

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 47 • nº 185
Janeiro/março – 2010

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Tensão entre autonomia privada e pública

José Pedro Luchi

Sumário

1. Introdução. 2. Autonomia moral e autonomia política. 3. Soberania popular e direitos humanos. 4. Aplicação. 5. Abstração da resolução habermasiana: fraqueza e força. 6. Democracia radical só é possível como liberalismo. 7. Desvinculação entre direitos e democracia. 8. Conclusão.

1. Introdução

Numa sociedade pós-tradicional, abre-se um grande pluralismo de visões de mundo. As éticas coletivas, ou uma visão religiosa comum, esfacelam-se e a convivência social integrada precisa se fundar sobre novas bases. O Direito se apresenta como a única instância capaz de legitimidade integrativa universal (HABERMAS, 1997, p. 94 e ss.).

A normatividade jurídica das relações interpessoais garante solidariedade entre estranhos, entre pessoas não conhecidas e não participantes da mesma visão de mundo porque estabiliza expectativas recíprocas de comportamento. Estamos falando aqui de um ponto de vista da Teoria da Sociedade, segundo a qual o Direito, em situações complexas pós-tradicionais, é a única instância capaz de preencher funções de integração social, universalmente.

O conceito de autonomia surge da perspectiva da Teoria do Direito, quando se trata de fundar a legitimidade de ordens jurídicas que não mais podem apelar a

José Pedro Luchi é Professor Doutor na Universidade Federal do Espírito Santo.

um direito natural. Então os destinatários do Direito devem poder se compreender a qualquer momento também como seus autores. Esse é o princípio básico da autolegislação moderna, o qual legitima também as ordens jurídicas. Porém, a autonomia jurídica não é simplesmente subordinada à autonomia moral, como se normas do direito positivo deveriam receber sua orientação de normas morais. Depois de aprofundar tais conceitos, a partir da reflexão de Habermas, são apresentadas objeções e complementações a suas teses.

2. *Autonomia moral e autonomia política*

Tanto a moral como o Direito servem para a resolução de conflitos de modo aceitável para todos. O agir moral diz respeito à vontade livre do agente, que deve seguir as normas que ele discerniu como obrigatórias, em seguida a um juízo imparcial. Em razão da positividade do Direito, a autonomia jurídica se desdobra, entretanto, em uma dupla posição: a do endereçado e a do autor, respectivamente autonomia privada e pública. Então não há coincidência entre o âmbito moral e o jurídico, até porque o Direito deve atender ao campo de preferências pessoais da liberdade de arbítrio e também da decisão ética sobre a autorrealização a partir de valores em diálogo com a própria tradição (LUCCHI, p. 122 e ss.).

A autonomia da pessoa jurídica compreende, então, três aspectos, o primeiro claramente moral, os dois outros não. Caráter moral possui aquela autonomia pela qual os cidadãos exercitam seu direito de comunicação e participação e se autovinculam livremente. Porém, os direitos subjetivos modernos precisamente abrem espaço não moral de exercício das próprias preferências e escolhas, bem como de autorrealização ética, em que tudo o que não é proibido é permitido.

Uma vez que, então, a autonomia jurídica abrange mais que o âmbito moral, o Direito não pode ser visto como um caso

especial da moral. As matérias jurídicas que necessitam de regulamentação são ao mesmo tempo mais restritas e mais abrangentes que os temas morais. Mais restritas porque só dizem respeito ao comportamento exterior e àquilo que pode ser objeto de coação; mais abrangentes porque não incluem apenas a resolução imparcial de conflitos interpessoais, mas também a consecução de objetivos políticos e a realização de programas. Em outras palavras, o âmbito de validade jurídica inclui, além da moral universal, também os âmbitos ético e pragmático. Porque inclui, além de razões morais, também razões éticas e pragmáticas, o âmbito jurídico é mais abrangente que aquele moral. Por exemplo, a legislação tributária referente à inadimplência se situa no âmbito do útil. Formas de governo, questão de porte de armas e cotas raciais, a meu ver, dizem respeito à identidade de uma coletividade, em vinculação com sua tradição: estamos no âmbito ético. Direitos fundamentais universais à liberdade de religião, a não ser torturado, à expressão das próprias posições são direitos morais.

