Síntese - Rev. de Filosofia v. 29 n. 94 (2002): 221-236

A CATEGORIA DO DIREITO NA ÓTICA DO AGIR COMUNICATIVO:

UMA ARMADURA PARA O SENTIDO DA AÇÃO NOS LIMITES DA LINGUAGEM

Delamar José Volpato Dutra UFSC/CNPQ

Resumo: a racionalidade comunicativa implica num poder de questionamento infinito sobre todas as proposições, com o objetivo de chegar a um consenso, a um entendimento. Ela instaura um processo discursivo sem garantias, falível, implicando, também, na medida em que se desvincula de formas de vida tradicionais, apenas uma fraca força motivacional, não garantindo força a um agir motivado por ela, como era o caso da razão prática tradicional. Assim, estamos condenados a não poder sair da absoluta liberdade e indeterminação da linguagem e da argumentação e somos, por conseqüência, condenados a compreender a realidade a partir daquilo que aí é estatuído. O presente trabalho visa a demonstrar como, dentro desse contexto, o mundo vivido, as instituições e, principalmente, o direito têm a função de amortizar as instabilidades de tais formas de vida no que concerne à ação. Assim, descortina-se porque a moral comunicativa remete ao direito complementarmente e como, por outro lado, fornece uma explicação plausível enquanto filosofia do direito

Palavras-chave: Habermas, Ação comunicativa, Direito, Mundo vivido, Filosofia do Direito

Abstract: The communicative rationality implies a power of doubting all the propositions, aiming to obtain a consensus among the agents. It creates, however, a discursive process without any guaranty of being successful. Since this process is

not related to traditional ways of life, it implies a weak motivational force, which does not offer the sufficient moral strength to action, as it was the case in traditional practical reason. We are left in the absolute freedom and the indetermination of language and argumentation. Consequently, we are left to understand the reality through language. This paper aims to demonstrate how the *lebenswelt*, the institutions and the law reduce the instabilities of that forms of life, concerning action. Then, the communicative moral theory can offer us a convincing explanation about the philosophy of right.

Key-words: Habermas, Communicative Action, Law, Lebenswelt, Philosophy of Law.

1. O conceito de racionalidade comunicativa: o sentido nos limites da linguagem.

S e considerarmos a filosofia do direito habermasiana como um projeto de legitimação do Direito a partir da ação comunicativa, então, com relação a esse particular, a sua tarefa é tríplice, a saber: a) determinar os elementos que compõem a racionalidade comunicativa enquanto são sua condição de possibilidade; b) provar o estatuto de necessidade dessas condições em relação ao ceticismo, que esquematiza, no presente contexto, a idéia e os objetivos de uma fundamentação; c) mostrar que a partir dessas estruturas fundamentais da racionalidade comunicativa pode-se "deduzir" o princípio básico de legitimação do direito, ou seja, o PDe.

A questão da racionalidade é um dos temas por excelência da filosofia. No início da Teoria da acão comunicativa. Habermas escreve: "a racionalidade das opiniões e das ações é um tema que tradicionalmente se viu tratado na filosofia. Pode-se dizer, inclusive, que o pensamento filosófico nasce da reflexão da razão encarnada no conhecimento, na fala e nas acões. O tema fundamental da filosofia é a razão"1. Trata-se, pois, de estabelecer as condições formais da racionalidade comunicativa, despida das esperancas de fundamentação de tipo ontológica ou dedutiva². Nesse primeiro ponto, o conceito de racionalidade comunicativa é explicitado por intermédio da pragmática universal³. Aqui, é importante distinguir a ação comunicativa, voltada para o entendimento, e a ação estratégica, orientada à realização de fins e à manipulação técnica da natureza. Tal racionalidade (a estratégica) limita-se a analisar as condições que um sujeito tem de cumprir para realizar os fins a que se propõe. Parte do suposto ontológico do mundo como totalidade de fatos. No âmbito da racionalidade comunicativa, por sua vez, "o mundo vivido toma obje-

 $^{^{\}rm 1}$ J. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, v. I, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, 15

² Cfr. ibid., 16-7

³ Cfr. *ibid.*, 114

tividade pelo fato de ser reconhecido e considerado como uno e o mesmo mundo por uma comunidade de sujeitos capazes de linguagem e ação"⁴.

Essa racionalidade de caráter mais amplo, porque não inclui só o uso cognitivo da linguagem, mas também o ético e o expressivo, tem como critério de racionalidade o fato de que, em todas as suas manifestações possíveis, ela tem que ser passível de fundamentação e crítica, ou seja, de consenso discursivo. Cabe, então, perguntar pelo que define a racionalidade comunicativa.

