do sistema político; vale dizer, importa reconstruir as estruturas sociais capazes de permitir uma formação política da vontade que parta da periferia em direção ao centro – o que faria necessário, por sua vez, a investigação das funções assumidas pela esfera privada nos processos sociais de formação política da vontade. Habermas descreve o fluxo comunicativo responsável pela formação política da vontade como tendo sua base na assimilação privada de problemas sociais que repercutem nas biografias particulares, os quais alcançam os complexos institucionais da esfera pública política por meio de canais de comunicação pública não institucionalizados. Nesse ponto, os direitos subjetivos concretos destinados à proteção da autonomia privada são considerados constitutivos de uma esfera social de interação com acesso protegido; nesses termos, a autonomia privada é traduzida sociologicamente como um domínio da vida social fundamental à formação

⁴⁴⁷ FG, p. 432 (DDem, v.II, pp. 88,89)

do poder comunicativo. Para o autor, ela se situa no interior da periferia dos processos políticos como seu ponto mais distante dos núcleos institucionalizados de tomada de decisão, o que lhe confere uma posição germinal nos processos sociais responsáveis pela formação legítima da vontade. À esfera privada, pois, são atribuídas duas funções distintas: funções “reativas”, vinculadas ao posicionamento do público de destinatários em relação a esferas públicas já constituídas, e funções “inovadoras”, ligadas à transformação das esferas públicas existentes em vista da percepção dos novos problemas sociais veiculados inicialmente nos núcleos privados do mundo da vida. A esfera privada, pois, é vinculada tanto à galeria dos processos políticos observáveis, na qual é em grande parte decidido o “sucesso dos atores da arena”, quanto a seus contextos originários de descoberta, nos quais “se entrelaçam as histórias de vida privadas dos ‘clientes’ dos sistemas de prestação que eventualmente fracassam”. Para Habermas, antes de serem tematizados pela esfera pública, os novos problemas sociais encontrariam suas primeiras repercussões nos sofrimentos gerados pelas experiências de insucesso verificadas nos projetos de vida individuais, entre as quais se incluem as conseqüências externalizadas da auto-programação dos sistemas político e econômico. Ao estruturar formas de comunicação de acesso reservado, a esfera privada mostrar-se-ia como um dos principais veículos para um tipo de linguagem existencial segundo a qual tais experiências são espontaneamente narradas pelos próprios concernidos em contextos cotidianos de socialização. Para o autor, a capacidade da esfera pública de captar e elaborar os problemas sociais em seu todo mostra-se dependente de sua conexão com os fluxos comunicativos que emergem espontaneamente dos núcleos privados da sociedade civil: “A esfera pública apenas pode cumprir livremente sua função de captar e tematizar os problemas da sociedade como um todo na medida em que se constitui a partir dos contextos comunicativos das pessoas potencialmente atingidas. O público que lhe serve de suporte é composto do conjunto das pessoas privadas. Em suas vozes díspares e variadas, ecoam as experiências provocadas nas histórias de vida pelos custos externalizados (e pelas moléstias internas) dos sistemas de ação funcionalmente especializados.”⁴⁴⁸ Por dependerem fundamentalmente de contribuições privadas como a base do fluxo comunicativo que os constitui, os processos públicos de formação da

⁴⁴⁸ FG, p. 442, 443 (DDem, v. II, p. 97)

vontade tanto mais poderão ser considerados autônomos quanto mais estiverem fundadas numa “esfera privada intacta”, caracterizada pela liberdade de escolha entre modos de vida distintos, sub-culturas e percepções específicas da sociedade. Apenas uma esfera privada devidamente estruturada por direitos que permitem a formação do juízo e da consciência individual – tais como direitos de personalidade, liberdades de crença e de consciência, sigilo da correspondência e telefone, inviolabilidade da residência, etc – é capaz de evitar uma completa petrificação dos valores tradicionais e levar à esfera pública informal novas interpretações de problemas sociais aptos a serem absorvidas pela esfera pública política.

No âmbito dessa sociologia reconstrutiva da democracia, o vínculo entre esfera privada e esfera pública autônomas não permanece mais preso aos simples termos de suas referências conceituais recíprocas. A tese da complementaridade, pois, assume a relação necessária entre esfera pública e privada não mais nos termos estritos de sua pressuposição normativo-conceitual, mas defende que a constituição de cada um desses domínios sociais depende factualmente de contribuições provenientes do outro. Como vimos, Habermas faz uso de diferentes estratégias comprobatórias capazes de demonstrar essas novas exigências de sua tese mais central. Em primeiro lugar, o autor assume as vias da prova negativa, procurando salientar os resultados políticos da supressão administrativa da privacidade: “A conexão íntima entre cidadania autônoma e esfera privada intacta mostra-se evidente à contraluz de sociedades totalitárias.” Em referência a estudos conhecidos sobre a constituição do Estado totalitário, Habermas argumenta que o solapamento completo da atividade política autônoma exige mais que o controle da esfera pública, tendo de atingir os focos de resistência que fazem uso da privacidade não apenas para veicular os ecos de insubordinação política, como também manter vivos laços de solidariedade, formas de vida cultural e identidades coletivas que, em si mesmas, já representam limites à dominação total. Nos estudos de Hannah Arendt e de Elemer Hankiss citados, os quais investigam a instauração do Estado totalitário na Alemanha e Hungria respectivamente, encontramos o mesmo núcleo explicativo que relaciona a destruição da privacidade com o sufoco da comunicação pública espontânea. Habermas prossegue na tentativa de atribuir plausibilidade empírica a sua tese fazendo referência à simultaneidade histórica entre o surgimento moderno da privacidade e a

constituição das primeiras formas de esferas públicas burguesas. “Do ponto de vista histórico”, diz o autor, “a conexão entre esfera pública e esfera privada manifesta-se inicialmente nas formas de reunião e organização de um público de leitores cristalizados em torno de jornais e periódicos.”⁴⁴⁹ Habermas nos remete aos primeiros capítulos de *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, os quais descrevem os primórdios da esfera pública literária como uma esfera de pessoas privadas reunidas em público, vale dizer, como um público de pequenos proprietários destinado a debater seus interesses no mercado de trocas capitalistas e as experiências provenientes do modelo de socialização da pequena família burguesa. Ao longo de toda a exposição, a constituição da esfera pública burguesa é explicada como “um processo de autocompreensão das pessoas privadas em relação às genuínas experiências de sua nova privacidade”.⁴⁵⁰ Por fim, encontramos nos processos de reavivamento da esfera pública contemporânea os últimos indícios trazidos para corroborar sua tese: as pesquisas de Joachin Hachke revelam que os “grandes temas” da política atual mostram-se significativamente vinculados a assuntos tradicionalmente assumidos como privados, tais como questões feministas, religiosas, pacifistas e ético-culturais; além disso, o famoso estudo de Jean Cohen e Andrew Arato sobre a reabilitação das lutas políticas sub-institucionais revela tanto o vínculo dos “novos movimentos sociais” com problemas identitários que ressoam de maneira similar nas biografias de seus membros, quanto seu comprometimento com metas políticas voltadas à reestruturação dos núcleos privados da sociedade civil.

