

FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO EM HABERMAS



CONTRACORRENTE

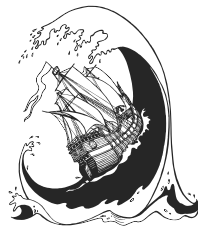
LUIZ MOREIRA

FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO EM HABERMAS

4ª edição

São Paulo

2019



CONTRACORRENTE

Copyright © EDITORA CONTRACORRENTE

Rua Dr. Cândido Espinheira, 560 | 3º andar
São Paulo – SP – Brasil | CEP 05004 000
www.editoracontracorrente.com.br
contato@editoracontracorrente.com.br

Editores

Camila Almeida Janela Valim
Gustavo Marinho de Carvalho
Rafael Valim

Conselho Editorial

Alysson Leandro Mascaro
(Universidade de São Paulo – SP)
Augusto Neves Dal Pozzo
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)
Daniel Wunder Hachem
(Universidade Federal do Paraná – UFPR)
Emerson Gabardo
(Universidade Federal do Paraná – UFPR)
Gilberto Bercovici
(Universidade de São Paulo – USP)
Heleno Taveira Torres
(Universidade de São Paulo – USP)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
(Universidade de La Coruña – Espanha)
Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono
(Universidade Nacional de Comahue – Argentina)
Pedro Serrano
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)
Silvio Luís Ferreira da Rocha
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)

Equipe editorial

Carolina Ressurreição (revisão)
Denise Dearo (design gráfico)
Mariela Santos Valim (capa)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Ficha Catalográfica elaborada pela Editora Contracorrente)

M835 MOREIRA, LUIZ.
Fundamentação do Direito em Habermas | 4ª edição. Luiz Moreira – São Paulo:
Editora Contracorrente, 2019.

ISBN: 978-85-69220-54-1

Inclui bibliografia

1. Filosofia do Direito. 2. Habermas. 3. Política. 4. Direito. I. Título.

CDU: 340.13

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Para Alice, cuja maior beleza é sua complexidade.

SUMÁRIO

PREFÁCIO – Prof. Alessandro Pinzani	9
INTRODUÇÃO	27
CAPÍTULO I – O DIREITO A PARTIR DA <i>TEORIA DA AÇÃO</i> <i>COMUNICATIVA</i>	31
1.1. O CARÁTER PÓS-TRADICIONAL DO DIREITO.....	31
1.1.1 A positividade, a legalidade e o formalismo	37
1.1.2 O Direito Natural Racional, a Fé na Legalidade e a Racionalidade Material	42
1.2. O DIREITO COMO DESCONEXÃO ENTRE SISTEMA E MUNDO DA VIDA	45
1.3. A JURIDICIZAÇÃO COMO TENDÊNCIA DE COLONIZAÇÃO DO MUNDO DA VIDA	54
CAPÍTULO II – PRIMEIRO ESBOÇO DE FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO	67
2.1. O CARÁTER RACIONAL DA DOMINAÇÃO LEGAL: A LEGITIMIDADE ORIUNDA DA LEGALIDADE.....	67
2.1.1 A crítica ao conceito weberiano de racionalidade jurídica	68
2.1.2 A racionalidade de processos institucionalizados por meio do Direito	79
2.2. O SISTEMA JURÍDICO NO ESTADO DE DIREITO.....	84

2.2.1 A racionalidade do Direito ou da relação interna entre Direito, Moral e Política.....	85
2.2.2 Do Direito racional ao Estado de Direito: uma racionalidade procedimental com teor moral	92
CAPÍTULO III – O DIREITO ENTRE <i>FACTICIDADE E</i> <i>VALIDADE</i>	99
3.1. DA RAZÃO PRÁTICA À RAZÃO COMUNICATIVA	99
3.2. A TENSÃO ENTRE <i>FACTICIDADE</i> E <i>VALIDADE</i> NO SEIO DA LINGUAGEM: SIGNIFICADO E VERDADE.....	104
3.3. O AGIR COMUNICATIVO COMO FONTE PRIMÁRIA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL	110
3.3.1 O Mundo da Vida; as Instituições Arcaicas e a Sociedade Secularizada.....	113
3.4. DIMENSÕES DA <i>VALIDADE</i> DO DIREITO.....	120
3.4.1 Legalidade e processo de normatização do Direito	121
3.4.2 O processo legislativo como espaço de integração social... ..	125
3.4.3 O Direito como <i>medium</i> da tensão entre <i>facticidade</i> e validade: positividade e aceitabilidade racional.	127
CAPÍTULO IV – FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO	137
4.1. A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO	140
4.2. DIREITOS HUMANOS E SOBERANIA DO POVO	158
4.3. FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO	165
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	171