Também por outras razões, o Direito não pode ser derivado do direito racional. A moral diz respeito à normatização da convivência de pessoas naturais, sem limites de tempo ou espaço e dá precedência aos deveres. Direitos morais são resultantes de deveres e o visado é a “integridade de pessoas plenamente individualizadas”; e valem para todas as pessoas humanas em qualquer lugar e época. No Direito precedem as autorizações e os deveres resultam do respeito diante dos direitos alheios, ou seja, das “delimitações legais de liberdades subjetivas” (HABERMAS, 1998, p. 172). Os direitos subjetivos modernos garantem, inclusive pela coerção, um espaço de preferência pessoal que pode ser livremente exercida, em vista da consecução dos próprios objetivos, de tal modo que aquilo que não é proibido é permitido. Portadores de direitos jurídicos são pessoas jurídicas, com *status* artificialmente constituído, que

pertencem a um determinado Estado, com delimitações espaciais e temporais, o qual possa garantir tais direitos. Portadoras de direitos morais, por outro lado, são todas as pessoas naturais, na complexidade de sua história de vida.

Há então uma relação complementar entre a autonomia moral e a jurídica, pois o Direito não pode ser justificado apenas sob pontos de vista morais; além disso, tem um papel de determinação cognitiva e de segurança no agir, em que uma moral baseada na consciência subjetiva poderia permanecer numa certa indefinição e numa insegurança motivacional quanto à ação. Portanto, uma moral subjetiva, que requer cada vez discernimento, acabaria tornando-se subjetivamente pesada e motivacionalmente muito exigente. O Direito alivia o peso cognitivo e motivacional da moral, chegando a uma determinação cognitiva e motivando a ação. De um lado, as normas jurídicas não podem ser contrárias à moral. De outro, são concretas demais para poderem ser derivadas da moral, em algum sentido.

Pergunta Habermas: “De onde o direito positivo obterá sua legitimidade, se não de um direito moral supra-ordenado?” Se o Direito não está mais ancorado religiosa ou metafisicamente em uma plataforma estável e atemporal, mas pode sempre ser mudado, inclusive nos níveis constitucionais mais elevados, de onde haure sua legitimidade? Essa compreensão procedimental da racionalidade jurídica não significa a decadência do Direito em decisionismo cego, pois, no ato de autoconstituição da comunidade jurídica, já está subentendido o seguinte critério: legítimos são aqueles direitos que cidadãos livres e iguais devem se conceder uns aos outros se querem regular sua convivência com os meios do direito positivo.

O Direito não pode contradizer a moral, e o processo legislativo permite que razões morais fluam para o Direito. Diversas soluções jurídicas são compatíveis com a moral. Por exemplo, proibição ou não do porte de

armas depende da identidade ética que os associados escolherem, em diálogo com sua tradição. Do mesmo modo, o grau de participação do Estado no asseguramento do bem-estar e da regulação da economia pode ser diferenciado. A questão do porte de armas, resolvida num plebiscito no Brasil, é uma questão de identidade cultural: o que queremos ser como povo, que valores queremos implementar, em continuidade com a tradição? Uma das dificuldades da reforma política, no Brasil, é fortalecer os partidos porque nossa tradição cultural tende a dar espaço ao personalismo político.

O Direito, como a moral, legitima-se na medida em que assegura a liberdade de todos, em que protege sua autonomia, isto é, em que os endereçados do Direito possam observar a lei também na posição de seus autores. Porém, aqui mesmo se dá uma distinção entre a autonomia moral e a jurídico-política, aquela sendo unitária, esta decomposta entre o âmbito privado e o público. A autonomia moral kantiana exige que cada indivíduo observe as normas que discernir como válidas para si, em seguida a um juízo imparcial, que já leva em conta o ponto de vista de todos. No caso das normas jurídicas, dada sua positividade, há uma bifurcação de papéis, aquele do legislador e aquele do endereçado. Portanto, no âmbito jurídico devemos falar de autonomia pública e privada, respectivamente. O Direito se legitima então como meio de assegurar ambas as autonomias. A autonomia privada, por sua vez, tanto abre espaço para decisões racionais do ator segundo suas preferências, como também assegura a liberdade ética de cada pessoa em buscar sua autorrealização (HABERMAS, 1997, p. 331).