A racionalidade comunicativa, explicitada pela pragmática, compõese de pretensões de validade que se resolvem discursivamente e que se referem a três regiões ontológicas, três mundos diferentes, tendo como pano de fundo o mundo vivido⁵. Ela refere-se a um sistema de pretensões de validade (*Geltungsansprüche*)⁶, e é uma disposição dos sujeitos capazes de linguagem e de ação⁷. Essa racionalidade visa ao consenso, ao entendimento: "entender-se é um processo de obtenção de um acordo entre sujeitos, lingüística e interativamente competentes".

Usando a terminologia de Austin, podemos dizer que a ação comunicativa diz respeito aos atos ilocucionários, onde os participantes só perseguem fins ilocucionários. A parte ilocucionária de um ato de fala determina o modo como empregamos o conteúdo proposicional de uma determinada proposição. Uma teoria pragmática do significado responde, portanto, à seguinte questão: o que significa entender uma emissão? Como vimos, o significado de um enunciado e sua validade possuem um vínculo estreito, porque "entendemos um ato de fala quando sabemos o que o faz aceitável", ou seja, o que o torna válido intersubjetivamente. Por oposição ao que poderíamos caracterizar como sendo uma teoria semântica do significado, que afirma que entendemos uma oração quando entendemos as condições sob as quais a oração é verdadeira, uma teoria pragmática vincula a compreensão do significado de uma emissão à compreensão das condições de sua aceitabilidade. Essas condições coincidem com o êxito ilocucionário de um ato de fala.

⁴ Ibid., 31

⁵ Cfr. ibid., 123.

⁶ Cfr. ibid., 38 e 44.

⁷ Cfr. Ibid., 44

⁸ Ibid., 386. Não podemos considerar a noção de competência, em Habermas, como sendo inata, mas como oriunda de um processo de desenvolvimento filogenético e ontogenético a partir da socialização numa comunidade de comunicação. Logo, a capacidade de falar, ou seja, a formação discursiva, comunicativa da personalidade determina, também, uma competência mínima enquanto participante em qualquer discussão argumentativa.

⁹ "Wir verstehen einen Sprechakt, wenn wir wissen, was ihn akzeptable macht" (J. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, v. I, 400).

A forca de um ato ilocucionário é medida pelas razões que esse pode oferecer para que seja reconhecida a pretensão de validade por ele exigida. Essa é a força, a coerção sem coerções resultante da argumentação, que deve embasar o consenso, o entendimento. São condições imprescindíveis de qualquer consenso: as quatro pretensões de validade, o princípio do discurso e o primado da racionalidade comunicativa sobre a estratégica (esta última apresenta-se, em última análise, como parasitária da racionalidade comunicativa). Essas são condições contrafaticamente inevitáveis, intranscendíveis, que qualquer ação comunicativa deve cumprir como condição necessária de sua possibilidade.

Sabendo que o consenso, o entendimento, é inerente ao ato de falar, Habermas chega à conclusão de que qualquer falante que queira argumentar seriamente, enquanto participante da argumentação, não pode deixar de reconhecer, intuitivamente, que reivindica validade para suas afirmações e que essa validade tem de ser estabelecida pelo princípio do discurso.

A teoria da racionalidade comunicativa, em Habermas, contém um momento reconstrutivo, ou analítico, do saber intuitivo. Tal reconstrução apresenta-se de uma maneira formal em O que significa pragmática universal, ou, então, na Teoria da acão comunicativa, como uma espécie de auto-reflexão fenomenológica da racionalidade comunicativa, no sentido de que um tal saber só se torna possível porque coincide com a sua própria figuração nas sociedades modernas. Ora, é por isso que se manifesta um longo percurso de instauração de um processo de racionalização de uma forma de vida outrora baseada no sacro ou na tradição, a uma forma de vida baseada na instauração do espaço público da argumentação. Tal percurso, porém, não é descrito mais em termos de uma figuração do conceito, através da filosofia da história, ou seia, não se trata mais de um desdobramento ou explicitação necessária do conceito, mas de uma figuração que é descrita a partir da sociologia, contendo em si, portanto, um momento de contingência. Essa figuração põe de manifesto estruturas universais que embasam uma tal forma de vida como sua condição de possibilidade.

Ora, uma tal perspectiva nos dá acesso a uma analítica das condições da racionalidade comunicativa, as quais constituem os pressupostos de uma tal racionalidade (Kommunikationsvoraussetzungen). A primeira condição reside no fato de que todo ato de fala se constitui num feixe de pretensões de validade (Geltungsansprüche), as quais podem ser descritas, ao menos, a partir de uma quádrupla perspectiva, a saber: pretensão de inteligibilidade (Verständlichkeit), de veracidade (Wahrhaftigkeit), de verdade (Wahrheit) e de retitude (Richtigkeit). A idéia de pretensão dá a noção de incompletude, no sentido de que ela tem que oferecer a sua ratio juris, ou seja, a sua justificação. Será, então, a justificação (da pretensão) que dará propriamente a força

ilocucionária a esta. Essa justificação será dada pelo princípio do discurso, pelo qual acontece o desempenho (Einslösung) da validade dessa pretensão. O resultado de um tal processo determinará o entendimento (Verständigung), o acordo (Einverständnisses) com relação àquela pretensão que, só então, momentaneamente, para aqueles participantes da discussão, deixa de ser uma pretensão de validade para se tornar válida de fato. Em suma, são fundamentais dois conceitos: o de pretensão de validade e o de desempenho discursivo. Se esses dois conceitos puderem ser provados, então, ter-se-á provado, também, que o telos da linguagem é o consenso, o entendimento, o acordo. O resultado das condições pragmáticas dos atos de fala leva ao seguinte: "linguagem' e 'entendimento' são conceitos co-originários, conceitos que se explicam mutuamente" 10. Ou seja, "o entendimento é imanente como telos à linguagem humana" 11.