PREFÁCIO

FACTICIDADE E VALIDADE APÓS QUASE TRINTA ANOS

Em 1992 saiu pela editora Suhrkamp (da qual Habermas sempre foi estrito colaborador e na qual editou várias coleções) *Faktizität und Geltung*, o tão esperado livro do pensador alemão sobre o direito. Desde a metade da década de 1980 ele estava dirigindo um grupo de pesquisa sobre o tema, do qual faziam parte juristas, filósofos, cientistas políticos e sociais como Ingeborg Maus, Klaus Günther, Rainer Forst, Bernard Peters, Lutz Wingert e Günter Frankenberg. O resultado foi uma série de publicações, algumas das quais se tornaram um marco na história do pensamento jurídico alemão e até internacional, como no caso do livro *Der Sinn für Angemessenheit* de Günther (1988). Com certeza, porém, o livro que teve a maior ressonância na Alemanha e no mundo inteiro foi o do próprio Habermas. Nos anos seguintes foi traduzido em vários idiomas, apesar de certa dificuldade com o título original, que foi mudado em muitos casos (em português e em francês se tornou respectivamente *Direito e democracia. Entre facticidade e validade* e *Droit et démocratie. Entre faits et normes*; em inglês passou a ser *Between Facts and Norms*, em italiano *Fatti e norme*; somente em espanhol e em polonês permaneceu com seu título original traduzido literalmente: *Facticidad y validez* e *Faktycznosc i obowiazywanie*).

Não é minha intenção neste breve escrito reconstruir a teoria discursiva do direito de Habermas (que, de qualquer maneira, no livro

se limita a expor as linhas fundamentais para a elaboração de uma teoria deste tipo, sem desenvolvê-la completamente: não é por acaso que o subtítulo do original alemão é *Contribuições para uma teoria discursiva do direito e do Estado*). Tampouco falarei da influência do livro e de seus desdobramentos, inclusive em livros seguintes de Habermas que tratam do processo de integração europeia ou do cosmopolitismo jurídico. Pretendo, antes, situar brevemente *Facticidade e validade* no seu contexto histórico e no *corpus* da obra habermasiana, para salientar alguns aspectos que merecem atenção crítica e que nos levam a repensar o papel da teoria habermasiana do direito democrático contemporâneo (Habermas afirma explicitamente que não tenciona discutir o fenômeno direito em geral, mas tão somente o direito criado democraticamente nos Estados contemporâneos: não se trata de uma filosofia do direito, mas de uma teoria do direito que se diz inspirada pela perspectiva metodológica da reconstrução crítica).

*HABERMAS SOBRE ESTADO E DIREITO ANTES DE 1992*¹

Quando o livro foi publicado, muitas resenhas apontaram para o fato de que se trataria, supostamente, da primeira obra dedicada à teoria do direito e do Estado por um autor pertencente à tradição da Teoria Crítica ou da primeira vez que Habermas se interessaria pelo tema. Ambas as afirmações estão erradas. Já na chamada primeira geração da Teoria Crítica houve quem se ocupasse de questões de teoria jurídica e do Estado, começando por Franz Neumann, autor que Habermas só menciona de passagem numa nota de rodapé do seu livro, apesar das afinidades entre o diagnóstico de Habermas e o que é elaborado por Neumann no seu texto sobre *The Rule of Law* de 1936, que foi traduzido para o alemão e publicado pela Suhrkamp em 1980²: ambos identificam, por exemplo, no Estado de Direito contemporâneo uma tensão normativa e factual entre o princípio democrático da soberania popular, por um lado, e a ideia de direitos individuais invioláveis e subtraídos à

¹ Esta seção se apoia em Pinzani 2009, do qual às vezes é uma paráfrase.

² Neumann, Franz. *Die Herrschaft des Gesetzes*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1980; _____. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

PREFÁCIO

decisão democrática, por outro. Neumann publicou também vários ensaios sobre a relação entre direito, economia capitalista e estado democrático (traduzidos para o alemão na coletânea *Wirtschaft, Staat, Demokratie*, também publicada pela Suhrkamp em 1978). Da mesma maneira, cabe mencionar a obra de Otto Kirchheimer, que também publicou na revista do Instituto de Pesquisa Social na década de 1930 e escreveu importantes textos sobre a relação entre constituição e estado democrático, todos acessíveis em alemão desde a década de 1960 e publicados pela Suhrkamp,³ mas que, curiosamente, não são nem sequer mencionados por Habermas, que, contudo, devia ter conhecimento deles, por ter sido já na época editor da coleção *Édition Suhrkamp*, nas quais foram publicados.

