

A relação de cooriginariedade entre direitos humanos e soberania popular em Jürgen Habermas

*Jürgen Habermas and the equiprimordial relationship
between human rights and popular sovereignty*

RESUMO: Os direitos humanos e a soberania popular – respectivamente, *autonomia privada* e a *autonomia pública*, em uma outra terminologia – formam a base normativa da compreensão moderna de democracia. Na obra *Direito e Democracia*, Habermas busca fundamentar um sistema de direitos capaz de abarcar as categorias referentes aos direitos fundamentais que comporiam uma constituição democrática. Trata-se do conjunto de direitos que os cidadãos devem atribuir-se mutuamente com vistas à auto-organização jurídica de sua própria comunidade política. Neste empreendimento, Habermas buscará demonstrar que a aparente tensão entre os direitos humanos, garantidores de liberdades subjetivas, e a soberania popular, entendida como a autolegislação coletiva de uma comunidade política, é desfeita quando se busca compreender a democracia a partir de uma teoria discursiva da formação da opinião e da vontade políticas.

PALAVRAS-CHAVE: Habermas; Democracia; Direitos fundamentais; Soberania popular; Autonomia.

ABSTRACT: Human rights and popular sovereignty – respectively, *private autonomy* and *public autonomy*, in another terminology – form the normative basis of the modern understanding of democracy. In *Between facts and norms*, Habermas seeks to establish a system of rights able to encompass the fundamental rights categories that would compose a democratic constitution. It regards the set of rights that citizens must assign to one another in order to self-organize their own political community. In this endeavor, Habermas seeks to demonstrate that the apparent tension between human rights, which guarantee subjective freedoms, and popular sovereignty, understood as the collective self-legislation of a political community, is overcome when we understand democracy by means of a discursive theory of opinion and will formation.

KEYWORDS: Habermas; Democracy; Fundamental rights; Popular sovereignty; Autonomy.

INTRODUÇÃO

No terceiro capítulo da obra *Direito e Democracia*, Jürgen Habermas (1997) busca compreender de que modo o direito moderno, caracterizado como direito positivo, pode obter alguma legitimidade. Ora, se é o caso que tratamos de um direito positivo – isto é, aquele que se configura como um sistema de normas de ação estabelecidas por um legislador político – tratamos de um direito essencialmente contingente. Explica-se: posto que a promulgação e a conseqüente vigência de um direito positivo são decorrentes da decisão de um legislador, é possível supor que tal direito pode, a todo instante, ser modificado – ele é contingente porque não é conseqüência de nenhum princípio metafísico ou religioso estabelecido *a priori*.

De fato, em seu diagnóstico da modernidade, Habermas (2000)¹ lança luz sobre o fato de que o processo de racionalização social do mundo da vida levou à dissolução do *ethos* próprio às sociedades tradicionais, o qual ancorava toda uma gama de dimensões axiológicas em princípios transcendentais que serviriam de fundamento para o conhecimento, para a moral e o direito, e para a arte. Assim, nas sociedades modernas, na medida em que essas diversas esferas axiológicas foram paulatinamente se “autonomizando” uma em relação às outras e ambas em relação a qualquer

1 Cf. p. 3-8

fundamento religioso ou metafísico inquestionável, torna-se imperativo que os atores concretos estabeleçam, por si mesmos, os fundamentos e os critérios de validade referentes a cada uma delas, através do exercício constante da crítica e da autocrítica.

No que tange especificamente à dimensão da ação ou da prática, esfera própria à moral e ao direito, o conteúdo normativo da modernidade, que surge com possibilidade de adoção de uma atitude reflexiva diante das tradições e instituições até então inquestionáveis, pode ser circunscrito aos ideais de *autodeterminação* e de *autorrealização*. Habermas (1997), a primeira está relacionada às pretensões universalistas da regulação de conflitos tendo em vista o interesse simétrico de todos (i); e, a segunda, à autoconscientização e autoprojção ética da identidade de indivíduos e formas de vida coletivas (ii).² Bem, sendo o direito responsável pela regulação de ações e conflitos no interior de uma sociedade e, portanto, parte da supracitada esfera prática, qualquer tentativa de legitimá-lo deve levar em conta tais ideais normativos próprios à modernidade. A esse respeito, dirá Habermas (1997, p. 132-133):

(...) as ordens modernas do direito só podem ser legitimadas a partir de fontes que não o colocam em contradição com as ideias de justiça e os ideais de vida pós-tradicionais que se tornaram decisivos para a cultura e a conduta de vida. Argumentos em prol da legitimidade do direito devem ser compatíveis com os princípios morais da justiça e da solidariedade universal (...) bem como com os princípios éticos de uma conduta de vida autorresponsável projetada conscientemente, tanto de indivíduos, como de coletividades.