No último capítulo deste trabalho, tivemos acesso a um novo campo de investigação que cruza a autocompreensão do direito com as conseqüências sociais de sua regulamentação, o qual nos apresenta uma descontinuidade entre, de um lado, a pretensão normativa de igualdade de tratamento jurídico e, de outro, os contextos sociais para o aproveitamento das competências jurídicas em igualdade de condições. Em outras palavras, a tensão entre facticidade e validade passa a ser investigada na forma de um descompasso entre igualdade de fato e igualdade de direito. Segundo Habermas, a noção de “paradigma jurídico”, ao apontar para a compreensão social que orienta a prática de fundamentação e aplicação do direito por seus operadores, permite que sejam

⁴⁴⁹ FG, pp. 442, 443 (DDem, v.II, p. 98)

⁴⁵⁰ HABERMAS, *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984, p. 44.

identificados os “laços de sentido” entre configurações determinadas do sistema jurídico e uma correspondente compreensão do ambiente social na qual ela se encontra inserida. O paradigma liberal seria caracterizado por uma maneira de interpretar a igualdade de tratamento jurídico nos estritos termos da “igualdade formal”, isto é, como uma distribuição idêntica de competências jurídicas entre todos em neutralidade a quaisquer tipos de determinantes sociais. Uma tal leitura do sistema de direitos, por sua vez, seria sustentada em pressuposições fáticas ligadas à existência de condições não discriminatórias para o aproveitamento das competências jurídicas formais, fundamentalmente, o equilíbrio dos processos econômicos organizados conforme o mercado, a distribuição aproximadamente igual do poder social e o exercício em igualdade de chances das competências definidas pelo direito privado. O paradigma do Estado social, por sua vez, vem contestar essas pressuposições de fato e incorporar em sua compreensão do sistema jurídico a exigência de “igualdade material”, segundo a qual busca-se corrigir, em atenção a condições sociais desiguais de aproveitamento da liberdade jurídica, a abstração discriminatória do direito formal burguês. Esse novo paradigma, por sua vez, mostrou-se vulnerável a uma outra ordem de críticas: sua compreensão da sociedade teria se revelado excessivamente pautada nos modos de reprodução do capitalismo industrial, sendo acusado tanto de naturalizar grupos e necessidades particulares em função de suas posições no sistema produtivo, quanto de ignorar toda ordem de desigualdades alheias aos termos “da posse e da aquisição”. No que se refere a seu modelo jurídico, o paradigma do Estado social teria mostrado dificuldades em adequar suas intervenções redistributivas à própria preservação da liberdade: isso se reflete de maneira explícita no modo dogmático de conceber a igualdade material como um princípio normativo imposto contra a autonomia privada dos sujeitos de direito.

Para o autor, a saída da situação dilemática deixada pela disputa de paradigmas exige que se submeta permanentemente ao debate democrático tanto a compreensão dos aspectos sociais merecedores de tratamento jurídico, quanto as próprias estratégias de regulação mais adequadas a cada caso. Habermas escreve que a disputa entre os dois paradigmas jurídicos apresentados pode ser lida como uma disputa sobre os “critérios da igualdade de tratamento”. E apesar de todas as críticas que incidem sobre cada um deles,

seu embate histórico ensina-nos a assumir uma dualidade entre igualdade formal e material presente no postulado da igualdade de tratamento jurídico entre todos. Para o autor, esses diferentes sentidos da igualdade seriam ambos normativamente justificáveis segundo situações fáticas específicas; entretanto, por partirem de compreensões sociais substantivas, pré-concebidas e confirmadas burocraticamente em desatenção ao próprio processo democrático, tanto o paradigma do Estado social quanto o paradigma liberal fixam de antemão o sentido da igualdade mais apropriado ao caso concreto. No interior do paradigma procedimental, pois, trata-se de permitir que o ponteiro que indica o sentido da igualdade necessária a uma comunidade de sujeitos autônomos possa oscilar livremente, caso a caso, segundo a formação deliberativa da vontade dos próprios concernidos.

Nesse momento da análise, o conceito de autonomia privada recebe seus últimos contornos pela teoria do discurso. Habermas mostra que os processos de materialização do direito privado são interpretados pela doutrina alemã como a limitação do direito geral a iguais liberdades subjetivas de ação em benefício dos novos imperativos da igualdade material. Tal postura normativa, entretanto, é combatida pelo autor, para o qual as mudanças em categorias centrais do direito privado tendo em vista a proteção de suas “partes mais frágeis” são consideradas frutos de *compreensões sociais* modificadas, vale dizer, de novas percepções acerca das condições de aproveitamento efetivo das competências juridicamente asseguradas. Com essa tese, Habermas está anunciando que em sua compreensão dos códigos jurídicos modernos a autonomia privada incorpora a disputa entre igualdade material e formal. Vale dizer, que a igualdade presente no postulado das “iguais liberdades subjetivas de ação” deve ser entendida no sentido da “igualdade de conteúdo” do direito, a qual exige o tratamento jurídico diferenciado em face de situações fáticas desiguais. E a partir dessa compreensão modificada, a especificação do conteúdo das liberdades privadas passa a ser lida “não como restrições normativas ao princípio da liberdade jurídica, mas sim como a eliminação de *privilégios incompatíveis* à igual distribuição de liberdades subjetivas exigida por esse princípio.”⁴⁵¹ A autonomia privada, portanto, passa a conter uma cláusula aberta sobre o sentido da “igual” distribuição de liberdades individuais, podendo dar origem tanto a competências

⁴⁵¹ FG, pp. 483, 484 (DDem, V.II, pp137, 138).

jurídicas idênticas entre todos, no sentido estrito da igualdade formal, quanto a liberdades específicas a grupos particulares segundo as exigências da igualdade material. Embora a decisão sobre o sentido da igualdade mais adequado a cada caso concreto seja atribuída à gênese democrática da vontade, Habermas não deixa de assumir um critério discursivo peculiar a esse momento do processo decisório: a decisão pelas estruturas regulatórias da igualdade material encontra-se condicionada não à mera comprovação de quaisquer desigualdades existentes, mas à apresentação de desigualdades que representem condições diferenciadas ao exercício da autonomia. Para Habermas, os grupos de interesse voltados à justificação pública de um tratamento jurídico diferenciado precisam comprovar que a distribuição de liberdades subjetivas segundo os ditames da igualdade formal os impede de realizar plenamente sua autonomia privada, o que caracteriza, assim, um “ônus argumentativo” direcionado às pretensões por igualdade material. Ao relermos a tese da cooriginaridade à luz desses últimos desenvolvimentos, percebemos que a própria autonomia pública ganha também novas atribuições: com a procedimentalização do sentido da igualdade contido no postulado geral das iguais liberdades subjetivas entre todos, a autonomia pública passa a ser exigida não apenas para preencher o “conteúdo” da autonomia privada, como também para determinar a forma mais adequada de sua regulamentação em face das desigualdades fácticas que compõem contextos sociais específicos.