Também a afirmação pela qual o livro de 1992 representaria a primeira ocasião na qual Habermas se teria ocupado do direito e do Estado não corresponde à verdade. Podemos até dizer que o tema acompanha Habermas desde o início de sua carreira acadêmica, uma vez que um dos seus primeiros escritos foi a introdução ao estudo empírico *Studenten und Politik*, ou seja, *Universitários e política*, publicado em 1961 e realizado nos anos anteriores pelos seus colegas do Instituto de Pesquisa Social em Frankfurt Ludwig von Friedeburg, Christoph Oehler e Friedrich Weltz. O estudo era dedicado à atitude dos estudantes universitários alemães (da Alemanha Ocidental, naturalmente) em relação à política e à democracia. Nessa introdução, escrita em 1958, Habermas enfrenta pela primeira vez a questão da participação política e apresenta uma concepção de democracia e de Estado Burguês de Direito que basicamente permanecerá sem grandes variações nos seus traços fundamentais até 1992 e que, interessantemente, é inspirada em Neumann, aqui citado explicitamente. Habermas salienta o caráter peculiar da democracia: “Sua essência consiste antes no fato de que ela causa mudanças sociais profundas que aumentam e, no final, talvez produza completamente a liberdade dos homens. A democracia se ocupa da autodeterminação da humanidade e somente quando esta [autodeterminação] for real a

³ KIRCHHEIMER, Otto. *Politik und Verfassung*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1964; _____. *Politische Herrschaft: Fünf Beiträge zur Lehre vom Staat*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1967; _____. *Funktionen des Staats und der Verfassung: 10 Analysen*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1972.

democracia será verdadeira”⁴. A democracia visa transformar a autoridade pessoal em autoridade racional, e isto só pode acontecer se “cidadãos maduros tomarem nas suas próprias mãos a organização da sua vida social sob os pressupostos de uma esfera pública que funcione politicamente e por meio de uma delegação cuidadosa da própria vontade e de um controle eficiente da sua efetivação”⁵. Cidadãos maduros, porém, não se encontram “em qualquer condição social”: na democracia atual a legitimidade se fundamenta na ideia de um consenso dos cidadãos; isso é o resultado de um processo histórico que inicia com a criação do Estado burguês de direito.⁶

Habermas faz uma breve reconstrução do desenvolvimento do Estado liberal de direito, seguindo de perto Neumann, e mostra como ele acabou se transformando no Estado de bem-estar social.⁷ Em harmonia com a perspectiva marxista de Neumann, Habermas vê no surgimento do Estado liberal de direito a tentativa da burguesia “de impor instituições próprias” que deveriam criar “as bases para uma sociedade de proprietários independentes” por meio da garantia da autonomia privada e da “liberdade de contrato e de profissão, de propriedade e de herança”⁸. Particularmente importantes deste ponto de vista se revelam a representação popular e a divisão dos poderes. Há, contudo, um problema na configuração do Estado liberal que transparece da defesa destes dois elementos, já que a constituição liberal pressupõe “uma sociedade de cidadãos independentes com propriedade privada distribuída de maneira uniforme”, mas tal sociedade “nunca se deu.” A configuração do Estado liberal se fundamenta, em suma, numa ficção que os marxistas consideram expressão da ideologia burguesa. “A base real do Estado

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Kultur und Kritik: Verstreute Aufsätze*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1973, p. 11.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Kultur und Kritik: Verstreute Aufsätze*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1973, p. 12.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Kultur und Kritik: Verstreute Aufsätze*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1973, p. 13.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *Kultur und Kritik: Verstreute Aufsätze*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1973, p. 14 ss.

⁸ HABERMAS, Jürgen. *Kultur und Kritik: Verstreute Aufsätze*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1973, p. 15 ss.

PREFÁCIO

liberal nunca foi uma ordem de cidadãos em competição entre si e com as mesmas chances, mas uma ordem social hierárquica estável, garantida por meio da propriedade e da educação”.⁹ Outro elemento ideológico essencial do Estado liberal é o fato de que, apesar da realidade social, na qual prevalece a mencionada ordem social hierárquica, a burguesia sempre se apresentou como a classe que encarnava o interesse geral: “O Estado liberal de direito pressupõe a identificação da burguesia com o povo”.¹⁰ Somente na Primeira Guerra Mundial, em consequência de um pacto social mais ou menos explícito entre classes populares e burguesias na maioria dos países beligerantes, o Estado liberal passou a ser um Estado social caracterizado por intervenções ativas na vida econômica e social. Este novo tipo de Estado recebeu novas tarefas:

em primeiro lugar, a tarefa de proteção, indenização e compensação dos grupos economicamente mais fracos (trabalhadores, inquilinos, clientes etc.); em seguida, a tarefa de evitar ou amenizar em certa medida as mudanças estruturais (política de proteção à classe média), ou de introduzir tais mudanças de forma planejada (por ex., através de intervenções de política social com o fim de alcançar uma redistribuição não somente gradual das rendas); em seguida, [a tarefa] de manter em equilíbrio [...] o sistema econômico geral; e, finalmente, a tarefa [...] de garantir prestações de serviço públicas.¹¹