Este momento, porém, pode vir eivado pela ilusão da própria atividade reconstrutiva, tanto formal quanto aquela marcada pela sociologia.
É por isso que esse momento é perpassado pela dúvida cética, cuja
função é pôr à prova o que antes se reconstruiu. O momento cético,
aqui, deve ser entendido como uma maneira de tratar algo como incerto, para, por este caminho, ir ao encontro da verdade. Trata-se,
nesse caso, de uma suspensão da evidência do julgamento. É por isso
que Habermas procura um momento de prova para as condições assim reconstruídas. Basicamente, em Habermas, apresentam-se dois
caminhos para cumprir essa tarefa: 1) o da prova indireta, utilizando
a comparação com outras perspectivas de reconstrução empíricas, como
a lingüística; 2) pela contradição performativa. O primeiro caminho
parece ser aquele pelo qual a *Teoria da ação comunicativa* move-se; já
o segundo é encontrado nas outras obras e, mais especificamente, nas
obras que tratam da ética discursiva.

Com relação ao primeiro caminho, podemos dizer que é seguido quando a figura do cético não entra em cena. Ela estaria no domínio daquele que aceita certos axiomas como princípios primeiros e não pede justificação dos mesmos para além do que ele pode ver como resultado de suas próprias reconstruções teóricas, em comparação com outras reconstruções empíricas que ele pode também observar. Antes disso, porém, Habermas pretende que elas sejam intuitivamente ceitáveis. É por isso, pode-se dizer, que Habermas não recorre à contradição performativa como argumento refutador. Com relação à figura do ceticismo, porém, enquanto uma exigência de justificação dos próprios axiomas últimos, não resta senão o segundo caminho, a sa-

¹⁰ J. Habermas, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des Kommunikativen Handelns, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984, 497.

¹¹ J. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, v. I, 387

¹² Cfr. ED, p. 161

ber, aquele do argumento da contradição performativa. É esse segundo modo de prova que queremos explorar aqui.

Assim, um modo de prova do conceito de pretensão de validade nós encontramos em contextos nos quais Habermas fala de pressupostos universais e inevitáveis da comunicação. Nesse contexto, Habermas fala da "necessidade transcendental que esse caráter de inevitabilidade ou ausência de alternativa encerra" 13. Uma tal perspectiva só é possível no contexto de uma refutação pelo argumento da autocontradição performativa. Senão, como dar conta dessa inevitabilidade? De fato, Habermas utiliza um tal argumento para dar conta da prova do conceito de pretensão de validade:

"não é possível querer comunicar e querer expressar-se de forma não inteligível ou de um modo que se preste a mal-entendidos: e nisso radica esse momento de 'necessidade' que lembra uma necessidade transcendental" ¹⁴. "De novo, a 'necessidade' transcendental se faz sentir na circunstância de que não se pode querer ambas as coisas de uma só vez: dar-se a entender e não ser veraz na manifestação das próprias intenções" ¹⁵. "Também temos, aqui, uma 'necessidade' transcendental no sentido de que não se pode querer, simultaneamente, entender-se e fazer manifestações que transgridem normas e valores socialmente reconhecidos" ¹⁶.

Segundo Ferry¹⁷, o paradoxo do mentiroso faz reconhecer uma pretensão de sinceridade, e o paradoxo do cético, uma pretensão de verdade.

É exatamente nesse particular, quando passamos a tratar da fundamentação da ética e da refutação do ceticismo ético propriamente dito, que Habermas faz uso do argumento transcendental de Apel, embora compreendendo um tal argumento segundo um *status* diferente daquele de Apel. Segundo o próprio Habermas,

"nesse ponto, são importantes os trabalhos de K. O. Apel que se ocupam, principalmente, de dois problemas: do modo daquelas fundamentações que se apóiam em reconstruções racionais de pressuposições universais e inevitáveis do conhecimento, da ação e do entendimento lingüístico, assim como do conteúdo normativo da estrutura formal da fala racional. Disto seguem-se as teses centrais, das quais o princípio de universalização pode 'deduzir-se', no sentido de uma fundamentação 'pragmático-transcendental', a partir dos pressupostos da argumentação" 18.