Ora, isso nos remete à questão inicial: de que maneira um direito contingente, modificável e revogável, poderia obter alguma legitimidade?

2 Cf. p. 128-133.

O que faz com que determinada configuração de um sistema de normas seja preferível à outra? Valendo-se da definição kantiana de legalidade, Habermas (1997, p. 49) chega a dizer que as normas do direito positivo se caracterizariam por serem, “ao mesmo tempo e sob aspectos diferentes, leis da coerção e leis da liberdade”. Isto é, a vigência de um direito positivo implica em coerção, mas, ao mesmo tempo, deve poder ser considerada como garantidora da liberdade. É nesse horizonte que se configura a questão da legitimidade. O ponto todo consiste em pensar em quais condições poderíamos falar – o que pode parecer paradoxal – em uma “coerção legítima”. Um primeiro esboço de resposta aparece: a legitimação própria ao direito moderno passa de algum modo pela consideração dos princípios normativos da *autodeterminação* e da *autorrealização* que, neste contexto, se expressarão sob a forma dos *direitos humanos* e da *soberania popular*³.

DIREITOS HUMANOS E SOBERANIA POPULAR

Segundo Habermas (1977), os direitos humanos e a soberania popular formariam, ainda hoje, a autocompreensão normativa dos Estados democrá-

3 Vale ressaltar, porém, que Habermas não considera haver uma relação de subordinação linear entre os pares *direitos humanos/soberania popular* e *autodeterminação/autorrealização*: “Na medida em que as questões morais e éticas se diferenciaram entre si, a substância normativa, filtrada discursivamente, encontra a sua expressão na dimensão da autodeterminação e da autorrealização. *Certamente os direitos e a soberania do povo não se deixam subordinar linearmente a essas duas dimensões. Entretanto, existem afinidades entre esses dois pares de conceitos, que podem ser acentuadas de modo mais ou menos intenso*” (HABERMAS, 1997, p. 133, grifo nosso). Ainda assim, compreendemos que a conexão entre esses dois pares de conceitos deve ser ilustrada (e, talvez, aproveitando-nos da possibilidade indicada por Habermas, devemos *acentuar* suas afinidades) na medida em que explicita mais propriamente a relação entre o diagnóstico habermasiano da modernidade e a maneira pela qual o autor compreende a fundamentação normativa do Estado democrático de direito. Com efeito, sem que essa conexão seja devidamente clarificada, dificilmente compreenderíamos o lugar que ocupa, na argumentação de Habermas, o *Excurso* presente no terceiro capítulo de *Direito e Democracia* (HABERMAS, 1997, p. 128-133), onde o tema da passagem das sociedades tradicionais às sociedades modernas (ao menos com relação às suas implicações normativas) é brevemente abordado.

ticos de direito⁴. Os primeiros foram interpretados pela tradição jusnaturalista como direitos naturais, fundamentados moralmente pela razão, e que, portanto, seriam atribuíveis a todas as pessoas em todos os tempos. Eles seriam responsáveis pela garantia de iguais liberdades subjetivas a todo e qualquer indivíduo, quer dizer, protegeriam a *autonomia privada* dos sujeitos. Já a soberania popular é entendida, em linhas gerais, como a expressão da autorrealização ética de uma comunidade política historicamente dada, como garantidora das liberdades políticas de participação de todo integrante da comunidade no interior de um processo de autolegislação a partir do qual esta, a comunidade, regularia a si própria baseada numa identidade comum a todos, numa autoconsciência coletiva. Com isso, estaria garantida a *autonomia pública*.

Surge, então, um primeiro problema. Ora, se temos que pensar a possibilidade de legitimação do direito moderno a partir de ambos os princípios normativos, teríamos que considerar que os direitos humanos e a soberania popular, de algum modo, sejam compatíveis entre si. Ocorre que, ao menos ao vislumbrar a história da filosofia do direito, como nos indica Habermas, vemos que tais ideais não parecem compatibilizar-se facilmente. Isso fica evidente ao se considerar a já clássica disputa entre *liberais e republicanos*⁵.

Para os liberais, é preciso estabelecer limites jurídicos à vontade soberana do povo, com vistas a evitar o perigo de uma “tirania da maioria”, garantindo um conjunto de liberdades individuais pré-políticas que restringiriam claramente o espaço de atuação do legislador político soberano.