Habermas constata que “a sociedade burguesa hoje precisa de intervenções estatais” que transformam profundamente sua estrutura originária sem, contudo, modificar o fato de que a sociedade ainda “tem como base a disponibilidade privada sobre os meios de produção”, fazendo com que a separação de Estado e sociedade continue existindo,

⁹ HABERMAS, Jürgen. *Kultur und Kritik: Verstreute Aufsätze*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1973, p. 17.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Kultur und Kritik: Verstreute Aufsätze*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1973, p. 18.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Kultur und Kritik: Verstreute Aufsätze*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1973, p. 19 ss.

pelo menos formalmente.¹² Contudo, através de um fenômeno característico do Estado social, isto é, a “deslocação do peso do parlamento para a burocracia pública e os partidos”, produz-se um ulterior entrelaçamento de Estado e sociedade subtraído completamente ao controle público¹³ (*ibid.*). Segundo Habermas, isto leva ao surgimento de cidadãos apolíticos numa sociedade em si política. Pelo fato de que o cidadão “em quase todos os âmbitos fica submetido cotidianamente” à burocracia pública, há “uma espécie de contato contínuo do cidadão com o Estado”, ao qual, porém, não corresponde nenhuma ampliação da participação política – pelo contrário: o cidadão vive a ação estatal, reduzida aos atos da burocracia, como uma espécie de imposição externa diante da qual ele toma uma atitude estratégica orientada pelo próprio interesse. Como Habermas dirá em escritos posteriores, os cidadãos se transformam em “clientes das burocracias do Estado de bem-estar social”¹⁴.

Isso tem a consequência negativa de esvaziar a esfera pública. Habermas salienta que nessa transformação do cidadão em consumidor um papel central é desempenhado pela mídia, que renuncia a ser meio de informação e formação política e se transforma em instrumento de entretenimento em vista da obtenção de lucro.¹⁵ A conclusão de Habermas é a seguinte: “Não há dúvida de que o espaço no qual acontece a participação política do cidadão médio é restrito”.¹⁶ Contudo, se é de duvidar que “o povo maduro” consiga controlar de maneira eficaz as instituições parlamentares, então é pensável que participem do processo de decisão política grupos “que dispõem de um âmbito de eficácia política

¹² HABERMAS, Jürgen. *Kultur und Kritik: Verstreute Aufsätze*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1973, p. 20 ss.

¹³ HABERMAS, Jürgen. *Kultur und Kritik: Verstreute Aufsätze*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1973, p. 20 ss.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. vol II. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1981, p. 515

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Kultur und Kritik: Verstreute Aufsätze*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1973, p. 52.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Kultur und Kritik: Verstreute Aufsätze*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1973, p. 54.

PREFÁCIO

externo ao parlamento”.¹⁷ Tais grupos são identificados por Habermas em primeiro lugar com os sindicatos, mas também com os quadros dirigentes da economia e da administração pública, isto é, funcionários de alto nível, executivos etc. Em suma, no Estado de bem-estar social o risco (confirmado pela pesquisa empírica sobre *Universitários e política*) é de que a participação dos cidadãos ceda o passo a um governo de burocratas ou de técnicos especializados (um tema sobre o qual Habermas voltará em 2013 no livro *Na esteira da tecnocracia*). O espectro que assombra Habermas em 1958, assim como em 2013, é, portanto, o da tecnocracia. Contra este diagnóstico, Wolfgang Streeck (numa resenha do livro de 2013) afirma que o verdadeiro inimigo da democracia hoje e sempre é antes o capitalismo.¹⁸ Na realidade, até certo ponto, esta foi também a visão de Habermas, pelo menos no início da década de 1970, mais precisamente em 1973, ano da publicação do livro *A crise de legitimação no capitalismo tardio*.