As duas autonomias não podem se prejudicar, nem há prevalência de uma sobre a outra; porém, a liberdade de ação do sujeito privado de direito e a liberdade de participação do cidadão do Estado se exigem reciprocamente, essa é a tese de Habermas. E isso quer dizer que as pessoas devem respeitar leis que eles devem poder

assumir como dadas por elas próprias a si mesmas.

3. Soberania popular e direitos humanos

Dado que a moral e o Direito não têm mais um ancoramento metafísico ou religioso reconhecido por todos, dada a mutabilidade das leis, até mesmo das Constituições, de onde provém então a legitimação das leis? A moderna teoria política respondeu a essa pergunta com a dupla conceitual: direitos humanos, garantidos por meio do domínio das leis, e soberania popular, pela decisão da maioria. A autonomia pública é, então, assegurada pelos direitos de comunicação e participação; a autonomia privada, pelos direitos humanos ancorados nas leis. Porém, como ambas se relacionam, a primeira chamada de “liberdade dos antigos” e a segunda “liberdade dos modernos”? As soluções dadas até o presente não foram satisfatórias, pensa Habermas.

O republicanismo, desde Aristóteles e o humanismo político da Renascença, privilegia a autonomia pública dos cidadãos em relação a liberdades privadas pré-políticas. Quer dizer, com a constituição do Estado cessam direitos pré-estatais. Todo direito é então público. O Liberalismo, desde Locke, tentando evitar a tirania das majorias, afirmou liberdades pré-estatais como direitos humanos intocáveis, os quais devem ser respeitados pelo Estado. Em Locke, o Estado se constitui para assegurar tais direitos originários. No primeiro caso, os direitos humanos seriam legitimados graças à auto-compreensão ética da comunidade política e a sua autodeterminação. No caso do Liberalismo, direitos humanos são vistos como limites originários à intervenção invasora do Estado, o qual existe para garanti-los. Porém, em ambos os casos, um conceito é validade e sustentado à custa do outro.

Kant e Rousseau tentaram pensar os dois conceitos unidos, mas não tiveram sucesso, Kant tendendo ao liberalismo e Rousseau ao republicanismo (HABERMAS,

1997, p. 133 e ss.). Uma vez que Kant deriva o princípio do Direito do imperativo categórico, os direitos aparecem como derivados da moral universal, e o momento da autodeterminação coletiva permanece apagado. Lei e processo legislativo são como que dissociados. O contrato social não é devidamente valorizado em Kant. Rousseau parte da admissão que nas leis abstratas e gerais nas quais se expressa a vontade do povo já está inscrito o direito a iguais liberdades subjetivas, que para Kant tem a primazia. Todavia, Rousseau toma tal autolegislação do povo mais na linha ética do que moral, e então os interesses singulares são diluídos no bem comum do grande sujeito comunitário, que decide a partir da tradição. Contra os recalcitrantes é prevista a coerção estatal. Porém Rousseau “não sabe dizer como é possível mediar, sem repressão, entre a vontade comum, construída normativamente, e o arbítrio dos sujeitos singulares” (HABERMAS, 1997, p. 137). A sobrecarga ética do conceito de soberania popular acaba por perder o sentido universalista do princípio do direito.

A conexão entre ambos os conceitos, Habermas a procura de um ponto de vista da teoria do discurso. Nas condições da sociedade atual de um pluralismo de visões do mundo, o processo de colocação das leis só se legitima por meio do procedimento democrático, isto é, da participação dos interessados; porém, tal colocação participativa das leis precisa, ela mesma, ser juridicamente institucionalizada e pressupõe o exercício da liberdade privada dos cidadãos, que, por exemplo, não podem ser molestados por externarem livremente suas posições. As regulamentações que possam pretender aceitação de todos devem passar por um processo de diversos tipos de comunicações, também regulamentadas. “A procurada conexão interna entre Direitos humanos e Soberania popular consiste então em que a exigência da institucionalização jurídica de uma práxis cidadã do uso público de liberdades comunicativas

seja satisfeita precisamente através de Direitos humanos” (HABERMAS, 2002, p. 296). Esses possibilitam o exercício da soberania popular e não podem ser vistos como impostos de fora.