4 Cf. p. 128.

5 A caracterização que fazemos dessa disputa e dos partidos que a compõe é aquela que o próprio autor nos apresenta. Sendo assim, é importante observar que o *liberalismo* e o *republicanismo* a respeito dos quais trataremos são, na verdade, o *liberalismo* e o *republicanismo* tais como Habermas os interpreta.

no. Tais direitos a iguais liberdades subjetivas seriam, neste sentido, estabelecidos a partir do direito natural deduzido moralmente que seria, por sua vez, dado antes de qualquer positivação, estabelecendo, assim, uma antecedência normativa em relação ao direito positivo. Exemplos claros de tais liberdades negativas são, tais como aparecem historicamente, os direitos à proteção da família burguesa frente à intervenção, à propriedade privada e ao livre intercâmbio de mercadorias (SILVA, 2008)⁶.

Já na perspectiva da tradição do republicanismo, norma alguma poderia anteceder e restringir a vontade soberana e o projeto de autorrealização ético-política de um povo. Neste caso, o direito positivo só pode ser dito legítimo se está ancorado na vontade una de uma coletividade concreta e naturalmente política, onde os interesses individuais são vistos como empecilhos ao alcance do bem comum. Tal vontade coletiva não pode ser entendida como a soma das vontades individuais dos sujeitos que compõe o corpo político. A unidade do corpo deriva da necessidade de que os indivíduos se orientem de acordo com virtudes cívicas e tradições culturais compartilhadas; tal vontade coletiva operaria, assim, com vistas à preservação do próprio corpo político. Desse modo, os direitos humanos só seriam promulgados se fossem conteúdos constituintes das tradições compartilhadas pelo coletivo, que projeta a si mesmo. Habermas (1997, p. 134) dirá que, enquanto, no liberalismo, “prevalece o momento moral-cognitivo”, no republicanismo, prevalece o “ético-político”.

Bem, como já foi dito, o diagnóstico da modernidade nos indica a necessidade de consideração tanto dos direitos humanos quanto da soberania popular como pressupostos normativos de uma possível legitimação do direito positivo. Contudo, a história da filosofia do direito, mesmo a

6 Cf. p. 94.

moderna, parece indicar que tais princípios não estão em harmonia, mas sim em concorrência entre si. Na medida em que busca pensar qual a legitimidade do direito positivo moderno, a tarefa que se impõe a Habermas é, então, a de tentar reconciliar os dois. Mas, antes de expor propriamente a solução habermasiana, vale apontar, assim como Habermas, que tal empreendimento já fora objeto de reflexão: ainda que de modos diversos, Rousseau e Kant tentaram, através da noção de “autonomia”, estabelecer uma união prática entre os direitos humanos e a soberania popular. Para Habermas, no entanto, nenhum dos dois filósofos alcançou uma necessária simetria entre eles: Kant teria pendido ao liberalismo, enquanto Rousseau ao republicanismo. Vejamos brevemente como isso lhe pareceu⁷.

ROUSSEAU E KANT: TENTATIVAS MALGRADAS DE RECONCILIAÇÃO

Rousseau parte da soberania popular, expressa na autolegislação coletiva de um povo concreto, como absoluta. O exercício da vontade geral, entendida como a vontade do corpo político, é aquilo que, no processo de autolegislação, garantiria a legitimidade das leis. A legitimação do direito dependeria, então, de ele ter sido instituído de acordo com a vontade do povo. Segundo Habermas, Rousseau estabelece, posteriormente, o nexo interno com os direitos humanos, garantindo as iguais liberdades individuais, ao defender que tal soberania só poderia se expressar através da linguagem formal e abstrata própria à lei. Isto é, dado que a lei é entendida semanticamente como um mandamento universal e, portanto, não discriminador, ela garantiria a autonomia privada de cada um, distribuída de

⁷ Entendemos que tal exposição tem seu lugar em nosso percurso na medida em que a posição habermasiana é melhor definida quando posta em contraste com as posições de Rousseau e de Kant. Entretanto, e é sempre importante ressaltar, trata-se da interpretação de Habermas a respeito da posição desses autores. Para uma abordagem diversa, cf. MAUS, 2002.

modo equânime. Mas, na interpretação de Habermas, as coisas acabariam não funcionando tão bem assim.