¹³ J. Habermas, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des Kommunikativen Handelns, 244

¹⁴ Ibid., 247

¹⁵ Ibid., 248

¹⁶ Ibid., 250

¹⁷ Cfr. J. M. Ferry, *Philosophie de la communication. 1. De l'antinomie de la vérité* à la fondation ultime de la raison, Paris, Cerf, 1994, 73.

¹⁸ J. Habermas, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des Kommunikativen Handelns, 530-531

Os trabalhos de Apel, com relação a esse ponto, são de fundamental importância, na medida em que explicitam o conteúdo dessa intuição do participante da argumentação, ou então, do conteúdo dessa evidência performativa. Com isso, Apel delineia, também, o modo de prova da fundamentação última da racionalidade filosófica. Trata-se de uma prova não dedutiva que tem por base uma evidência performativa a ser evitada. Estamos falando, portanto, de uma fundamentação de caráter pragmático, porque pressupõe o envolvimento de quem argumenta, de forma reflexiva e transcendental.

Tomemos, por exemplo, as quatro pretensões de validade, pressupostas por qualquer ato de fala, e o princípio do discurso. Não posso dizer, por exemplo, "eu não pretendo verdade para aquilo que estou dizendo", ou "não reivindico a compreensão por parte do outro", porque estaria cometendo uma autocontradição performativa, pois estaria, ao mesmo tempo, reivindicando e suprimindo a pretensão de validade de meu próprio ato de fala. Além disso, eu não poderia provar, dedutivamente, tal pretensão sem pressupô-la já na própria prova, isto é, sem círculo, sem *petitio principii*. Portanto, as pretensões de validade são uma condição última e inegável da argumentação; e qualquer um que queira participar de uma argumentação não pode negá-las, pois elas constituem-se numa evidência performativa do próprio participante da argumentação.

O cético ou falibilista, ao defender a impossibilidade de uma justificação das normas éticas, defende, também, a impossibilidade de fundamentar o princípio-ponte usado para justificar proposições morais na argumentação. A objeção de Apel a essa posição consiste em afirmar que o próprio falibilista, ao entrar na argumentação para defender a sua posição, faz pressuposições que não tem como deixar de admitir enquanto participante do próprio jogo da argumentação. Com isso, "abandona-se o esforço inauspicioso de uma fundamentação dedtiva de 'últimos' princípios e volta-se para a explicação de pressuposições 'incontornáveis', isto é, universais e necessárias" Esse, no entanto, é um modo de prova indireto de mostrar ao cético que ele, ao negar a possibilidade de fundamentação, faz certas pressuposições cujo conteúdo contradiz a sua própria posição.

Nessa perspectiva, a noção de razão assume uma forma lingüística; por isso a linguagem torna-se como que a explicitação da razão, torna-se a própria razão. Sendo que o tema fundamental da filosofia é a

¹⁹ ID., Consciência moral e agir comunicativo, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1989, 103 [Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983, 92].

razão²⁰, ela passa a ter como tarefa a tematização das condições de possibilidade da racionalidade comunicativa. Essa tarefa é a que é cumprida pela pragmática, que expõe as condições de possibilidade da racionalidade comunicativa e busca uma justificação para essas condições. Já que se trata de uma ação que é lingüisticamente mediada, portanto trata-se de uma interação lingüística, então, podemos concluir que o objeto de estudos em questão é a dimensão pragmática da linguagem.

Trinta anos depois da publicação de "A mudança estrutural da esfera pública", sua filosofia do direito culmina aquele projeto, oferecendo um conceito sociologicamente informado de direito e do sistema direito, uma consideração normativa do princípio do direito e do estado constitucional, uma tentativa de unir um tratamento empírico e normativo da democracia e uma consideração sobre o contexto social exigido pela democracia²¹.

A racionalidade comunicativa, composta por pressupostos quase-transcendentais de coerção contra-fáticos, implica num poder de questionamento infinito sobre todas as proposições, com o objetivo de chegar a um consenso, a um entendimento. Ela instaura um processo discursivo sem garantias, falível²², implicando, também, na medida em que se desvincula de formas de vida tradicionais — em que o risco de dissenso é interceptado na própria dimensão de validade, ligando, ambivalentemente, nessa dimensão, faticidade e validade, do que é índice, ainda hoje, o tabu do incesto²³ —, apenas uma fraca força motivacional, não garantindo força a um agir motivado por ela, como era o caso da razão prática tradicional²⁴. Temos, assim, uma "tensão entre idéia e realidade que irrompe na própria facticidade de formas de vida estruturadas linguisticamente"²⁵. Um tal dissenso, constitutivo da racionalidade comunicativa²⁶, decorre de uma

²⁰ Cfr. Id., Theorie des kommunikativen Handelns, v. I. 15.

²¹ Cfr. William Regh, Translator's Introduction, in J. Habermas, Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy, (Trad. W. Rehg: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats), Cambridge, Polity Press, 1996, IX-X.