A tese habermasiana advoga a cooriginariedade entre autonomia privada e pública, entre soberania popular e direitos humanos. Esses compreendem tanto a maior medida de liberdades subjetivas igual para todos como os direitos referentes ao *status* de membros de um Estado e a recursos a tribunais. Esses direitos têm um valor intrínseco e não podem ser vistos apenas como instrumento para a formação da vontade política. Porém, direitos são estipulados e garantidos somente por meio da autonomia pública.

A autonomia jurídica exige que cidadãos possam considerar-se ao mesmo tempo autores e endereçados das leis. A ideia de que os direitos humanos possam ser previamente encontrados, mesmo com boa fundação moral, e de que devem ser apenas positivados, contradiz a autonomia jurídica. O paternalismo que outorga direitos não satisfaria a autonomia. De outro lado, os cidadãos só podem concretizar sua autolegislação por meio do médium do Direito, não podem escolher outro médium que os torne colegisladores. Porém, para julgar se o direito colocado é legítimo, devem ser institucionalizadas as comunicações necessariamente por meio de um código de direitos. Tal código produz as condições de surgimento e exercício da personalidade jurídica, bem como regulamenta o recurso a tribunais. “Não há direito sem a autonomia privada da pessoa jurídica. Portanto, sem os direitos fundamentais, que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria nenhum médium para a institucionalização jurídica daquelas condições sob as quais os cidadãos possam fazer uso de sua autonomia pública no seu papel de cidadãos” (HABERMAS, 2002, p. 293). Quer dizer, a instituição do código de direitos pressupõe o *estatus* de pessoas jurídicas,

portadoras de direitos subjetivos, pessoas que sejam consociados de uma associação jurídica e que façam valer suas respectivas reivindicações por meios judiciais; e isso significa autonomia privada.

Direitos humanos e soberania popular se pressupõem reciprocamente, sem que um possa ter prioridade sobre o outro. Em outras palavras, o exercício das liberdades políticas de comunicação e participação pressupõe as liberdades privadas para que tal participação seja realmente livre e institucionalizada; de outro lado, as liberdades privadas devem ser estabelecidas consensualmente. A isso se chega pelo do exercício público da autonomia, isto é, por meio de procedimentos democráticos. Nas palavras de Habermas (1998, p. 176-177):

“Desse modo a autonomia privada e a autonomia pública se pressupõem reciprocamente. A conexão interna de democracia e estado de direito consiste assim que, de um lado, os cidadãos somente podem fazer uso adequado de uma autonomia pública se eles são suficientemente independentes com base numa autonomia privada assegurada em igual medida; que eles também só podem gozar de autonomia privada na mesma medida se eles como cidadãos fazem um uso adequado de sua autonomia política. Por isso direitos fundamentais liberais e políticos são indivisíveis. A imagem de núcleo e casca é errática – como se houvesse um âmbito nuclear de direitos elementares de liberdade que pudessem pretender primazia diante dos direitos de comunicação e participação. Para o tipo ocidental de legitimação, a cooriginariedade dos direitos de liberdade e cidadania é essencial”.

4. Aplicação

Quando não se tem clara essa conexão interna entre direitos e democracia, oscila-se entre uma afirmação de liberdades sub-

jetivas, que depois desembocam em desigualdades vistas como inaceitáveis, ou em um paternalismo protetor, que constringe projetos pessoais de vida.

A concorrência entre o paradigma jurídico liberal e o modelo do Estado social obscureceu precisamente a cooriginariedade entre autonomia pública e privada. No quadro liberal, as pessoas são vistas como integrantes do mercado, com autonomia privada para perseguir seus próprios projetos de vida, e pretende-se alcançar justiça social pela delimitação recíproca das liberdades. A crítica a essa concepção é clara: com a crescente desigualdade de riqueza e de condições sociais, perdem-se os pressupostos de efetiva igualdade de chances para o uso das competências jurídicas. O Estado social, então, procurou garantir direitos sociais e especificar normas do direito privado, o que também trouxe como consequência um certo paternalismo do Estado social. Os dois paradigmas estão comprometidos com o funcionamento da sociedade capitalista e industrial, porém discordam quanto ao asseguramento de autonomia privada apenas pela garantia de direitos de liberdade ou também pela concessão de direitos sociais.