Neste livro, Habermas trata de alguns problemas com os quais se confrontam as sociedades capitalistas desenvolvidas. Tais problemas estão ligados, primeiramente, a questões de integração social e sistêmica dos indivíduos na sua sociedade. Habermas recorre aqui à teoria de Luhmann, mas a integra através do conceito marxiano de formação social, que lhe permite identificar diferentes tipos de sociedade.¹⁹ Isso o leva a distinguir entre sociedade capitalista liberal e capitalismo tardio. A primeira dá lugar ao Estado liberal de direito, que se limita

(a) [à] proteção do comércio burguês de acordo com o direito civil (polícia e administração da justiça); (b) [à] proteção do mecanismo de mercados dos efeitos colaterais autodestrutivos (por exemplo, legislação para a proteção do trabalho); (c) [à] satisfação dos pré-requisitos de produção na economia como um todo (educação escolar pública, transporte e comunicação) e (d) [à]

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Kultur und Kritik: Verstreute Aufsätze*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1973, p. 56.

¹⁸ STREECK, Wolfgang. “What about capitalism? Jürgen Habermas’s project of a European democracy. Review of Jürgen Habermas, *The Lure of Technocracy*”, *Polity*: Cambridge, 2015. In: *European Political Science*, vol. 16, n. 2, 2017, pp. 246-253.

¹⁹ PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 67 ss.

PROF. DR. ALESSANDRO PINZANI

adaptação do sistema de direito civil às necessidades que emergem do processo de acumulação (tributação, rede bancária e direito comercial)²⁰.

Na sociedade capitalista tardia, o Estado não se limita ao papel de garantidor das condições gerais para manter funcional o modo de produção capitalista, mas intervém diretamente no processo econômico de dupla maneira: “através do planejamento global, regula o ciclo econômico como um todo” e, através de medidas de política monetária e fiscal, procura amenizar as consequências colaterais negativas do modo de produção capitalista.²¹

Ora, diferentes tipos de sociedade enfrentam diferentes tipos de questões de legitimação. No capitalismo liberal, a legitimação é garantida pela participação dos cidadãos nos processos políticos de decisão, por mais que possa tratar-se de uma mera garantia formal (nisso Habermas retoma suas considerações de 1958 e as análises de Neumann). No capitalismo tardio, tal participação se esvazia completamente e as decisões são tomadas principalmente por um sistema administrativo que permanece “suficientemente independente da formação da vontade legitimante”.²² Como já tinha sido observado na pesquisa empírica sobre *Universitários e política*, os cidadãos se tornam cada vez mais passivos, limitando-se a formular demandas meramente egoísticas que o Estado satisfaz através de políticas de bem-estar social: os cidadãos se transformam em clientes.

No capitalismo tardio o sistema econômico se torna menos autônomo em relação ao Estado. Isso faz com que as crises econômicas endêmicas se amenizem, mas dá lugar a uma crise administrativa permanente, já que o Estado não é capaz de lutar com sucesso contra as causas e as consequências negativas das mencionadas crises econômicas

²⁰ HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Trad. de V. Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980, p. 35.

²¹ HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Trad. de V. Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980, p. 49.

²² HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Trad. de V. Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980, p. 51.

PREFÁCIO

endêmicas.²³ Dito de outra forma, o Estado deixa de limitar-se a garantir o respeito das regras que regem o funcionamento do sistema econômico, como ainda fazia o Estado liberal, e tenta lidar com as consequências negativas de tal funcionamento (pois as crises endêmicas pertencem inevitavelmente ao sistema capitalista). Ao fazer isso, porém, o Estado acaba retirando do sistema econômico a responsabilidade das crises e criando nos cidadãos a impressão de ser ele o responsável pelas suas consequências negativas (desemprego, falta de crescimento econômico, inflação, estagnação etc.). Assim, em vez de questionar a legitimidade do sistema econômico que cria tais fenômenos, os cidadãos questionam a legitimidade das políticas públicas através das quais o Estado tenta protegê-los de tais fenômenos. Às crises econômicas endêmicas e à crise administrativa permanente corresponde uma crise de legitimidade contínua, que faz com que os cidadãos percam confiança no Estado e em sua capacidade de lidar com seus problemas – e isso acaba sendo mais uma consequência negativa das crises endêmicas do sistema capitalístico.