O paradigma procedimental, assim, não apenas concentra as diferentes contribuições de cada um dos momentos reconstitutivos já desenvolvidos ao longo da obra, como também inaugura novos âmbitos de discussão possibilitados por sua intersecção. Vale dizer, ele produz novas contribuições à crítica do Estado democrático de direito em termos não completamente inscritos nas duas reconstruções anteriores quando consideradas de maneira isolada. Com efeito, vimos que a conjunção das perspectivas concernentes prioritariamente à “teoria do direito” e à “teoria da sociedade” produz uma nova ordem de questões vinculadas à efetividade das promessas jurídicas de igualdade de tratamento entre todos, isto é, às condições fácticas de aproveitamento das liberdades civis e políticas. E sob a ótica dessa nova perspectiva de análise, as reconstruções interna e externa continuam sendo trabalhadas: o paradigma procedimental produz modificações significativas não apenas na reconstrução dos princípios normativos

do direito moderno (vide o caso da autonomia privada aqui trabalhado), como também na reconstrução das condições sociais exigidas pela política deliberativa, a qual passa a salientar a necessidade de uma tradução das demandas sociais aos termos de estratégias jurídicas apropriadas. Vimos que ao final da reconstrução externa, a política deliberativa apresentava-se como uma luta pela inscrição de novos temas e demandas sociais nas rotinas de funcionamento herméticas do sistema político. As críticas ao paradigma do Estado social e os efeitos colaterais das conquistas feministas, entretanto, mostram claramente as insuficiências dessa luta: a incorporação de demandas sociais pelo aparelho do Estado seguidas de uma definição burocrática dos grupos desfavorecidos e dos remédios jurídicos a eles direcionados podem conduzir a resultados que não apenas se afastam dos objetivos vislumbrados pelos demandantes, como também reforçam as desigualdades existentes por meio da reificação dos estereótipos tradicionais e da normalização heterônoma do comportamento. Nesse sentido, a política deliberativa não pode se limitar à inscrição de novos temas na agenda política oficial, mas tem de se engajar na produção reflexiva de seu enquadramento jurídico. Ao final da obra, pois, Habermas se dedica a salientar o papel fundamental de uma “esfera pública jurídica” que ultrapasse a cultura de especialistas em direito, necessária tanto à crítica da prática jurídica institucionalizada, quanto à caracterização de fenômenos sociais aos termos da igualdade de tratamento:

“O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, sobretudo, as condições do procedimento democrático. Elas adquirem um estatuto que permite analisar, sob outra luz, os diferentes tipos de conflito. Os lugares antes ocupados pelo participante privado do mercado e do cliente das burocracias do Estado de bem-estar social são assumidos por cidadãos que participam de discursos públicos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes. (...) O fardo dessa legitimação suplementar poderia ser assumido pela obrigação de apresentar justificações perante um fórum judiciário crítico. Isso seria possível através da instauração de uma esfera pública jurídica capaz de superar a atual cultura de especialistas e suficientemente sensível para transformar as decisões problemáticas em foco de controvérsias públicas.”⁴⁵²

⁴⁵² FG, pp. 529-530 (DDem, v.II, p. 184)

Vimos que as críticas trazidas por Scheuerman apontam para uma resignação da perspectiva radical-democrata contida na reconstrução inicial diante de “constrições sistêmicas” apresentadas historicamente sob os contornos do Estado liberal e de bem-estar social. Como já dissemos anteriormente, a tentativa de Habermas elaborar uma teoria crítica do Estado democrático de direito contemporâneo o impede de operar estritamente no campo da reconstrução normativa, exigindo que os princípios normativos reconstruídos pela teoria do discurso sejam investigados em suas “condições de aproveitamento” inscritas nos processos políticos reais. Após a apresentação do paradigma procedimental, entretanto, podemos reapresentar as inquietações de Scheuerman em termos modificados: seria o novo paradigma capaz de conduzir o procedimentalismo pretendido na obra a sua radicalidade? Não estaria ele demasiadamente preso aos paradigmas jurídicos historicamente apresentados? A escolha entre “direito formal” e “direito material” contida no próprio conceito de autonomia privada não limitaria previamente o leque de possibilidades regulatórias disponibilizadas aos cidadãos?⁴⁵³ Diante dessas perguntas, cabe tocarmos uma vez mais na relação entre paradigma procedimental e os dois paradigmas anteriores. Como já dissemos anteriormente, o paradigma procedimental não elimina as estratégias regulatórias mais características dos paradigmas jurídicos liberal e do Estado social, mas permite que sejam escolhidas livremente segundo a formação democrática da vontade de seus destinatários. E é justamente nessa possibilidade de *escolha* argumentativamente motivada que encontramos seu distanciamento significativo em relação aos paradigmas anteriores. É somente nesse sentido que podemos considerar as posições contrárias à materialização do direito sustentadas por autoras como Nancy Fraser e Judith Butler (em questões envolvendo “gênero” e “raça”) não completamente circunscritas ao direito formal. Suas conseqüências podem aproximá-las do paradigma liberal, seus argumentos não.⁴⁵⁴ Podemos dizer, assim, que o paradigma procedimental permite que se faça uso do direito formal e do direito material sem fixá-los unilateralmente a todos os casos de injustiça social, e que esse paradigma encontra-se atualizado toda vez que se argumenta a favor de

⁴⁵³ Devo essas perguntas a conversas com José Rodrigo Rodriguez, ao qual agradeço pelas reflexões provocadas.

⁴⁵⁴ Cf. FRASER, N. *Justice Interruptus*. New York: Routledge, 1997; BUTLER, J. *Excitable Speech. A Politics of the Performative*. London: Routledge, 1997; RODRIGUEZ, J. R. *Fuga do Direito. Um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.

determinada estratégia regulatória à luz de interpretações particulares da realidade social. Com a exigência de justificação pública dos modelos regulatórios mais apropriados a cada caso concreto, a reprodução técnica do direito deixa de poder ser abarcada pela expressão que tradicionalmente a designava. Sob a ótica do paradigma procedimental, a “dogmática” transforma-se em esfera pública jurídica.

A pergunta sobre a amplitude do leque de possibilidades regulatórias coloca Habermas em situação mais delicada. Seriam os modelos do direito formal e do direito material os únicos abarcados pelo paradigma procedimental? Não encontraríamos aqui, enfim, restrições prévias à autonomia pública dos cidadãos? Toda a argumentação do autor no último capítulo da obra de fato se desenvolve em torno desses dois modelos, com exceção de suas rápidas considerações sobre o “direito reflexivo”. E são nelas que encontramos talvez a única saída plausível a esse novo risco de substancialização. Vimos que o direito reflexivo pode ser apresentado como uma estratégia regulatória híbrida: ele “desmaterializa” a regulação estatal em nome de procedimentos que estruturam a auto-regulação pelos cidadãos, permitindo, entretanto, que uma maior especificação dos contextos sociais possa vir a compor as regras auto-geradas aos moldes do direito material – fazendo com que certos autores o caracterizem como um tipo de “direito procedimental”. Vimos também que Habermas, em defesa da democratização dos processos de materialização do direito e sob a suspeita de uma excessiva “privatização” da gênese normativa sob o mote da auto-regulação, evita a completa identificação do paradigma procedimental ao direito reflexivo, mas não nega sua inscrição ao leque de possibilidades regulatórias democraticamente disponíveis. Nesse caso, podemos considerar o direito formal e o direito material como os dois pólos regulatórios contidos no paradigma procedimental, sendo todo tipo de procedimentalização da gênese normativa criada entre eles alojada sob o rótulo de direito reflexivo. O reconhecimento de inovações regulatórias significativas que escapem a essas três categorias faria de fato necessária uma nova reconstrução.