 $^{^{22}}$ A obra Faktizität und Geltung será abreviado por FG,e a tradução brasileira por TrFG. Para a tradução brasileira, todas as citações serão do volume I.

[&]quot;A tensão ideal que irrompe na realidade social remonta ao fato de que a aceitação de pretensões de validade, que cria fatos sociais e os perpetua, repousa sobre a aceitabilidade de razões dependentes de um contexto, que estão sempre expostas ao risco de serem desvalorizadas através de argumentos melhores e processos de aprendizagem que transformam o contexto" [TrFG, 57. FG, 54].

²³ Cfr. TrFG, 43, 47. [FG, 41, 45].

²⁴ Cfr. TrFG, 21. [FG, 19].

²⁵ TrFG, 21. [FG, 19].

²⁶ Cfr. TrFG, 40. [FG, 38].

indecidabilidade²⁷ última de tudo o que é vaporizado no âmbito do *nomos* comunicativo. Aí, "como ninguém dispõe diretamente de condições de validade que não sejam interpretadas, a 'validade' [Gültigkeit] tem de ser entendida epistemicamente como 'validade que se mostra para nós' [Geltung]"²⁸. Estamos condenados a não poder sair da absoluta liberdade e indeterminação da linguagem e da argumentação e somos, por conseqüência, condenados a compreender a realidade a partir daquilo que aí é estatuído²⁹. Dentro desse contexto, o mundo vivido, as instituições e o direito têm a função de amortizar as instabilidade de tais formas de vida³⁰. Assim, descortina-se porque a moral comunicativa remete ao direito complementarmente e como, por outro lado, fornece uma explicação plausível ao nível da filosofia do direito³¹.

Trata-se agora, portanto, de aplicar uma tal perspectiva, inicialmente posta ao nível do significado, à teoria da ação, caso queiramos ou venhamos a coordenar nossas ações com os outros por intermédio das forcas ilocucionárias dos atos de fala. Nesse sentido, o conceito de agir comunicativo³², no qual os agentes orientam-se por pretensões de validade, adquire relevância para a "construção e manutenção de ordens sociais: pois estas mantêm-se [bestehen] no modo do reconhecimento de pretensões de validade normativas"33. Quer-se dar conta de uma integração social não violenta, despida de garantias meta-sociais. Para isso Habermas parte da consideração, sociológica, da necessidade do agir comunicativo para dar conta da integração social: "se for verdade, como eu penso, seguindo Durkheim e Parsons, que complexos de interação não se estabilizam apenas através da influência recíproca de atores orientados pelo sucesso, então a sociedade tem que ser integrada, em última instância, através do agir comunicativo"34. O que implica em dizer que uma regulamentação normativa de interações estratégicas carecem de força social integradora, pois não conseguem revestir a validade, já separada da faticidade, com a força do fático³⁵.

²⁷ Cfr., a esse propósito, Jacques Lenoble, *Droit et communication: la transformation du droit contemporain*, Paris, Cerf, 1994.

²⁸ TrFG, 32. [FG, 30].

²⁹ Cfr. TrFG, 32. [FG, 30].

³⁰ Cfr. TrFG, 25. [FG, 23].

³¹ Cfr. TrFG, 23-4. [FG, 21-2].

 $^{^{\}rm 32}$ O agir comunicativo situa-se entre discurso e mundo vivido [cfr. TrFG, 40-1. FG, 38].

³³ TrFG, 35. [FG, 33].

³⁴ TrFG, 45. [FG, 43].

³⁵ Cfr. TrFG, 47. [FG, 45].

2. Uma armadura para o sentido nos limites da linguagem: o direito como sistema de acão.

Para dar conta desse problema é que surge o direito, provido pela coação do direito objetivo³⁶. Quando o direito natural, cujo ponto de partida são os direitos naturais subjetivos, cede lugar ao direito positivo, momento no qual o uso legítimo da força passa a ser monopolizado pelo estado, surge ao mesmo tempo, em contrapartida, direitos de defesa contra o poder do estado³⁷. Kant. a partir do conceito de legalidade, busca explicar o modo complexo de validade do direito a partir da nocão de direitos subjetivos. Para Kant, a validade jurídica estabiliza a relação entre validade e faticidade, a qual se apresenta a partir da relação entre liberdade e coerção³⁸. Kant constrói, então, a partir disso, o conceito de legalidade, pois por razões analíticas não é possível exigir, coativamente, a obediência das normas jurídicas por dever, mas, observa Habermas, por outro lado, a associação de arbítrios entre si, ou seja, o problema da integração social, só pode ser resolvido sob o ponto de vista moral³⁹, o qual, como sabemos, introduz a questão da legitimidade ou da validade normativa das regras, as quais merecem o reconhecimento não coagido e racionalmente motivado, isto porque "o embate contingente de interesses não é capaz de produzir uma ordem social"40, o que levou Durkheim a postular um consenso prévio sobre valores para explicar a formação e a estabilidade de padrões de comportamento. Isso é também o que é apresentado por Kant na segunda parte do imperativo categórico jurídico: limitar a minha liberdade para poder conviver com a liberdade dos outros segundo uma lei universal de liberdade⁴¹. O conceito kantiano de legalidade resolve o paradoxo de normas que têm de ser obedecidas independentemente de sua avaliação moral: "normas de direito são, ao mesmo tempo e sob aspectos diferentes, leis da coerção e leis da liberdade"42.