Finalmente, eu gostaria de chamar a atenção para outro escrito, no qual Habermas se ocupou do direito antes de 1992. No ensaio “Reflexões sobre o papel evolucionário do direito moderno” contido em *Para a reconstrução do materialismo histórico*,²⁴ Habermas levanta a questão da racionalidade do direito moderno a partir de uma abordagem marcada pela dupla influência de Luhmann e do marxismo. Neste ensaio, Habermas vê no direito privado um sistema de normas moldado “pelas necessidades da atividade econômica capitalista”. Retomando os diagnósticos formulados por ele em 1958 e 1973, Habermas afirma que o Estado possui a função primária de garantir “as condições de existência de uma ordem econômica desnacionalizada”; assim, os “direitos públicos subjetivos” são meramente funcionais à relação entre poder estatal, por um lado, e esfera privada da economia, por outro.²⁵ Nesta abordagem,

²³ HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Trad. de V. Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980, p. 119.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1976.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1976, p. 262.

o direito moderno apresenta, segundo Habermas, quatro características estruturais: convencionalidade, legalismo, formalidade e generalidade. É convencional por ser um direito positivo que é expressão da vontade de um legislador soberano. Seu legalismo consiste em não exigir dos sujeitos de direito nenhum motivo ético, mas somente uma obediência geral às leis: “a serem sancionadas não são as más intenções, mas as ações que desviam da norma”. O direito é formal enquanto “define âmbitos do arbítrio legítimo das pessoas privadas”: tudo o que não é proibido é permitido. Em quarto lugar, ele possui uma natureza geral, já que suas normas são gerais e não admitem exceções.²⁶ Neste esquema interpretativo que é fundamentalmente de cunho marxista se abre, contudo, um rasgo no momento em que Habermas afirma que o direito moderno precisaria de uma justificação moral independente da autoridade de tradições éticas.²⁷ Sobretudo, abre-se aqui a possibilidade de uma leitura diferente do papel do direito moderno – leitura que Habermas desenvolverá em *Facticidade e validade*. Com efeito, os direitos individuais positivados pelo direito moderno se tornam agora na leitura de Habermas uma charneira entre o âmbito da moralidade e o da legalidade na medida em que têm a função de permitir uma legitimação moral do direito.²⁸ Em outras palavras, o fato de os direitos subjetivos poderem exercer, como já tinha observado Marx, uma função ideológica enquanto direitos do *homo oeconomicus* capitalista não deve levar à sua desvalorização, já que eles possuem também uma outra função, bem mais positiva: são expressão de uma necessidade de legitimação moral do direito. *Facticidade e validade* tenta justamente oferecer tal legitimação.

A POSIÇÃO HABERMASIANA DE 1992 COMPARADA À POSIÇÃO DOS ANOS ANTERIORES

A tese que pretendo apresentar brevemente, por razões de espaço, é a de que o diagnóstico sobre a função do direito e do Estado nas

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1976, p. 264 ss.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1976, p. 266.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1976, p. 266.

PREFÁCIO

sociedades contemporâneas que Habermas tinha formulado em 1958, em 1973 e em 1976 é (e sempre foi) muito mais adequado e correspondente à realidade do que aquele contido em *Facticidade e validade*. Não se trata somente de diagnosticar um déficit sociológico, que teria levado Habermas a uma leitura equivocada ou parcial da realidade das democracias ocidentais contemporâneas, mas também de constatar nesta obra certa falta de dialética, por assim dizer. Na visão habermasiana do direito de 1992 há muito Kant e pouco Hegel, poderíamos dizer. Habermas insiste no fato de que o direito pode ser um instrumento de integração social e de civilização (como defendia Kant, particularmente em seus escritos de filosofia da história), mas parece não levar muito em conta, contrariamente aos escritos da década de 1970, o fato inegável de que o direito (e com ele a força do Estado) pode ser também instrumento de dominação por parte de interesses particulares. Segundo Wolfgang Streeck (na mencionada resenha de *Na esteira da tecnocracia*) isso é precisamente o que aconteceu no processo de integração europeia, no qual os interesses econômicos das grandes empresas prevaleceram sobre os dos cidadãos comuns e dos trabalhadores, fazendo com que a União Europeia favorecesse a integração dos mercados nacionais, sem, contudo, criar políticas europeias de bem-estar social.²⁹ Dito de outra forma e usando a linguagem do Habermas da década de 70, atualmente, a União Europeia estaria mais próxima de um Estado liberal de direito do que de um Estado de bem-estar social. O próprio Habermas tem consciência disso, como demonstram seus ensaios políticos publicados entre 1992 e 2013, mas – ainda segundo Streeck – segue atribuindo a responsabilidade disso às tendências tecnocráticas da burocracia europeia e não ao controle que o capital, em particular o capital financeiro, exerce sobre a política. Em suma, Habermas concentraria sua atenção nos mecanismos de produção jurídica no interior da União Europeia (na reprodução autopoiética do sistema burocrático europeu, por assim dizer), negligenciando fatores externos ao próprio sistema jurídico, a saber, o comportamento dos mercados financeiros ou das corporações transnacionais.