A partir de análises das políticas feministas de equiparação, Habermas, pretendendo uma aplicação de sua tese, defende que direitos não podem ser concedidos com bons resultados sem que os próprios interessados cheguem a uma clareza, por meio de debates públicos, nos quais a própria sociedade esteja engajada, sobre “interesses e parâmetros justos... quanto a aspectos relevantes sob os quais deve se tratar com igualdade o que é igual e com desigualdade o que é desigual” (HABERMAS, 2002, p. 295 e ss.). Do contrário, uma asseguração paternalista de direitos acabaria gerando mais discriminação e constringimento quanto ao próprio projeto de vida, a pretendida implementação da liberdade desembocaria na subtração da liberdade. Leis que garantissem direitos à mulher,

como ampliação da licença maternidade, muitas para demissão durante a gravidez, etc., sem um adequado debate social, acabariam por dificultar o trabalho feminino ou discriminá-lo de diversas formas.

Poderíamos aplicar tal chave de leitura à questão das quotas raciais para vagas na Universidade, no Brasil ou também ao caso de reserva de vagas para concursos públicos. Sem uma discussão bem resolvida entre os interessados, que envolva também a sociedade civil, a proteção legal de negros e índios e a tentativa de resgatar uma dívida histórica pode se converter numa maior desvalorização e discriminação dos profissionais no futuro. Algo semelhante se pode dizer do “ensino a distância”, que já está sendo amplamente implantado sem a necessária discussão.

5. Abstração da resolução habermasiana: fraqueza e força

Baynes (1995, p. 201-232) ressalta o propósito habermasiano de reconstruir, na linha da modernidade, a racionalidade imanente à lei e assim a sua legitimidade. Isso é feito na medida em que a legalidade é retrovinculada a comunicações sociais que almejam consenso, e portanto seu resultado é dotado de força social-integrativa e de legitimação.

Kant pretendeu aplicar a ideia rousseauniana de autonomia ou autorregulação tanto ao âmbito privado como ao coletivo. Porém, em Kant tem primazia o princípio moral, universalizável, e então a autodeterminação coletiva lhe é subordinada e a lei é separada dos processos democráticos de legislação.

Para solucionar esse impasse, Habermas coloca o princípio do discurso como um princípio mais geral e dele faz surgir uma bifurcação: princípio moral e princípio da democracia, que correspondem respectivamente à autonomia moral e autonomia política. Esses dois princípios são, então, complementares e não hierarquizados. O

Direito determina e confere força motivacional num quadro em que a cognição exige que todas as circunstâncias relevantes sejam consideradas. Além disso, Habermas vê os dois aspectos da autonomia política, a privada e a pública, como cooriginários; e, então, a democracia não é subordinada aos direitos subjetivos, mas ambos se pres-supõem.

Quanto à solução de Habermas para a tensão entre autonomia privada e pública, Baynes aprecia sua independência com relação a uma concepção específica de bem e seu ancoramento na ideia de uma associação de livres e iguais que regulamentam sua vida comum a partir da liberdade comunicativa, isto é, da disposição dos participantes de chegar a um entendimento sobre as normas de sua convivência, o que implica aceitação das mesmas razões como decisivas e a assunção de obrigações ilocutivas, ou seja, de resgatar intersubjetivamente pretensões de validade. Assim, seus planos de ação são coordenados pelo entendimento. As liberdades comunicativas se opõem às liberdades subjetivas, em cujo âmbito o ator pode agir estrategicamente em vista do sucesso, segundo sua preferência. Aqui se está dispensado do uso público da razão e pode-se permanecer no quadro de liberdades negativas e privadas.

Pois bem, a autonomia privada e pública são duas formas de expressão das liberdades comunicativas, expressão segundo a forma jurídica, a primeira na posição de endereçados, a segunda de autor das leis. Assim, as liberdades privadas são vistas como pré-compromissos para a regulação da vida comum.