Temos, aqui, uma dupla validade do direito, coerção e liberdade. Assim, sob um ponto de vista empírico, o direito pode ser analisado somente a partir do ponto de vista da coerção. Sob o ponto de vista da valida-

³⁶ Cfr. TrFG, 47. [FG, 45].

³⁷ Cfr. TrFG, 48. [FG, 45].

³⁸ Cfr. TrFG, 48-9. [FG, 46].

³⁹ Cfr. TrFG, 49. [FG, 46].

⁴⁰ TrFG, 95. [FG, 91].

⁴¹ Cfr. I. Kant, Kants gesammelte Schriften / Kants Werke, (Preußischen Akademie der Wissenschaften), Berlin, Reimer, 1911. VI 230.

⁴² TrFG, 49. [FG, 47].

de, porém, encontramos um amálgama de conceitos complexos, ou seja, o sentido da validade do direito só se explica pela referência simultânea à sua validade social ou fática [Geltung] e à questão da legitimidade [Gültigkeit]. Essa validade social decorre de uma aceitação fática ou natural por parte dos membros da sociedade. O direito, por seu lado, apóia-se sobre uma faticidade artificial, estabelecida a partir de sanções⁴³. No que concerne à legitimidade, ela faz referência ao própria caráter discursivo do resgate da validade de uma proposição.

Desta forma, o direito refere-se tanto à faticidade da validade social quanto à legitimidade strictu sensu e pode, portanto, ser cumprido a partir de uma dupla perspectiva: a do agir estratégico e a do agir comunicativo. Isso é possível porque o direito libera os motivos morais para a obediência ao seu regramento. Por outro lado, observa Habermas, ao mesmo tempo esse regramento ergue uma pretensão de validade normativa, a qual implica um reconhecimento racionalmente motivado e, portanto, uma obediência às regras por respeito à lei; isso mostra que o direito positivo tem que legitimar-se⁴⁴. Na dimensão da validade do direito, a faticidade interliga-se com a validade "porém não chega a formar um amálgama indissolúvel — como nas certezas do mundo da vida"45. As certezas do mundo vivido, segundo Habermas, subtraem-se à discussão. No direito, essas duas dimensões são descoladas, isso na medida em que a imposição do direito pelo estado interliga-se com a forca normativa do direito, que tem a pretensão de ser racional, já que pretende garantir a liberdade e fundar a legitimidade⁴⁶. Para dar conta dessa noção de legitimidade tensa entre faticidade e validade, o direito moderno absorve o pensamento democrático de Kant e Rousseau.

Devemos distinguir um direito que impõe sanções e a faticidade da legislação⁴⁷. No primeiro caso, a permissão para a coerção passa pelo conceito de autonomia, sendo deduzida de uma expectativa de legitimidade. A isso podemos chamar de positividade do direito, a qual vem acompanhada por essa expectativa de que haja uma aceitação racional da norma pelo sujeito autônomo, como lei de sua liberdade, mediante o processo democrático. Nessa positividade não se mostra a faticidade de qualquer norma, mas daquelas que se pretendem legítimas. Numa sociedade pós-tradicional, o direito coercitivo, segundo o comportamento legal, só consegue garantir sua força integradora se os destinatários singulares puderem se considerar como autores dessas

⁴³ Cfr. TrFG, 50. [FG, 47].

⁴⁴ Cfr. TrFG, 52. [FG, 49].

⁴⁵ TrFG, 48. [FG, 46].

⁴⁶ Cfr. TrFG, 48. [FG, 46].

⁴⁷ Cfr. TrFG, 53. [FG, 51].

regras. O direito coercitivo moderno pode apenas mediar a liberdade comunicativa, mas não substituí-la⁴⁸.

Essa conexão interna entre faticidade, validade da imposição do direito e legitimidade é uma hipoteca demasiado pesada para a integração social, a qual é descartada do ponto de vista sociológico⁴⁹. Entra em jogo, nesse ponto, uma faticidade social que não mantém mais conexão com a legitimidade da ordem jurídica. Faticidade e validade se separam e o índice da eliminação da legitimidade da ordem do direito está na introdução de fatos sociais que intervêm de fora na ordem jurídica. Ora, é por isso que Habermas trabalha um "princípio extremamente amplo, capaz de incorporar as teorias filosóficas da justiça e as teorias sociológicas do direito"50, com a finalidade de tratar o direito de um ponto de vista mais realista: "sem a visão do direito como sistema empírico de acões, os conceitos filosóficos ficam vazios. Entretanto, na medida em que a sociologia do direito se empertiga num olhar objetivador lancado a partir de fora e insensível ao sentido da dimensão simbólica que só pode ser aberta a partir de dentro, a própria contemplação sociológica corre o risco de ficar cega"⁵¹. A tarefa própria da filosofia, porém, consiste em "tornar transparentes os conceitos fundamentais" 52.