Em primeiro lugar, Rousseau teria entendido a autolegislação de um povo como um processo através do qual um macro-sujeito social dotado de vontade una se autorrealizaria conscientemente. No momento mesmo em que se dá o contrato social, os indivíduos, até então orientados pelo próprio interesse, se transformariam em cidadãos orientados pelo bem comum. Ora, tal leitura de uma vontade unificada da comunidade política pressupõe que seus integrantes, na orientação pelo bem comum, compartilhem os mesmos valores axiológicos. Como diz Habermas, (1997, p. 136, grifo do autor), “[Rousseau] contou com virtudes políticas ancoradas no *ethos* de uma comunidade mais ou menos homogênea, integrada através de tradições culturais comuns”. Há o pressuposto, portanto, de que antes da positivação das leis, preexista uma mesma orientação axiológica entre os integrantes da comunidade. Como lidar, então, com a possibilidade de dissenso – inerente às sociedades complexas contemporâneas, onde encontramos um grande pluralismo de tradições culturais? Para Habermas, Rousseau não teria esclarecido suficientemente como poderia se dar a mediação entre uma suposta orientação axiológica comum e os interesses dos indivíduos, uma vez que sobrepõe, de antemão, uma vontade comum, preexistente, às vontades individuais. Assim, a única alternativa é a coerção, o que, segundo Habermas, daria margem a um autoritarismo indesejável. Isso ficaria explícito quando Rousseau (1999, p. 74) nos diz, em *O contrato social*, que

quanto menos as vontades particulares correspondem à vontade geral, isto é, os costumes às leis, tanto mais a força repressiva deve aumentar. Portanto, o governo, para ser bom, deve ser relativamente mais forte na medida em que o povo é mais numeroso. (ROUSSEAU, 1999, p. 74)

Um outro ponto é que, ao pressupor que a mediação entre a autonomia pública e a privada ocorre em função do caráter formal, abstrato e universal das leis, Rousseau teria se enganado. Afinal, a simples generalidade semântica de um mandamento nada diz a respeito de sua validade normativa. Isto é, a forma abstrata do mandamento, sua referência a todo e qualquer um de modo indiscriminado, não seria condição suficiente para garantir que sua positivação decorre do interesse simétrico de todos e de cada um. Assim, Rousseau não teria demonstrado a cooriginariedade e reciprocidade mútua entre os direitos humanos e a soberania popular. A soberania popular, na verdade, se anteporia à consideração simétrica dos interesses de cada um, e o processo democrático de positivação das leis seria apenas a atualização de um acordo preexistente e não questionado. Para Habermas, portanto, Rousseau teria sido muito republicano.

Kant, por sua vez, teria cometido o erro inverso. Ele partiria de um *princípio moral*, o imperativo categórico, para fundamentar a necessidade de iguais liberdades subjetivas para todos os indivíduos. A autonomia é inicialmente entendida a partir da perspectiva privada de um sujeito cuja consciência moral atua com referência a uma razão prática capaz de avaliar a universalidade de leis; o indivíduo poderia atribuir leis morais a si mesmo na medida em que a universalidade das mesmas o faz, também, um destinatário delas. Aplicando esse princípio moral, regulador da consciência privada de cada um, às relações externas entre sujeitos, Kant equipa o *princípio moral* com a permissão de coerção, fundando o *princípio do direito*, segundo o qual todos tem o mesmo direito a iguais liberdades subjetivas – e qualquer tentativa de restringi-las resultaria na permissão do uso da coerção. A autonomia privada dos direitos subjetivos é justificada, assim, a partir de um ponto de vista moral universal antes da positivação dos direitos e, portanto, como um direito humano tal como tradicionalmente

compreendido, isto é, como um direito natural. Kant dirá que tais direitos subjetivos, na medida em que implicam coerção, devem ser publicamente reconhecidos; e que isso só será possível se forem entendidos como “leis públicas”, como direitos positivos legitimados a partir da vontade pública de todos. Nisso chegamos a um terceiro princípio, o *princípio da democracia*, que remete à autolegislação de um povo, a saber, à soberania popular.