Os apontamentos da bibliografia secundária apresentados e debatidos ao longo deste trabalho tiveram mais a função permitir uma compreensão mais abrangente do conceito de autonomia privada – e do próprio modelo crítico presente na obra – do que efetivamente desafiar o autor. O que instigou esse mote da apresentação, por sua vez, foi

a preponderância de leituras parciais deste conceito, “normativistas” em sua maior parte e limitadas aos termos da chamada “reconstrução interna”. Contra diversas interpretações do conceito que nele alojavam *conteúdos* determinados, insistimos nos diferentes passos deste trabalho em defender sua indeterminação, encontrando no procedimentalismo presente em todos os momentos da apresentação um sentido radicalmente democrático: eles revelam a artificialidade e possível transitoriedade de suas cristalizações institucionais. Ao reconstruir os diferentes elementos da autonomia privada segundo um modelo procedimental, todo conteúdo “suspenso” pela teoria passa a ser objeto da práxis democrática de formação política da vontade. Isso não significa, por outro lado, que o conceito de autonomia privada se perca progressivamente ao longo do movimento de reconstrução: em cada um dos passos reconstrutivos, a autonomia privada é reafirmada como uma instância de liberdade necessária à própria constituição da política democrática – e se o autor evita a fixação teórica de seus conteúdos, isso não reflete um “preconceito contra a privacidade”, como sugerido por autores como Larmore e Moon, mas visa a sua configuração mais adequada por meio da autonomia pública dos cidadãos.

Em cada passo reconstrutivo, a relação necessária entre autonomia privada e pública torna-se mais densa e complexa, alcançando um embricamento cada vez maior desse par de liberdades. Ao longo de todo o percurso, pois, vemos Habermas perseguir segundo os termos modificados da teoria do discurso uma das intuições mais centrais ao pensamento rousseauiano, qual seja, a de que as liberdades civis somente podem ser adequadamente geradas e mantidas por meio da atividade política constante dos cidadãos. Como já dito, o “medo” liberal que abre este trabalho é reiteradamente combatido pelo autor – e isso não apenas sob um ponto de vista estritamente normativo. A fixação teórica dos conteúdos da privacidade é atacada não apenas por representar um conservadorismo político que marca certas relações sociais com o selo da imutabilidade e que reduz de antemão a liberdade de autodeterminação democrática. A legislação filosófica mostra-se sobretudo ineficaz ao procurar combater, com a mera declaração de direitos, os riscos de arbitrariedade e má condução da autoridade estatal quando esta se desprende de suas exigências de legitimação. Contra tais riscos, de fato existentes, a única maneira de se precaver é encontrada no acirramento de uma política deliberativa que extrapola os limites do próprio Estado.

Por esses e outros motivos, o modelo crítico desenvolvido em *Direito e Democracia* revela-se necessário, mas não suficiente. Ele procura apenas reconstruir as condições procedimentais ante as quais pode se mover um processo de democratização radical. Esse empreendimento crítico, como vimos, não se mostra uma tarefa fácil: ele exige a desnaturalização de todos os conteúdos que historicamente ergueram o edifício jurídico-democrático sem, entretanto, privá-lo de certas estruturas conceituais e orientações normativas básicas que o permitam permanecer de pé. O maior equívoco na leitura de Habermas, entretanto, é supor que a atividade crítica deva se encerrar por aí. Como pretendemos ter deixado suficientemente claro, a teoria crítica de Habermas não substitui os processos democráticos reais. E em virtude disso, não exime a atividade crítica de constantes avaliações e posicionamentos ante questões políticas substantivas. Tais posicionamentos, inclusive, podem gerar a necessidade da teoria reformular suas reconstruções acerca das possibilidades e bloqueios da práxis político-democrática. Para o autor, contudo, os posicionamentos políticos substantivos não devem procurar ocupar o lugar da teoria democrática, sob pena de nela produzirem formas de engessamento contrárias a seu próprio objeto. Dito de modo inverso, quando a teoria é utilizada para conferir uma autoridade científica incontestável a posições políticas concretas, elas passam a se colocar à margem dos próprios processos democráticos. E por melhor intencionadas que sejam, elas tendem a assumir um caráter conservador quando se fecham cognitivamente às novas contribuições do debate público.

Ao lado dessa auto-limitação da teoria crítica operada por Habermas, podemos salientar aqui, ainda que de maneira apressada, uma outra gama de limitações não intencionais, vale dizer, limitações relativas ao cumprimento de seu projeto crítico tal como apresentado em *Direito e Democracia*. Se tal projeto encontra-se vinculado à desnaturalização e conseqüente politização das categorias estruturadoras do direito moderno, acompanhadas de análises sobre as condições de possibilidade gerais para que esse movimento se reproduza em processos políticos reais, ele se mostra ainda marcado em cada um de seus passos reconstrutivos por certos resquícios naturalizantes que merecem ser combatidos. No âmbito da reconstrução interna, por exemplo, vimos que Habermas considera o elemento coercitivo como característica *necessária* à forma jurídica. Esse apego excessivo e irrefletido à sansão estatal não acompanha de perto

tentativas de desnaturalização do vínculo entre pena e imputação jurídica desenvolvidas no interior do próprio direito penal. Habermas assume no prefácio do livro que suas análises se furtam à reconstrução do direito penal, atribuindo esta tarefa a trabalhos de Klaus Günter em andamento. Ao entrarmos em contato com os resultados desses trabalhos, entretanto, salta-nos justamente aos olhos o empenho de Günter em transformar a sansão punitiva em um elemento contingente, não necessário, da regulação jurídica:

“As razões e justificativas apresentadas no discurso oficial e público sobre a pena não resistem, portanto, a um exame mais detalhado. As alegadas relações de meio e fim entre a pena e seus efeitos não são acertadas ou são impossíveis de se comprovar, ou a pena é reduzida a um meio de comunicação, sem que se possa demonstrar que as mensagens a serem comunicadas dependam necessariamente da pena como meio de transmissão. (...) Como nas variantes mais modernas da teoria da retribuição, nas teorias da prevenção geral e positiva a pena, entendida como a inflicção de um mal ordenado e executado pelo Estado, é também reduzida a um meio de comunicação. Por que tais mensagens precisam ser comunicadas justamente por meio da pena permanece uma questão em aberto. Seu conteúdo proposicional poderia ser comunicado também por intermédio de outros atos performativos, como uma condenação em um processo público e formalizado de determinação dos fatos e da imputação. O nexos entre a mensagem mediada pela comunicação e o meio de comunicação da pena continua sendo contingente; não está comprovada a existência de uma relação *necessária*.”⁴⁵⁵

Günter certamente não tem a intenção de suprimir a pena por completo, mas tão somente seu caráter de necessidade. Habermas não acompanha esse movimento; vale dizer, pressupõe a sansão punitiva sem reconstruí-la devidamente. E essa negligência com respeito a um dos elementos mais centrais da facticidade jurídica impõe-lhe mais uma vez o risco de ver suas intenções democratizantes radicais desaguar em uma compreensão tradicional do processo democrático. Em um teoria procedimental do

⁴⁵⁵ GÜNTER, K. “Crítica da Pena I”, in PÜSCHEL, F. P.; MACHADO, M. M. *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito. Textos de Klaus Günter*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 72-73. Em textos posteriores, Günter defende de maneira ainda mais explícita a crítica da pena como “crítica da *necessidade* de punição”: “Se nenhuma justificativa da pena é convincente e a necessidade de punição tampouco pode ser explicada racionalmente, a crítica da pena deve desembocar em uma crítica da necessidade de punição. A convicção de que é necessário punir parece estar tão enraizada e sobreviver tão obstinadamente a todas as objeções fundamentadas que não é mais possível compreendê-la e justificá-la com razões, mas apenas explicá-la pelas causas, e não pelas causas passíveis de compreensão pela razão, mas por aquelas que atuam à sua revelia.” Idem, “Crítica da Pena II”, in PÜSCHEL, F. P.; MACHADO, M. M., *op. cit.*, p. 87.

direito e da democracia, não apenas o sentido da pena (retributivo, preventivo, reintegrador, etc.) como sua própria vinculação a comportamentos determinados devem ser apresentados como *possibilidades* regulatórias a serem escolhidas pelos cidadãos por meio de sua autonomia pública. Nas palavras de Klaus Günter, a pena deve ser apresentada como “um meio entre outros para o reconhecimento da norma”.⁴⁵⁶ Não se trata aqui, portanto, de cobrar uma justificação normativa da forma coercitiva⁴⁵⁷, mas, ao contrário, de submeter essa justificação mesma ao campo político-democrático.