²⁹ STREECK, Wolfgang. “What about capitalism? Jürgen Habermas’s project of a European democracy. Review of Jürgen Habermas, *The Lure of Technocracy*”, Polity: Cambridge, 2015. In: *European Political Science*, vol. 16, n. 2, 2017, pp. 246-253.

Ora, algo análogo acontece no livro de 1992, no qual Habermas não dedica particular atenção ao aspecto econômico da produção jurídica, isto é, ao fato de que o direito tem sido historicamente e segue sendo atualmente um instrumento de proteção e implementação de interesses econômicos específicos. Sua reconstrução da lógica dos direitos individuais, por exemplo, coloca no mesmo plano direitos civis, políticos e sociais, quando, na realidade jurídica e política da maioria dos países, os direitos de propriedade são mais garantidos e mais protegidos do que os direitos à assistência social, por exemplo, que são sempre os primeiros a serem sacrificados nos momentos de crise econômica (crise que hoje se tornou praticamente crônica, como mostrou eficazmente o próprio Streeck.³⁰ Habermas poderia replicar que sua reconstrução não é empírica, mas lógica, justamente, e que visa apontar para o fato de que normativamente não há como justificar a primazia dos direitos de propriedade sobre os direitos sociais. Mas, ao fazer isso, sua posição se aproxima perigosamente daquele normativismo vazio que ele diz querer evitar a qualquer preço,³¹ pois a exigência normativa da igualdade de valor dos grupos de direitos é simplesmente afirmada e oposta à realidade histórica e empírica do peso desigual atribuído a tais direitos – desigualdade que resulta no reforçamento de outras desigualdades, a saber, a econômica e social entre cidadãos bem como entre indivíduos e empresas. O Habermas marxista da década de 1970 teria, provavelmente, chegado a outras conclusões e teria apontado para o descompasso entre a proclamada igualdade em termos de direitos abstratos e a desigualdade real em termos de direitos concretos, chamando assim nossa atenção para a função ideológica da primeira, que é a de esconder ou negar a existência da segunda (como já tinha observado Marx em *A questão judaica*).

A esta crítica poder-se-ia responder que a intenção de Habermas é a de apontar para o potencial emancipatório presente não somente na

³⁰ STREECK, Wolfgang. “A crise do capitalismo democrático”. In: *Novos Estudos*, 92, 2012, 35-56; _____. *Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático*. Lisboa: Actual, 2013; _____. *How Will Capitalism End?* London: Verso, 2016.

³¹ PINZANI, Alessandro. “A teoria jurídica de Jürgen Habermas entre funcionalismo e normativismo”. In: *Veritas*, Porto Alegre, vol. 46, n. 1, 2001, pp. 19-28.

PREFÁCIO

realidade jurídica, mas também na maneira em que tal realidade é pensada e justificada, inclusive quando se trata de uma justificativa ideológica. Assim, até o discurso ideológico de quem tente negar a existência de desigualdades jurídicas é pautado na afirmação da existência (presumida) de uma igualdade jurídica fundamental. Ou seja, não há como não aceitar abertamente (ainda que não sinceramente) o princípio pelo qual todos os parceiros jurídicos (*Rechtsgenossen*) são iguais entre si e todos os grupos de direitos individuais possuem o mesmo valor do ponto de vista axiológico. Por mais que os que se servem ideologicamente de tal princípio na realidade não acreditem nele, não podem negar sua validade *prima facie* e, portanto, seu valor normativo.

Até aqui, argumentos e contra-argumentos pressupõem que as partes se comprometam em aceitar as consequências de suas posições. Em outras palavras, o pressuposto da crítica imanente realizada por Habermas é o de que, diante da constatação de uma contradição ou de uma tensão (termo preferido por Habermas) entre a dimensão normativa (o lado da validade) e a realidade empírica (o lado da facticidade), os atores buscariam adaptar a praxe jurídica e política ao ideal normativo. Ora, isso exclui a possibilidade de que os atores objetos de crítica (nesse caso: governos, parlamentos, membros do sistema judiciário) assumam uma atitude que Vladimir Safatle³² (2008) define como “cínica”. Longe de tentar esconder seus verdadeiros interesses atrás de uma justificação ideológica de suas ações (como aquela pela qual os direitos de propriedade teriam prioridade sobre os direitos sociais para garantir a liberdade individual mais do que estes), tais atores poderiam afirmar, cinicamente, que seu modo de agir é o melhor modo de realizar o ideal normativo (por ex., que a melhor maneira de garantir direitos sociais é proteger a propriedade privada contra qualquer tentativa de redistribuição ou diminuir os impostos para os mais ricos, confiando no chamado *trickle down effect*). Aquele que, para Habermas, representa o potencial normativo implícito no sistema jurídico e nas instituições estatais se tornaria assim uma cobertura ideológica *sui generis*, já que aquele que deveria ser o interesse que tal cobertura deveria esconder é afirmado abertamente e