Refletindo sobre a interpretação de Baynes, poderíamos perguntar se se trata de duas formas de liberdade comunicativa ou se a liberdade comunicativa se refere apenas aos direitos políticos de participação e comunicação, os três primeiros sendo direitos subjetivos.

Aqui, entretanto, dá-se um paradoxo: o código jurídico assegura liberdades

comunicativas na forma de liberdades subjetivas, de tal modo que os cidadãos possam escolher de exercitar sua liberdade comunicativa ou não. Em outras palavras, a lei deve ser legítima, isto é, exarada em posição comunicativa, porém o agente é liberado para cumpri-la em posição comunicativa ou subjetiva.

O alto nível de abstração da solução de Habermas é também, ao mesmo tempo, sua fraqueza. É difícil ver, nota Baynes, como tal solução poderia contribuir para encaminhamento de debates constitucionais específicos como, por exemplo, o direito à privacidade, ao aborto (seria ele uma condição para assegurar a autonomia pública da mulher?). Não bastaria dizer que direitos insaturados deveriam ser preenchidos de acordo com as tradições culturais e em sintonia com o resultado de debates na esfera pública.

6. Democracia radical só é possível como liberalismo

Os direitos subjetivos (liberdade de consciência, de expressão, de reunião e propriedade privada) não servem à delimitação da soberania popular, como pensa o liberalismo, porém são condição de possibilidade da autonomia democrática. Assim Larmore (1993, p. 321-327) vê a tese de Habermas, o qual pretende abrir uma opção entre aquela liberal e a concorrente republicana.

Em tempos pós-metafísicos, as convicções religiosas e metafísicas diluíram e não oferecem mais uma base de integração entre os cidadãos. Agora a legitimidade das leis somente pode provir da própria vontade dos cidadãos, do fato de que eles devem poder se colocar ao mesmo tempo na posição de endereçados e de autores da lei. Os direitos, então, não servem à domesticação do poder do Estado, porém tornam mais profundo o exercício da autonomia democrática, por exemplo, os direitos à liberdade de expressão, condição da formação democrática da vontade política.

Para Larmore (1993, p. 326) “Habermas entende então a autonomia democrática como o único fundamento normativo do moderno estado de direito”. Por isso coloca como primeiro princípio do seu sistema reconstrutivo do Direito o princípio do discurso, do qual derivam, no mesmo nível, o princípio moral e o da democracia. Habermas vê, então, moral e Direito como cooriginários¹. As associações políticas não precisariam se submeter a normas morais vindas de outro âmbito, mas apenas a suas próprias normas². Com isso Habermas propõe, assim Larmore, um terceiro caminho que supera liberalismo e republicanismo, a democracia radical. Tal política deliberativa deve substituir tanto o modelo liberal de direitos formais, que se tornou insuficiente para realizar a justiça, como também o modelo burocrático-paternalista do Estado social.

Larmore (1993, p. 327) vê uma circularidade na posição de Habermas: a soberania popular, da qual direitos subjetivos deveriam ser derivados, surge ela própria do reconhecimento de um direito subjetivo fundamental, a saber, “ninguém deve ser forçado através da violência a se submeter a normas de ação se não lhe é possível inteligir sua validade”.

Esse seria um direito subjetivo mais fundamental que os demais, mas estruturalmente semelhante a eles, uma forma de entender o princípio kantiano pelo qual cada pessoa deve ser tratada como fim e não como meio. Quer dizer, a autonomia democrática não pode ser total e se fundamenta num direito subjetivo fundamental. Então, enquanto o princípio do discurso não pode

desempenhar o papel fundamental na nossa autocompreensão política, esse é o caso do princípio moral do respeito à pessoa.

Não é tranquilo e automático, continua Larmore, que a passagem de uma condição tradicional, em que os cidadãos não se entendem como endereçados e ao mesmo tempo autores das normas morais, para uma situação pós-tradicional gere necessariamente tal coincidência entre endereçados e autores. Numa visão mais tradicional do mundo, o autor das leis pode ser visto como uma base natural da racionalidade ou mesmo Deus. Nesse caso, a comunidade é vista como endereçada da lei, mas não propriamente como autora. Duas considerações apoiam tal objeção. Primeiro, as imagens tradicionais do mundo continuam válidas para uma parte dos cidadãos. Segundo, mesmo nos casos em que isso ocorre, os princípios políticos poderiam ser preferidos não com base em sua aceitabilidade racional universal, mas a partir da maximização do bem-estar.