Como o direito a iguais liberdades subjetivas fora deduzido de antemão como um direito natural, a vontade do povo deveria se autolegislar sob condições de um procedimento democrático que garantisse que seu resultado decorreria de um consenso racional entre todos os participantes. O exercício da soberania do povo seria restrito, então, pelo direito natural a iguais liberdades individuais. Afinal, como afirma Habermas (1997, p. 135, grifo do autor), Kant acreditava que o resultado de tal procedimento democrático nunca iria contradizer o direito natural e pré-político a iguais liberdades subjetivas, pois “ninguém, no exercício de sua autonomia como cidadão, *poderia* dar adesão a leis que pecam contra sua autonomia privada garantida pelo direito natural”. Diante disso, dirá Habermas, (*Idem*) percebe-se que Kant não pôde alcançar a necessária simetria e cooriginariedade entre os direitos humanos e a soberania popular, pois se vale de um direito natural, fundado moralmente, para legitimar o direito positivo antes mesmo de esse ser promulgado por qualquer legislador político determinado. Ao atribuir certa precedência dos direitos humanos em relação à soberania popular, Kant teria, então, tendido ao liberalismo.

Para Habermas, contudo, a reconciliação entre os direitos humanos e a soberania popular, da qual depende a legitimidade do direito moderno, só pode ser alcançada com a demonstração de uma relação de simetria e reciprocidade mútua – que Habermas entende como cooriginariedade. Nem Kant e nem Rousseau teriam conseguido realizá-la. Afinal, ambos

permaneceriam presos no paradigma da filosofia do sujeito – isto é, a vontade racional, dotada de força normativa, é sempre atribuída a um sujeito; tanto o sujeito singular kantiano, na esfera da moral, quanto o sujeito coletivo-homogêneo de Rousseau, na esfera da política. Isso teria impedido ambos de estabelecer uma mediação entre a vontade individual e a vontade coletiva, entre a autonomia privada e a autonomia pública. Finalmente, podemos analisar, agora, o modo como Habermas procurou resolver tal mediação.

HABERMAS E A COORIGINARIEDADE

Compreendida como uma passagem do paradigma da filosofia do sujeito para o da linguagem, a *virada linguística* constitui o ponto de partida para a análise que Habermas faz da legitimidade do direito, pensado por ele a partir de uma noção de *autonomia* capaz de dar conta do caráter intersubjetivo do processo de formação política da opinião e da vontade. Central para Habermas, a ideia de *formação da vontade* não estaria presente nem em Kant nem em Rousseau na medida em que ambos partem de uma vontade preestabelecida no sujeito singular ou coletivo, seja ela determinada por valores axiológicos comuns a uma comunidade concreta ou por um direito natural deduzido *a priori*, incondicionalmente. Para Habermas, por sua vez, tal formação da vontade passaria pela interação discursiva entre os sujeitos, através de um processo democrático no qual os cidadãos poderiam se valer de diversas formas de argumentação com vistas a estabelecer um acordo racional acerca das pretensões de validade normativa das leis em relação às quais poderiam se submeter. Isso seria explicado pelo uso da linguagem orientado ao entendimento mútuo, ou, em outras palavras, pela ação comunicativa⁸. Aqui,

8 É Repa quem aponta a importância do conceito de ação comunicativa como a base da dimensão intersubjetiva que marca a posição de Habermas: “Por que Rousseau e Kant partem de con-

nos importa mais o que Habermas (1997, p. 142, grifo nosso) retira disso: uma noção abstrata de autonomia, entendida como *princípio do discurso*. Segundo tal princípio, “São válidas as *normas de ação* às quais todos os *possíveis atingidos* poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de *discursos racionais*”. Trata-se de uma noção de autonomia abstrata tanto em relação à moral quanto ao direito, pois a natureza de tais normas de ação (i), o conjunto de possíveis atingidos por ela (ii) e as formas particulares de discurso racional (iii) permanecem, a partir desse princípio, ainda indeterminados. A razão para tal é clara: diferentemente de Kant, Habermas não quer antepor a moral ao direito.

O próximo passo é a aplicação do *princípio do discurso* ao que Habermas (1997, p. 145, grifo nosso) chama de *forma jurídica*. Disso resultará o *princípio da democracia*, segundo o qual “somente podem pretender validade legítima as *leis jurídicas* capazes de encontrar o assentimento de todos os *parceiros do direito*, num *processo jurídico de normatização discursiva*”. A *forma jurídica* é entendida por Habermas, em linhas gerais, a partir do *princípio do direito* de Kant. A diferença reside no fato de que ela não tem origem na moral, não é passível, por si, de legitimação. Ela simplesmente expressa a necessidade de que o direito, na medida em que regula as relações externas entre os sujeitos, se refira a sujeitos dotados de liberdade de arbítrio. Aos destinatários de quaisquer normas jurídicas devem ser atribuídos direitos subjetivos de ação, entendidos como liberdades individuais para agir até onde é legalmente permitido. Neste sentido, Habermas (1997, p. 155, grifo do autor) afirma que o

.....
 cepções de sujeito, ainda que diferentes em suas dimensões, a práxis de autodeterminação política acaba sendo ignorada em sua dimensão intersubjetiva. Somente por uma reconstrução dos pressupostos pragmáticos da ação comunicativa e do discurso seriam dadas as condições de resgatar o conteúdo normativo que liga a autonomia privada e autonomia pública (ou liberdade negativa revestida pela forma do direito e a liberdade comunicativa do discurso).” (REPA, 2013, p. 117)

(...) *medium* do direito, enquanto tal, pressupõe direitos que definem o *status* de pessoas jurídicas como portadoras de direitos 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.