No âmbito da reconstrução externa, acompanhamos diversas acusações de “déficits sociológicos” direcionados à obra de Habermas, entre os quais interessa-nos sobretudo aqueles feitos em nome de uma compreensão mais detalhada dos potenciais e bloqueios à reprodução da política deliberativa. Entre os bloqueios não diagnosticados, vimos, por exemplo, sua negligência em relação às novas formas de controle da privacidade viabilizadas por meios eletrônicos, as quais podem vir a minar a política deliberativa em suas fases mais iniciais. Ademais, desde *Kritik der Macht*, de Axel Honeth, são comuns as críticas que apontam a insensibilidade de Habermas em relação a patologias sociais e formas ilegítimas de poder que se impõem sem fazer uso da mediação sistêmica, tais como a distribuição desigual do capital simbólico, o controle da mídia sobre a formação das agendas públicas informais e formas de dominação cultural independentes das estruturas burocráticas.⁴⁵⁸ Entre os potenciais não diagnosticados, podemos mencionar a desatenção do autor em relação às possibilidades de participação política direta e às formas de influência do sistema político não mediadas pelas instituições parlamentares. Uma crescente bibliografia chama a atenção para as chances de modificação dos fluxos do poder burocrático por meio de demandas que alcançam instituições não legislativas, tais como conselhos participativos, órgãos de *accountability* vertical e as próprias instituições judiciárias.⁴⁵⁹ Argumenta-se, inclusive, que grupos

⁴⁵⁶ GÜNTER, K. “Crítica da Pena I”, in PÜSCHEL, F. P.; MACHADO, M. M, *op. Cit.*, p. 72.

⁴⁵⁷ Como feito por parcela da bibliografia secundária. Cf. capítulo 1, nota 112 deste trabalho.

⁴⁵⁸ Cf. HONETH, A. *Kritik der Macht. Reflexionstufen einer kritischen Gesellschaftstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988; BOURDIEU, P. *A Distinção: Crítica Social ao Julgamento*. São Paulo: EDUSP, 2009; BENHABIB, S. *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*. Princeton: Princeton University Press, 2002; YOUNG, I. M. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

⁴⁵⁹ EPP, C. *The Rights Revolution: lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspective*. Chicago: Chicago University Press, 1998; FANTI, F. *Políticas de saúde em juízo: um estudo sobre o Município de São Paulo*. Dissertação de Mestrado, FFLCH-USP, 2009; WILSON, B. M e CORDERO, J.

pouco organizados, socialmente marginalizados e com baixa representatividade na política oficial podem encontrar nas cortes maiores chances de alterar políticas públicas e reinterpretar o alcance de seus direitos.⁴⁶⁰ Tais análises destoam do diagnóstico habermasiano sobre a política deliberativa, no qual as instituições legislativas parecem cumprir o papel de lugar natural para onde escoam todas as demandas sociais enraizadas no mundo da vida.

Por fim, vimos que ao final da obra a autonomia privada recebe novas considerações: seu vínculo necessário com o modelo da igualdade formal é desfeito em nome de uma procedimentalização da igualdade das liberdades civis. Entretanto, o mesmo não é feito com relação à autonomia pública. Quer dizer, Habermas não considera o movimento correspondente de materialização das liberdades políticas (o que historicamente dá origem, por exemplo, a direitos de representação específica a grupos marginalizados em instituições decisórias, em partidos políticos e na propaganda eleitoral).⁴⁶¹ Argumentamos que a materialização do direito privado é somente um caso específico para se tratar da chamada dialética entre igualdade formal e material, a qual estaria presente no postulado geral de igualdade de direitos, tanto civis quanto políticos. Esse passo, como já observado, não é dado explicitamente pelo autor. E tampouco é dado em relação aos direitos privados de reclamação judicial. O igual acesso à justiça também tem de se despir de sua caracterização estritamente formal. Sua materialização dá origem a programas de assistência jurídica e procedimentos especiais que apresentam riscos de precarização das garantias processuais quando gerados segundo a auto-programação do sistema burocrático.⁴⁶² Podemos ainda supor que outras categorias como “Estado de direito”, “argumentação jurídica” e “separação de poderes” mereçam ser reavaliadas pela ótica da disputa de paradigmas.

C. R. “Legal Opportunity Structures and Social Movements: the effects of institutional change on Costa Rican Politics”, in *Comparative Political Studies*, v. 39, n. 3, 2006; GLOPPEN, S. “Public interest litigation, social rights and social policy”, in DANI, A. A. e HAAN, A. (ed.) *Inclusive states: social policy and structural inequalities*. Washington: The World Bank, 2008.

⁴⁶⁰ WILSON, B. M e CORDERO, J. C. R.. Op. cit., pp. 331-332.

⁴⁶¹ Cf. YOUNG, I. M. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

⁴⁶² Cf. CAPPELLETTI, M., GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988; CHASIN, A. C. M. *Uma simples formalidade: estudo sobre a experiência dos Juizados Especiais Cíveis em São Paulo*. Dissertação de Mestrado, FFLCH-USP, 2007; CUNHA, L. G. *Juizado Especial: criação, instalação e funcionamento e a democratização do acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2008.

Ao lermos de forma panorâmica os desenvolvimentos do último capítulo de *Direito e Democracia*, encontramos a tese de que uma compreensão mais completa e aprofundada da práxis jurídica contemporânea exige o cruzamento da perspectiva jurídica com a sociológica. As conseqüências dessa tese mais geral, entretanto, não são todas trabalhadas nos próprios limites da obra. Vale dizer, a intersecção desses dois campos disciplinares abre possibilidades de análise não inteiramente esgotadas pelo autor. A noção de paradigma jurídico, pois, apresenta-nos de fato uma das formas profícuas como essa intersecção pode se dar, mas encontra-se longe de ser a única. Ao invés de nos determos na *imagem* social utilizada na fundamentação e aplicação do direito, cabe perguntarmos pelas estruturas sociais legitimadas nos termos do direito, pelas implicações das mesmas categorias jurídicas em estratos sociais diferenciados, pelas origens sociais dos atores e destinatários do direito, pelo modelo regulatório privilegiado em diferentes esferas sociais, pelo caráter das demandas mais habitualmente vetadas pelas instituições legislativas e judiciárias, pela composição efetiva dos processos responsáveis por decisões emblemáticas, etc. Essas perguntas não são novas nas vertentes críticas do pensamento sobre o direito. Suas respostas, entretanto, têm de ser constantemente atualizadas. E isso porque na reprodução cotidiana do direito e da democracia, a restrição das liberdades e a reificação do comportamento tendem a aparecer de forma sempre nova, podendo inclusive surgir de onde menos se espera.