Ora, introduzido o conceito de legitimidade como fundamental para a filosofia do direito, e mesmo para a sociologia do direito, Habermas pode tomar "como ponto de partida os direitos que os cidadãos têm que atribuir uns aos outros, caso queiram regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo" 53. Por isso, para Habermas, o direito deve comportar uma relação dupla: com a moral e com a política. Ou seja, "a positividade do direito não pode fundarse somente na contingência de decisões arbitrárias, sem correr o risco de perder seu poder de integração social. O direito extrai sua força muito mais da aliança que a positividade do direito estabelece com a pretensão à legitimidade" 54.

Essa questão da integração social surge em sociedades pós-tradicionais, as quais não podem contar mais com um complexo de normas regradas pela autoridade e pelo costume sem maiores questionamentos, ou seja, formas de vida para além da tradição. Nessas sociedades surge uma situação paradoxal, nas quais o agir comunicativo não-circunscrito não tem condições de dar conta, por si só, do fardo da integração social, mas também não pode se livrar desse fardo. "Se depender dos

⁴⁸ Cfr. TrFG, 54. [FG, 52].

⁴⁹ Cfr. TrFG, 54-3. [FG, 52].

⁵⁰ Cfr. TrFG, 10. [FG, 10].

⁵¹ TrFG, 94. [FG, 90].

⁵² TrFG, 9-10. [FG, 9].

⁵³ TrFG, 113. [FG, 109].

⁵⁴ TrFG, 60. [FG, 57-8].

próprios recursos, ele apenas consegue domesticar o risco de dissenso embutido nele, porém através de uma intensificação do risco, ou seja, prolongando os discursos"⁵⁵. A positivação do direito, antes apoiado no sagrado e na eticidade, vai fornecer uma saída para esse problema, para esse paradoxo, constituindo-se num "mecanismo, com o auxílio do qual uma comunicação não-circunscrita pode aliviar-se das realizações de integração social sem se desmentir"⁵⁶, isso na medida em que ao mesmo tempo circunscreve e libera o risco de dissenso. Tal circunscrição dá-se no âmbito do mundo vivido, onde acontece, como nas sociedades tradicionais, uma fusão entre faticidade e validade. Por isso, é preciso compreender a diferença categorial entre aceitabilidade e simples aceitação.

Nas sociedades tradicionais, a convicção pagava o preço de uma limitação à comunicação: as sociedades pós-tradicionais substituem essa convicção pela sanção⁵⁷, implicando, também, a separação do momento da faticidade e da validade jurídica. De um lado, isso garante um mínimo de integração social. Por outro lado, essa separação que possibilita que uma norma se mantenha somente pela sanção determina que tanto a positividade do direito quanto a sua legitimidade façam jus à comunicação não circunscrita. Dado esse caráter dual do direito moderno, capaz de estabilizar os riscos da comunicação, mas também a eles submetido, podemos compreender dois aspectos do direito: a positividade e a legitimidade⁵⁸. Temos o entrelaçamento estrutural entre aceitação [fática] e aceitabilidade. No direito, essa tensão é fortíssima, pois, ao nível político, ele remete à idéia de autolegislação, ou autonomia política dos cidadãos, que dá legimidade às regras. A idéia de estado de direito visa a circunscrever o poder político à idéia da autonomia política dos cidadãos⁵⁹. Trata-se, nesse caso, bem entendido, de uma subjugação da autocompreensão normativa do direito, tratando-se de uma relação externa entre faticidade e validade, mas, mesmo assim, o importante é que o direito, enfim, nutre-se de da tríplice fonte de integração social: solidariedade [comunicação], mercado [\$] e estado [poder], por isso o direito continua sendo um meio ambíguo de integração social, podendo conferir aparência de legitimidade a um poder ilegítimo. Nesse sentido, a tensão entre o idealismo do direito constitucional e a materialidade do direito econômico, que reflete a distribuição desigual do poder social, encontra eco no desencontro das abordagens empíricas do direito e das abordagens filosóficas do direito, o que nos permite concluir com Kant: "a ciência puramente empírica do

⁵⁵ TrFG, 59. [FG, 56].

⁵⁶ TrFG, 59. [FG, 56].