Assim, não é necessário fundamentar moralmente os direitos subjetivos que garantem a autonomia privada, como tinha feito Kant, pois eles advêm à forma jurídica enquanto tal. Segundo Habermas, é impossível normatizá-la. Isso porque ela se trata de um dado histórico da modernidade, entendido funcionalmente como um *medium* através do qual as sociedades complexas contemporâneas podem buscar uma integração social a despeito do pluralismo axiológico que lhe é próprio. Ela simplesmente alude à natureza mesma do que se entende por direito positivo. Ora, quando o princípio do discurso é aplicado a tal forma jurídica, surge a possibilidade, enfim, de legitimar esse direito. Ao mesmo tempo, a forma jurídica dará determinação às variáveis próprias do nível de abstração do princípio do discurso, determinando, então, o tipo de norma de ação, os possíveis atingidos por elas e as formas argumentativas que definem o sentido de “discurso racional”, todos esses elementos presentes, de modo ainda indeterminado, no princípio do discurso.

Desse entrelaçamento entre o *princípio do discurso* e a *forma jurídica* surgirá, assim, um *sistema de direitos* que compreende uma sequência de cinco categorias de direitos fundamentais que os cidadãos devem atribuir-se mutuamente para que possam regular sua própria comunidade através de um direito legítimo. Isto é, a positivação desses direitos fundamentais é condição de possibilidade para que uma comunidade política regule a si mesma através do *medium* do direito. Tal sistema de direitos deve ser interpretado, então, como a institucionalização das condições que permi-

tem que os cidadãos possam legitimar o direito através de um processo discursivo de normatização racional de leis, cuja necessidade advém da consideração do *princípio da democracia*⁹.

O sistema de direitos é constituído da seguinte forma: as três primeiras categorias de direitos fundamentais definem o *status* das pessoas de direito; formando, assim, o código jurídico enquanto tal, a linguagem própria ao direito moderno. Trata-se dos *direitos que garantem as liberdades subjetivas de ação* (i), dos *direitos que estabelecem o status de membro de uma associação jurídica* (ii) e, enfim, dos *direitos que garantem a possibilidade de postulação judicial e proteção jurídica das pessoas individuais* (iii). Na medida em que são frutos do reconhecimento mútuo dos sujeitos enquanto *destinatários* de direitos em geral, e, portanto, enquanto sujeitos jurídicos individuados, essas três primeiras categorias de direito garantem a *autonomia privada* dos sujeitos. Isso porque a natureza mesma da *forma jurídica* requer que os destinatários do direito sejam pensados como sujeitos dotados de *liberdade de arbítrio*; liberdade cujos limites são determinados coercitivamente por esse mesmo direito. Ao invés de estar associada a direitos humanos naturais, a autonomia privada é, então, associada a esses direitos que, por definição, só podem existir enquanto direitos positivados. Já a quarta categoria de direitos, por outro lado, permite que os sujeitos assumam, também, o *status* de cidadãos, isto é, de *autores* das normas jurídicas. Trata-se dos *direitos de participação simétrica nos processos de formação da opinião e da vontade* (iv). Isto é, eles garantem que todo e qualquer cidadão tenha sua voz considerada no interior do debate racional próprio ao processo legislativo democrático. Essa categoria de direitos garante, desse

9 Segundo o qual, como dissemos acima, “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os *parceiros do direito*, num *processo jurídico de normatização discursiva*.” (HABERMAS, 1997, p. 145, grifo nosso)

modo, a autonomia pública; a soberania de uma comunidade jurídica a qual realiza procedimentos democráticos cujos resultados possam ser reconhecidos como do interesse simétrico de todos e de cada um.