Dessa forma, seja em virtude de seus limites assumidos, seja em razão das limitações atribuídas, a crítica do direito e da democracia em Habermas se conclui como um projeto inacabado. E é favorável que ela termine assim. De um ponto de vista estritamente acadêmico, a obra de Habermas é mais rica quando entendida não como um sistema filosófico fechado, mas como um programa de pesquisa. Ela abre perspectivas para uma compreensão mais ampla dos processos democráticos reais, a qual não se prende às instituições da política oficial muito embora crie ferramentas teóricas aptas a descrevê-las e avaliá-las. De um ponto de vista crítico, o caráter inconclusivo de sua obra deixa claro que os princípios normativos do direito moderno não se realizaram plenamente. A forma abstrata de apresentação de suas categorias fundamentais reflete a insuficiência de qualquer de seus conteúdos historicamente determinados – cabendo insistir, uma vez mais, que essa forma de apresentação não *decide* ela mesma questões

práticas em abstrato. Ao contrário, em cada abstração empreendida procura-se ampliar os horizontes da práxis política cotidiana. Ao terminar com processos de realização de direitos em andamento, o autor reafirma seu modelo inicial de emancipação: trata-se de um modelo procedimental, programático e inconclusivo, o qual tem de se renovar em cada momento presente. Ao se opor às cristalizações passadas, o modelo pode sugerir um certo caráter iconoclasta (ou pura desconstrução). Tal leitura, entretanto, mostra-se parcial. Ele de fato combate os pressupostos do direito e da democracia enquanto pressupostos, mas não os destrói por completo. Isso pôde ser acompanhado no que se refere ao objeto específico desta tese. Na querela que envolve a liberdade dos antigos e dos modernos, a posição que se declarava então moderna, hoje também ultrapassada, errava justamente em não preservar nada do objeto combatido. Vale dizer, em supor que sua inovação negativa não mantinha nada de positivo. Enfim, em não procurar retirar o núcleo crítico da liberdade dos antigos e trabalhar, a partir dos nexos constitutivos que estabelece com ele, o seu próprio.

BIBLIOGRAFIA

AGRE, P. E., ROTEMBERG, M. (eds.). *Technology and Privacy: The New Landscape*. Cambridge: MIT Press, 1998.

ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

_____. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990.

ALTMAN, I. “Privacy Regulation: Culturally Universal or Culturally Specific?” in *Journal of Social Studie*, v. 33 (3), 1987.

ARATO, A. “Procedural Law and Civil Society: Interpreting the Radical democratic Paradigm”, in ROSENFELD, M. e ARATO, A. (eds.). *Habermas on Law and Democracy – Critical Exchanges*. Berkley: University of California Press, 1998.

ARENDT, H. *The Human Condition*. Chicago: University of Chicago Press, 1973.

_____. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

AVRITZER, L. e COSTA, S. “Teoria Crítica, Democracia e Esfera Pública: concepções e usos na América Latina”, in *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, vol. 47, n. 4, 2004.

BEISHEIM, M. “NGOs und die (politische) Frage nach ihrer Legitimation. Das Beispiel Klimapolitik” in BRUNNENGRÄBER, A.; KLEIN, A. e WALK, H. (orgs.). *NGOs im Prozess der Globalisierung. Mächtige Zwerge – umstrittene Riesen*. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2005.

BÉJAR, H. *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y Privacidad*. Madrid: Alianza Editorial, 1988.

BELGARD, J. *Identität als Spiel. Eine Kritik des Identitätskonzepts von Jürgen Habermas*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1992.

BANNWART, C. J. *Moral pós convencional em Habermas*. Dissertação de Mestrado, IFCH/UNICAMP, 2002.

BAYNES, K. *The Normative Grounds of Social Criticism*. New York: State University of New York Press, 1992.

BENHABIB, S. *Critique, Norm and Utopia. A study of the foundations of Critical Theory*. New York: Columbia University Press, 1986.

_____. *Situating the Self – Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*. New York: Routledge, 1992.

_____. *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

_____. “Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition and Jürgen Habermas”, in *Situating the Self. Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*. New York: Routledge, 1992.

BERLIN, I. “Dois Conceitos de Liberdade”, in Idem. *Estudos sobre a Humanidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BOURDIEU, P. *A Distinção: Crítica Social ao Julgamento*. São Paulo: EDUSP, 2009.

BUTLER, J. *Excitable Speech. A Politics of the Performative*. London: Routledge, 1997

BLANKE, T. “Sanfte Nötigung”, in *Kritische Justiz*, vol. 27, 1994.

CALHOUN, C. (org.). *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: MIT Press, 1992.

CAPPELLETTI, M., GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988

CARDARELLI, G., KESSLER, G., ROSENFELD, M., “Las lógicas de acción de las asociaciones voluntarias”, in TOMPSON, A. (org.). *Público y Privado: las organizaciones sin fines de lucro en la Argentina*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1995.

CHASIN, A. C. M. *Uma simples formalidade: estudo sobre a experiência dos Juizados Especiais Cíveis em São Paulo*. Dissertação de Mestrado, FFLCH-USP, 2007.

COHEN, J. *Class and Civil Society. The Limits of Marxian Critical Theory*. Amherst: The University of Massachusetts Press, 1982.

_____. *Regulating Intimacy. A New Legal Paradigm*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

COHEN, J. e ARATO, A. *Sociedad Civil y Teoría Política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

COING, H. “Zur Geschichte des Begriffs ‘subjektives Recht’”, in Idem (org.). *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*. Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1959.

CONSTANT, B. “Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos” in *Filosofia Política*. Porto Alegre, n.2, 1985.

COOKE, M. “Authenticity and Autonomy: Taylor, Habermas and the politics of Recognition” in *Political Theory*, v. 25, n. 2, 1997.

_____. “Habermas, Feminism and Autonomy”, in DEWS, P. (ed). *Habermas: A Critical Reader*. Oxford: Blackwell, 1999.

_____. “A space of one’s own: autonomy, privacy, liberty”, in *Philosophy & Social Criticism*, v.25, n.1, 1999.

CUNHA, L. G. *Juizado Especial: criação, instalação e funcionamento e a democratização do acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DEFLEM, M. “Introduction: law in Habermas’s Theory of Communicative Action”, in *Philosophy and Social Criticism*, vol. 20, n.4, 1999.

EPP, C. *The Rights Revolution: lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspective*. Chicago: Chicago University Press, 1998.

FANTI, F. *Políticas de saúde em juízo: um estudo sobre o Município de São Paulo*. Dissertação de Mestrado, FFLCH-USP, 2009

FINEMAN, M. “Intimacy Outside of the Natural Family: The limits of Privacy”, in *Connecticut Law Review*, n. 23, 1992.

_____. *The Neutered Mother, the Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*. New York: Routledge, 1995.

FORST, R. *Kontexte der Gerechtigkeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir*. São Paulo: Editora Vozes, 2004.

FRANKENBERG, G. “Why care? – The trouble with social rights” in *Cardozo Law Review*, n. 17, 1996.

FRALIN, R. *Rousseau and Representation*. New York: Columbia University Press, 1978.

FRASER, N. “Que é crítico na teoria crítica? O argumento de Habermas e o gênero” in BENHABIB, S.; CORNELL, D. (orgs.). *Feminismo como crítica da Modernidade*. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos, 1987.

_____. “Struggle over Needs” in Idem. *Unruly Practices. Power, Discourse and Gender in Contemporary Social Theory*. Oxford: Polity Press/Blackwell, 1991.

_____. *Justice Interruptus*. New York: Routledge, 1997.

FRIED, C. "Privacy", in *Yale Law Journal*, n 77, 1968.

GERHARDS, J., NEIDHARDT, F. *Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit*. Berlin: Wissenschaftszentrum Berlin, 1990.