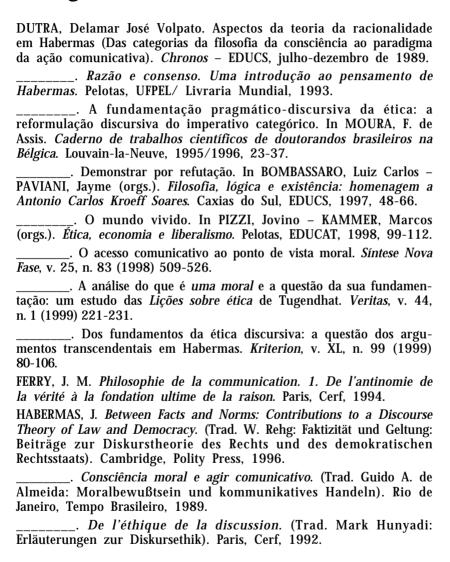
⁵⁷ Cfr. TrFG, 59. [FG, 56]. Nas sociedades tradicionais a sanção era secundária, pois a autoridade da norma a antecede [cfr. TrFG, 43. FG, 41], ou seja, não se funda nela.

⁵⁸ Cfr. TrFG, 60. [FG, 57-8].

⁵⁹ Cfr. TrFG, 61. [FG, 58].

direito é (como a cabeca das fábulas de Fedro) uma cabeca que poderá ser bela, mas possuindo um defeito — o de carecer de cérebro"60.

Bibliografia



⁶⁰ I. Kant, Kants gesammelte Schriften / Kants Werke. (Preußischen Akademie der Wissenschaften). Berlin: Reimer, 1911, VI, 230.

Direito e democracia: entre faticidade e validade. [2 v.]. [Trad. F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats]. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.
Erläuterungen zur Diskursethik. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.
Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992.
946-60. Hannah Arendts Begriff der Macht. <i>Merkur</i> , n. 371 (1976)
Law and Morality. (Trad. K. Baynes). In McMURRIN, S. M. (ed.). <i>The Tanner Lectures on Human Values.</i> (v. VIII). Cambridge, Cambridge University Press, 1988, 217-79.
Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983.
O conceito de poder de Hannah Arendt. In Habermas: sociologia. [Coleção grandes cientistas sociais, org. e trad. S. P. Rouanet e B. Freitag]. São Paulo, Ática, 1980, 100-118.
$\underline{\hspace{0.3in}}$. On Systematically distorted communication. Inquiry, v. 13, n. 3 (1970) 205-18.
Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. (Trad. M. Suzuki). <i>Estudos Avançados</i> , v. 13, n. 7 (1989) 4-19.
Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos. (Trad. F.B. Siebeneichler: Nachmetaphysisches Denken. Philosophische Aufsätze). Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1990.
Raison et légitimité: problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé. Paris: Payot, 1978.
Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawl's Political Liberalism. <i>The Journal of Philosophy</i> , v. 92, n. 3 (1995) 109-31.
Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft. Berlin, Luchterhand, 1962.
<i>Técnica e ciência como "ideologia"</i> . (Trad. A. Morão: Technik und Wissenschaft als "Ideologie"). Lisboa, Ed. 70, 1987.
$\underline{\hspace{1cm}}$. Theorie des kommunikativen Handelns. (2 v.). Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981.
Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des Kommunikativen Handelns. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984.
Zur Logik der Sozialwissenschaften. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1982.
KANT, I. <i>A paz perpétua e outros opúsculos.</i> (Trad. A. Morão). Lisboa, Ed. 70, 1988.
<i>A religião nos limites da simples razão.</i> (Trad. A. Morão: Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft). Lisboa, Ed. 70, 1992.

Crítica da razão prática. (Trad. Artur Morão: Kritik der
praktischen Vernunft). Lisboa, Ed. 70, 1989.
<i>Crítica da razão pura</i> . (Trad. Valério Rohden: Kritik der reinen Vernunft). São Paulo, Abril Cultural, 1980.
Doutrina do Direito. São Paulo, Ícone, 1993.
Fundamentação da metafísica dos costumes. (Trad. Paulo Quintela: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten). Lisboa: Ed. 70, 1988.
Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Leipzig, Dürr'schen Buchhandlung, $^{\rm 3}1906.$
Kants gesammelte Schriften / Kants Werke. (28 vs.). (Preußischen Akademie der Wissenschaften). Berlin, Reimer, 1911.
1967. Kritik der praktischen Vernunft. Hamburg, Felix Meiner,
$\phantom{aaaaaaaaaaaaaaaaaaaaaaaaaaaaaaaaaaa$
$\underline{\hspace{1cm}}$. Oeuvres Philosophiques. (Ed. F. Alquié; Pléiade; 3 v.). Paris, Gallimard, 1980/1985/1986.
Resposta à pergunta: o que é iluminismo? Lisboa, Ed. 70, 1988.
LENOBLE, Jacques. Droit et communication: la transformation du droit contemporain. Paris, Cerf, 1994.
REGH, William. Translator's Introduction. In: HABERMAS, J. Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and

Democracy. (Trad. W. Rehg: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats).

Endereço do Autor: R. João de Deus Machado, 74 / 503 88036-510 Florianópolis — SC

Cambridge, Polity Press, 1996, IX-XXXVII.