³² SAFATLE, Vladimir. *Cinismo e falência da crítica*. São Paulo: Boitempo, 2008.

defendido em nome dos mesmos ideais normativos que deveria servir para criticá-lo. Claramente, o crítico social poderia seguir na sua tentativa de apontar para a existência de uma tensão entre o ideal e sua realização (por ex. mostrando que o *trickle down effect* não existe), mas, ao fazer isso, entraria num confronto baseado em dados empíricos contestáveis e acabaria aceitando a definição que seus adversários dão dos princípios de justiça que deveriam ser realizados, em vez de contestar tais princípios como inadequados. Em outras palavras, Habermas renunciaria de antemão à possibilidade de pensar uma sociedade completamente diferente daquela resultante das revoluções burguesas e da evolução do Estado liberal burguês que desembocou naquele Estado de bem-estar social incapaz de mobilizar os cidadãos para formas ativas de participação política, como o próprio Habermas tinha lamentado em seus diagnósticos mais antigos.

Eu gostaria, finalmente, de salientar um último ponto. O diagnóstico habermasiano de 1973 soa terrivelmente atual, particularmente à luz dos acontecimentos que se seguiram à crise financeira de 2007-2008, na qual os estados tiveram que salvar o sistema financeiro global bancário e impedir um efeito dominó de quebra de bancos no mundo inteiro. Mas, ao fazer isso, resolveram ocupar-se somente dos bancos e não das pessoas comuns: nos EUA e na Espanha, por exemplo, os bancos que tinham realizado malabarismos financeiros com as hipotecas imobiliárias de seus clientes foram salvos, enquanto os clientes perderam suas casas. O resultado principal dos gigantescos *bail-outs* por meio dos quais os governos injetaram dinheiro público nos cofres dos bancos foi um igualmente gigantesco endividamento dos Estados que, paradoxalmente, passaram a receber empréstimos a juros altíssimos dos mesmos bancos que acabaram de salvar. A partir deste momento, na análise de Streeck (2012),³³ o Estado deixou de tratar de garantir a legitimação do sistema econômico capitalista perante os cidadãos (conforme o diagnóstico habermasiano de 1973) e passou a se ocupar de garantir sua solvibilidade perante os credores, numa mudança de paradigma que esvaziou quase

³³ STREECK, Wolfgang. “A crise do capitalismo democrático”. In: *Novos Estudos*, 92, 2012, 35-56.

PREFÁCIO

completamente o sentido da participação política. Com efeito, os cidadãos demandam políticas públicas que os defendam das consequências negativas do funcionamento do capitalismo global (as chamadas crises são parte essencial de tal funcionamento, como já tinha reconhecido um teórico que não pode certamente ser acusado de atitude anticapitalista, a saber, Joseph Schumpeter [1942]),³⁴ mas os governos respondem a tais demandas afirmando que os mercados não permitem isso, pois exigem controle fiscal e abatimento da dívida pública (sendo o encolhimento do Estado e a diminuição de seus serviços os instrumentos presumidamente melhores para alcançar esses fins). Assim, os cidadãos experimentam um sentimento de frustração ao perceberem que suas demandas são preteridas às dos mercados. O resultado nas últimas décadas foi uma crescente apatia política, mas nos últimos anos a tendência tem sido a de votar em políticos e partidos que prometem soluções políticas e não puramente técnicas, apresentando, contudo, soluções fáceis e ineficazes e indicando, muitas vezes, bodes expiatórios (quase sempre os migrantes) que nada têm a ver com os problemas em questão. Quando os cidadãos que se tornaram clientes e se acostumaram a pensar a si mesmos como clientes não estão satisfeitos com aquilo que os governos lhes “servem”, buscam outras soluções, não necessariamente democráticas. A pior ameaça à democracia não veio e não vem, então, de uma anódina burocracia estatal ou supraestatal, como pensava Habermas, mas do fato que os governos democráticos deixaram de formular políticas para os cidadãos e passaram a pensar primária e primeiramente nos interesses de seus credores. Claro, isso não explica completamente a “crise” da democracia tão frequentemente diagnosticada, pois nela intervêm muitos outros fatores, inclusive locais; mas com certeza coloca em dúvida o quadro otimista da função do direito e do Estado oferecido por Habermas em *Facticidade e validade*. Talvez seja oportuno voltar a ler seus escritos anteriores em busca de diagnósticos mais atuais.

Prof. Dr. Alessandro Pinzani

³⁴ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Harper & Row, 1942