GIDDENS, A. *As transformações da Intimidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1992.

GLOPPEN, S. "Public interest litigation, social rights and social policy", in DANI, A. A. e HAAN, A. (ed.) *Inclusive states: social policy and structural inequalities*. Washington: The World Bank, 2008.

GOFFMAN, E. *Manicômios, Prisões e Conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2008.

GOULD, M. "Law and Philosophy: some consequences for the law deriving from the sociological reconstruction of philosophical theory" in *Cardozo Law Review*, v. 17, 1996.

GÜNTER, K. "Diskurtheorie des Rechts oder liberales Naturrecht in diskurstheoretischem Gewande?" in *Kritische Justiz*, vol. 27, 1994.

_____. "Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis", in ROSENFELD, M., ARATO, A. (eds.). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkley: University of California Press, 1998.

_____. "Welchen Personbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson", in BRUNKHORST, H.; NIESEN, P. (Orgs.) *Das Recht der Republik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.

_____. "Crítica da Pena I", in PÜSCHEL, F. P.; MACHADO, M. M. *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito. Textos de Klaus Günter*. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. "Crítica da Pena II", in PÜSCHEL, F. P.; MACHADO, M. M. *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito. Textos de Klaus Günter*. São Paulo: Saraiva, 2009

HABERMAS, J. *Teorie und Praxis. Sozial-Philosophische Studien*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1963.

_____. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Pensamento Pós-Metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. *Para a reconstrução do Materialismo Histórico*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 2ª edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990.

_____. “Que significa socialismo hoje? Revolução recuperadora e necessidade de revisão da esquerda” in *Novos Estudos* CEBRAP, n.30, julho de 1991.

_____. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

_____. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. “Kants Idee des ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahren” in Idem, *Die Einbeziehung des Anderen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

_____. “Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law”, in ROSENFELD, M., ARATO, A. (eds.). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkley: University of California Press, 1998.

_____. “Paradigms of Law”, in ROSENFELD, M. e ARATO, A. (eds.). *Habermas on Law and Democracy – Critical Exchanges*. Berkley: University of California Press, 1998.

_____. *A Inclusão do Outro. Estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. “Inserção: Inclusão ou confinamento?”, in Idem. *A Inclusão do Outro. Estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. “A luta por reconhecimento no Estado Democrático de Direito”, in Idem. *A Inclusão do Outro. Estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. “Apêndice a Facticidade e Validade” in Idem. *A Inclusão do Outro. Estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

HANKISS, E. “The Loss of Responsibility”, in MCLEAN, I., MONTEFIORE, A., WINCH, P. (orgs.). *The Political Responsibility of Intellectuals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

HELD, D. *Models of Democracy*. Oxford: Blackwell, 2006.

HESSE, K. *Verfassungsrecht und Privatrecht*. Heidelberg: C. F. Müller Juridischer Verlag, 1988.

HÖFFE, O. “Eine Konversion der kritischen Theorie? Zu Habermas’s Rechts- und Staatstheorie”, in *Rechtshistorisches Journal*, n. 12, 1993.

HONNETH, A. *Kritik der Macht. Reflexionstufen einer kritischen Gesellschaftstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988

_____. *Desintegration: Bruchstücke einer soziologischen Zeitdiagnose*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

_____. “Social Dynamics of Disrespect: situating Critical Theory today”, in DEWS, P (ed). *Habermas: A Critical Reader*. Oxford: Blackwell, 1999.

_____. *Luta por Reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

_____. “Redistribution as Recognition: a response to Nancy Fraser”, in FRASER, N., HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange*. New York: Verso, 2003.

HONNETH, A., FRASER, N. *Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange*. New York: Verso, 2003.

HORKHEIMER, M. “Teoria Tradicional e Teoria Crítica”, in *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

_____. “Autoridade e família” in Idem, *Teoria Crítica I*, São Paulo: Perspectiva, 1990.

HOLTZMAN, D. H. *Privacy Lost: how technology is endangering your privacy*. San Francisco: Josey Bass, 2006.

INGRAM, D. “Individual Freedom and Social Equality: Habermas’s Democratic Revolution in the Social Contractarian Justification of Law”, in HAHN, L. E. (ed.) *Perspectives on Habermas*, Chicago: Open Court, 2001.

KANT, I. “Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis”, in *Immanuel Kants Werkausgabe*, v. VI. Wilhelm Weischedel (ed.). Darmstadt: Wissenschaftliche deutsche Buchgesellschaft, 1964.

_____. *Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2004.

KEANE, J. *Democracy and Civil Society*. London: Verso, 1988

KEINERT, M.C.; HULSHOF, M.; MELO, R.S., “Diferenciação e Complementaridade entre Direito e Moral” in NOBRE, M., TERRA, R. *Direito e Democracia – Um Guia de Leitura*. São Paulo: Malheiros, 2008.

KELSEN, H. *Teoría General del Estado*. Madrid: Editorial Labor, 1934.

KIRSCHMAN, A. O. *Exit, Voice and Loyalty. Decline in Firms, Organizations and States*. New York: Harward University Press, 1980.

KUPKA, T. “Jürgen Habermas’ diskurstheoretische Reformulierung des klassischen Vernunftrechts”, in *Kritische Justiz*, vol. 27, 1994.

LADEUR, K. H. “Subjektive Rechte und Theorie der Prozeduralisierung: Vom Universalismus des Rechts zur rechtlichen Modellbildung unter Ungewissheitsbedingungen” in *Kritische Justiz*, vol. 40, n. 1.

LARMORE, C. “Die Wurzeln radikaler Demokratie“, in *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, n. 41, 1993.

LAVALLE, A. G. “Jürgen Habermas e a virtualização da publicidade”, in *Margem (PUC-SP)*, v. 16, n. 16, 2002.

LYON, D., ZUREIK, E. (eds.). *Computers, Surveillance and Privacy*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1996.

MAIA, R. C. M. “Política deliberativa e tipologia de esfera pública”, in *BIB - Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, n 63, 1º semestre, 2007.

MAIHOFER, A. “Was wandelt sich in im aktuellen Wandel der Familie?“ in BEERHORST, J., DEMIROVIC, A., GUGGEMOS, M., *Kritische Theorie im gesellschaftlichen Strukturwandel*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004.

MACHADO, M. R. *Do direito à imputação: a teoria de Günter Jakobs na dogmática penal contemporânea*. São Paulo, 2007. Tese (doutorado em direito) - FADUSP.

MACKINNON, C. “Privacy v. Equality: Beyond Roe v. Wade” in Idem, *Feminism Unmodified*. Cambridge: Harward University Press, 1987.

MANIN, B. “Legitimidade e Deliberação Política”, in WERLE, D. L. e MELO, R. S. (orgs.). *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, 2007.

MCCARTHY, T. “Practical Discourse: On the Relation of Morality to Politics”, in Idem, *Ideals and Ilusions: On Reconstructions and Deconstruction in Contemporary Critical Theory*. Massachusetts: MIT Press, 1991.

MARSHALL, T. H. “Cidadania e Classe Social” in Idem. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

_____. “O Estado de Bem-Estar Social – Um Estudo Comparativo” in Idem. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

_____. “Mudanças na Estratificação Social no Século XX” in Idem. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MEEHAN, J. (org.). *Feminists read Habermas: Gendering the Subject of Discourse*. New York: Routledge, 1995.

MELO, R. S. “Habermas e a estrutura ‘reflexiva’ do direito”, in *Revista Direito GV*, São Paulo: v. 1, n.1, 2005.