Tais direitos de participação política têm uma natureza reflexiva, pois são eles que garantem a criação e a legitimação do *medium* do direito, através da prática democrática de positivação das leis. Os direitos políticos seriam, assim, condição de possibilidade de todos os outros direitos fundamentais, inclusive de si mesmos, na medida em que, ao determinarem a natureza mesma do procedimento democrático, determinam aquilo que unicamente pode garantir a positivação de qualquer lei. É só nesse momento que as categorias de direitos abstratas podem se transformar em direitos positivados e preenchidos com conteúdos concretos. Assim, uma vez positivados, configurados politicamente, os direitos das categorias de 1 a 3, referentes à autonomia privada, e os direitos da categoria 4, referentes à autonomia pública, surge a possibilidade de configuração concreta dos direitos da categoria 5, relacionados ao bem-estar social, técnico e ecológico, definidos, portanto, como direitos sociais que permitiriam materialmente o exercício da autonomia privada e pública (v).

Ora, vemos agora, finalmente, de que modo podemos pensar a co-originariedade entre direitos humanos e soberania popular. Tal sistema de direitos apresenta um conjunto de categorias abstratas de direitos fundamentais que não devem ser confundidas com os direitos concretos devidamente positivados. Para que eles sejam positivados, a soberania popular deve atuar. Ela surge, aqui, como expressão normativa de um processo democrático através do qual uma comunidade jurídica concreta determina as leis através das quais regula a si mesma. Tal processo de autolegislação é permitido graças aos direitos da quarta categoria, os direitos políticos. É a partir deles que os direitos fundamentais de *todas as categorias* podem ser

devidamente interpretados e concretizados por uma comunidade jurídica histórica, geográfica e socialmente determinada. Assim, são os cidadãos de cada comunidade política específica que definem os conteúdos mesmos dos direitos referentes a cada uma das categorias abstratas apresentadas por Habermas. O sistema de normas positivas deve sua legitimidade, portanto, à soberania popular, à autonomia pública. Ocorre que, por sua vez, o exercício da soberania popular é dependente dos direitos das três primeiras categorias, que, definindo a autonomia privada, definem o *status* de sujeito do direito. Isso porque os direitos políticos que definem as condições simétricas de participação no processo legislativo são estruturalmente idênticos a quaisquer outros direitos positivos, isto é, na medida em que estão submetidos à *forma jurídica*, devem se referir a sujeitos singulares dotados de iguais liberdades subjetivas, entendidos como pessoas jurídicas individuadas. Neste sentido, uma comunidade política só pode se valer, no processo democrático legislativo, da linguagem de um código jurídico dado, que define iguais liberdades subjetivas a todos. Desse modo, de forma mais sintética, dirá Repa (2013, p. 115):

(...) os direitos subjetivos que garantem a autonomia privada se apresentam como condições de possibilidade dos direitos políticos em dois sentidos: primeiro, porque constituem a linguagem jurídica da democracia, o *medium* em que ela se exerce, firmando o conceito de pessoa jurídica entendida como destinatária das leis; em segundo lugar, porque a autonomia privada ela mesma é condição indispensável para a participação autônoma na discussão pública sobre leis. Também em dois sentidos os direitos de liberdade de ação acarretam os direitos políticos: aquelas categorias jurídicas não podem ser positivadas e concretizadas sem os direitos que tornam os destinatários autores das leis que eles devem obedecer, e as liberdades subjetivas não poderiam em princípio ser distribuídas sem a participação simétrica de todos os cidadãos no processo de formação da vontade e da opinião.

Sendo assim, o entrelaçamento entre o princípio do discurso e a forma jurídica engendra um processo circular através do qual o *código jurídico* aparece como condição de possibilidade da efetivação do *princípio da democracia* que, por sua vez, é necessária à concretização, à positivação e à legitimação do *código jurídico*. O *código jurídico* das iguais liberdades subjetivas, dos direitos humanos, não é possível sem o *princípio da democracia*, que estabelece que a positivação de qualquer lei que se pretenda legítima deve ser fruto de um processo de autolegislação democrática por parte de uma comunidade jurídica concreta. Os direitos humanos, aqui assumindo a forma de direitos positivos, não são possíveis sem a soberania popular que os positiva. Em contrapartida, a soberania popular aparece como um procedimento democrático que, na medida em que deve considerar, a partir de direitos políticos de participação simetricamente distribuídos, o igual interesse de todos e de cada um, só pode ser organizado através de um código jurídico que por natureza se refira a indivíduos dotados de liberdade de ação.