_____. *Sentidos da Emancipação. Para além da antinomia revolução versus reforma*. São Paulo: Tese de doutorado, FFLCH/ USP, 2009.

MICHELMAN, F. “Como as pessoas podem criar as Leis? Uma crítica à Democracia Deliberativa” in WERLE, D. e MELO, R. S. (orgs.). *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, 2007.

MOON, J. D. “Constrained Discourse and Public Life”, in *Political Theory*, n. 19, 1991.

NEVES, R. *Reconhecimento, Multiculturalismo e Direitos. Contribuições do debate feminista a uma teoria crítica da sociedade*. São Paulo: Dissertação (mestrado em Ciência Política) – FFLCH/USP, 2005.

NEVES, R. e LUBENOW, J. “Entre Promessas e Desenganos: Lutas Sociais, Esfera Pública e Direito”, in NOBRE, M. e TERRA, R. (orgs.). *Direito e Democracia – Um Guia de Leitura*. São Paulo: Malheiros, 2008.

NOBRE, M. *A Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

_____. “A idéia de Teoria Crítica”, in MÜLLER, M. C.; CENCI, E. M. (orgs.) *Ética, Política e Linguagem. Confluências*. Londrina: Edições CEFIL, 2004.

NOBRE, M. (org.). *Curso Livre de Teoria Crítica*. Campinas: Papyrus, 2008.

NOBRE, M. e TERRA, R. (orgs.). *Direito e Democracia – Um Guia de Leitura*. São Paulo: Malheiros, 2008.

O’NEIL, O. “Kommunikative Rationalität und praktische Vernunft”, in *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 41, 1993.

PETERS, B. *Die Integration moderner Gesellschaften*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

_____. *Der Sinn von Öffentlichkeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2007.

PETTIT, P. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

PHILLIPS, A. "From Inequality to difference: a severe case of displacement?", in *New Left Review*, n. 224, 1997.

PINZANI, A. *Diskurs und Menschenrecht: Habermas Theorie der Rechte im Vergleich*. Hamburg: Kovac, 2000.

PÜSCHEL, F. P.; MACHADO, M. R. *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito. Textos de Klaus Günter*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

RAISER, L. *Die Zukunft des Privatrechts*. Berlin: De Gruyter, 1971.

RASCHKE, J. *Soziale Bewegungen. Ein historisch-systematischer Grundriss*. Frankfurt am Main: Campus, 1985;

RAWLS, J. "The Idea of an Overlapping Consensus" in *Oxford Journal of Legal Studies*, 7(1), 1987.

_____. "A idéia de razão pública revisitada", in WERLE, D. e MELO, R. (orgs.). *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, 2007.

REGH, W. "Against Subordination – Morality, Discourse, and Decision in the Legal Theory of Jürgen Habermas" in ROSENFELD, M., ARATO, A. (eds.). *Habermas on Law and Democracy. Critical Exchanges*. Berkley: University of California Press, 1998.

REPA, L. S. *A Transformação da Filosofia em Jürgen Habermas: os papéis da reconstrução, interpretação e crítica*. Tese de Doutorado, FFLCH-USP, 2004.

RODRIGUEZ, J. R. *Fuga do Direito. Um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009

ROHDE, D. L. *Justice and Gender. Sex Discrimination and the Law*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1989.

ROLKE, L. *Protestbewegungen in der Bundesrepublik: eine analytische Sozialgeschichte des politischen Widerspruchs*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987.

ROSENFELD, M. "Can Rights, Democracy and Justice be reconciled through Discourse Theory? Reflections on Habermas's Proceduralist Paradigm of Law" in ROSENFELD,

M. e ARATO, A. (eds.). *Habermas on Law and Democracy – Critical Exchanges*. Berkley: University of California Press, 1998.

RÖSSLER, B. *Der Wert des Privaten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.

ROUSSEAU, J. J. *Do Contrato Social*. In *Os Pensadores*, v. I. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SAVIGNY, F. C. *System des heutigen Römischen Rechts*, v. I, Berlin, 1840 (versão digitalizada disponível no site do Instituto Max Planck <http://dlib-pr.mpier.mpg.de>).

SCHEUERMAN, W. “Reflexive Law and the Challenges of Globalization”, in *Journal of Political Philosophy*, v. 9, n. 1, 2000.

_____. “Between Radicalism and Resignation: democratic theory in Habermas’ *Between Facts and Norms*” in BAYNES, K. e SCHONBERG, R. *Discourse and Democracy: Essays on Habermas’ Between Facts and Norms*. New York: Suny Press, 2002.

_____. “Globalization and Deliberative Democracy: The Antinomies of Habermasian Theory”, in *Philosophical Journal*, 54, n 5, 2006.

SILVA, F. G. “Iris Young, Nancy Fraser e Seyla Benhabib: uma disputa entre modelos críticos” in NOBRE, M. (org.). *Curso Livre de Teoria Crítica*. Campinas: Papirus, 2008.

_____. “Democracia deliberativa” in NOBRE, M. (org.). *Curso Livre de Teoria Crítica*. Campinas: Papirus, 2008.

_____. “Solidariedade entre publico e privado” in NOBRE, M. e TERRA, R. (Orgs.), *Direito e Democracia – Um Guia de Leitura*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. “Rousseau e a Soberania da Vontade Popular” in MACEDO, R. P. (org.). *Curso de Filosofia Política*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

SIMITIS, S. “Selbstbestimmung: Ilusorisches Projekt oder reale Chance?”, in RÜSEN, J. et al. (eds.). *Die Zukunft der Aufklärung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988.

_____. “Wiederentdeckung des Individuums und Arbeitsrechtliche Normen”, in *Sinzheimer Cahiers*, 2, 1991.

TAYLOR, C. “Die Politik der Anerkennung“, in Idem *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

TERRA, R. R. *A Política Tensa. Idéia e Realidade na Filosofia da História de Kant*. São Paulo: Iluminuras, 1995

VITALE, D. e MELO, R. “Política Deliberativa e o Modelo Procedimental de Democracia” in NOBRE, M. e TERRA, R. (Orgs.), *Direito e Democracia – Um Guia de Leitura*. São Paulo: Malheiros, 2008.

WALZER, M. “The Communitarian Critique of Liberalism”, in *Political Theory*, n. 18, 1990.

_____. “Deliberação, e o que mais?” in WERLE, D. e MELO, R. S. (orgs.). *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, 2007.

WARREN, M. *Democracy and Association*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

WELLMER, A. “Freiheitsmodelle in der modernen Welt”, in Idem. *Endspiele: die unversöhnliche Moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

_____. “Bedingungen einer demokratischer Kultur. Debatte zwischen ‘Liberalen’ und ‘Kommunitaristen’”, in Idem, *Endspiele: die unversöhnliche Moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

WERLE, D. *Justiça e Democracia: ensaios sobre John Rawls e Jürgen Habermas*. São Paulo: Editora Singular, 2008.

WERLE, D. e MELO, R. S. (orgs.). *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, 2007.

WHARTON, A. *The Sociology of Gender*. Oxford: Blackwell, 2005.

WHITAKER, R. *The end of privacy. How total surveillance is becomming a reality*. New York: New Press, 1999.

WILSON, B. M e CORDERO, J. C. R. “Legal Opportunity Structures and Social Movements: the effects of institucional change on Costa Rican Politics”, in *Comparative Political Studies*, v. 39, n. 3, 2006.

YOUNG, I. M. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

_____. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2001.