Tal processo circular não deve ser entendido, como assinala Maus (2002), como um círculo teórico medíocre, mas como um “círculo prático inevitável”¹⁰. A cooriginariedade, entendida como uma gênese lógica dos direitos, mostra que a autonomia pública e a autonomia privada nascem simultaneamente – pois uma só pode vir a ser em referência e em relação à outra. Tal cooriginariedade seria um elemento mesmo da auto-compreensão normativa da práxis democrática de qualquer comunidade política social e historicamente determinada que vise regular a si mesma através do *medium* do direito legítimo. O teórico democrático apareceria, assim, como uma espécie de “coruja de minerva”, no sentido hegeliano, tão

10 Cf. p. 96.

somente reconstruindo o significado normativo de experiências históricas já dadas, encontrando nelas um padrão de racionalidade.

Habermas (*apud* MAUS, 2002) busca, com isso, não incorrer em uma *expertocracia*¹¹, como os liberais e até mesmo Kant, que imputariam, da perspectiva do teórico, direitos naturais universais às diversas comunidades políticas concretas, sem considerar a necessidade de que tais comunidades reconheçam por si mesmas a validade desses direitos – negando-lhes, assim, a autonomia em relação ao próprio projeto de vida. Concomitantemente, Habermas não se restringe a considerar uma comunidade política como um todo homogêneo e já factualmente restrito a uma cultura provinciana. Ele considera, para além dos republicanos e de Rousseau, que o processo de normatização de leis, que ocorre no procedimento democrático de autolegislação da comunidade, deve sua legitimidade à racionalidade de um procedimento discursivo, através do qual uma sociedade complexa, marcada pelo dissenso e pelo pluralismo axiológico, pode fazer com que a diversidade de seus integrantes busque estabelecer acordos racionais a respeito da correção de conflitos, do estabelecimento de fins políticos e dos meios através dos quais esses podem ser alcançados¹².

CONCLUSÃO

Ao refletir sobre a autocompreensão racional do Estado democrático de direito em termos de uma reconstrução de sistema de direitos, Habermas buscou demonstrar a cooriginariedade entre os princípios normativos dos

¹¹ Cf. p. 94.

¹² E, desse modo, valeriam em tais arranjos comunicativos, respectivamente, tanto argumentos morais de justiça universal quanto argumentos éticos de autorrealização de formas de vida específicas e argumentos pragmáticos de negociação e de persecução de fins (HABERMAS, 1997, p. 144).

direitos humanos e da soberania popular, fazendo jus à autocompreensão e autoconscientização de uma modernidade que não pode mais se valer de nada que seja da ordem do transcendente para realizar e determinar a si mesma, deixando, assim, o horizonte histórico sempre aberto à autonomia dos sujeitos concretos. Habermas, por fim, faz jus, também, à característica principal de qualquer teoria que se pretenda teoria crítica – o diagnóstico de época visando encontrar, no presente, as condições normativas de possibilidade de uma experiência de vida, individual e coletiva, emancipada; mais livre, igual e solidária.¹³

13 “A tarefa primeira da Teoria Crítica é (...) a de apresentar ‘as coisas como são’ sob a forma de *tendências* presentes no desenvolvimento histórico. E o delineamento de tais tendências só se torna possível a partir da própria perspectiva da emancipação, da realização de uma sociedade livre e justa, de modo que ‘tendência’ significa, então, apresentar, a cada vez, em cada momento histórico, os arranjos concretos tanto dos potenciais emancipatórios quanto dos obstáculos à emancipação.” (NOBRE, 2004, p. 10-11, grifo do autor)

REFERÊNCIAS

HABERMAS, J. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory on Law and democracy*. New Baskerville: MIT Press, 1996.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAUS, I. Liberties and popular sovereignty: on Habermas's reconstruction of the system of rights. In: SCHOMBERG, R.; BAYNES, K. *Discourse and democracy: essay on Habermas's between facts and norms*. New York: University of New York Press, 2002. p. 89-128.

MELO, R. S. Habermas e a estrutura reflexiva do direito. *Revista Direito GV*, vol. 1, n. 1, p. 67-78, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35263>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

NOBRE, M. *A teoria crítica*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. Acesso em: 13 nov. 2016.

REPA, L. A cooriginariedade entre direitos humanos e soberania popular: a crítica de Habermas a Kant e Rousseau. *Trans/Form/Ação*, Marília, v. 36, n. 1, p. 130-120, 2013.

ROUSSEAU, J-J. Do governo em geral. In: _____. *O contrato social*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 71-77.

SILVA, F. A solidariedade entre público e privado. In: NOBRE, R.; TERRA, R. *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91-115.