Larmore pensa que, ao contrário, o princípio moral do respeito a cada pessoa, ou o direito fundamental a inteligir normas que se devem cumprir, deve ser aceito inclusive por cidadãos que mantêm uma imagem tradicional do mundo e não aceitam que os papéis de autor e endereçados devam agora necessariamente coincidir.

Habermas (1997, p. 316 e ss.) rebate essa crítica de matiz liberal em três considerações. Primeiro, ela confunde soberania popular com monopólio de poder por parte do Estado. Com efeito, a afirmação de direitos originais pré-estatais pretende proteger os cidadãos contra as arbitrariedades do poder monopolizado do Estado e não de uma vontade democraticamente formada. Segundo, ela não faz jus ao poder administrativo, exercido de modo técnico e não repressivo, no quadro de leis democráticas, então por meio da forma jurídica. Terceiro, ela não faz jus ao “sentido da autonomia cidadã exercida intersubjetivamente, constitutivo para toda comunidade política”.

¹ Habermas usa, sobretudo, o termo complementariedade para indicar a relação entre moral e Direito, porém, uma vez que eles derivam do princípio do discurso como se situando no mesmo nível, Larmore os chama de cooriginários.

² Habermas deixa claro, porém, que o Direito não pode ser incompatível com a moral, embora seja mais amplo que ela, incluindo políticas de maximização de benefícios e de implementação da autoidentidade de uma coletividade.

Para fazer jus tanto ao poder administrativo do Estado como à autonomia democrática, é preciso proceder a uma reconstrução dos direitos e dos princípios do Estado em dois níveis. Começa-se com o reconhecimento recíproco, por parte dos cidadãos, de seus direitos iguais, num âmbito horizontal de socialização, e chega-se à domesticação jurídica do poder estatal. Então, fica claro que os direitos liberais de defesa contra invasões estatais indevidas não são originários, mas secundários. Eles surgem “como consequência da auto-diferenciação de uma associação de consociados jurídicos que se administra a si mesma em direção a uma comunidade jurídica estatalmente organizada”. Direitos defensivos surgem ao mesmo tempo que o princípio da administração e não têm o valor de posição fundamental que Larmore pretende lhes conceder.

Não penso que Habermas tenha respondido bem a Larmore porque esse não trata tanto dos direitos liberais de defesa contra o Estado, e, sim, de um direito fundamental de toda pessoa a ser respeitada, de poder assumir em primeira pessoa as leis que lhe são impostas. Habermas parte dos pressupostos do discurso, que, para chegar a um consenso quanto aos procedimentos e resultados, exige a aceitação em princípio de todos os participantes. Larmore pensa que tal consideração universal de respeito já pressupõe, por parte de cada um, um respeito a cada outra pessoa, o qual pode ser visto como uma norma moral, à qual o liberalismo faz justiça.

7. Desvinculação entre direitos e democracia

Boeckenfoerde ([s/d], p. 233-243) pretende examinar a convicção comum ao nosso tempo: que a democracia seja uma exigência básica dos direitos humanos.

Examinando as Declarações de Direitos do final do século XVIII, elas afirmam direitos do homem e a seguir exigem que as

leis sejam deliberadas somente pelos próprios cidadãos ou por seus representantes (França, 1789). Também nos Estados Unidos (1786), o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem está vinculado à derivação de todo poder a partir do povo, então no princípio democrático.

Porém, tal pertinência mútua se esclarece pelas condições sócio-históricas da época, em que se devia exigir ambas as conquistas políticas. Não há, pensa Boeckenfoerde, uma vinculação conceitual entre ambas, a saber, entre a afirmação de direitos e a democracia como participação universal na legislação. E, além disso, tanto na França como nos Estados Unidos, o direito de voto era restrito conforme a propriedade, classe, contribuição com impostos.

O próprio Kant, que hoje é tratado como teórico não só do Estado de direito, mas também da democracia, somente prevê a participação em eleições de cidadãos socialmente autônomos, não obstante houvesse dito que todo homem tem direito a ser senhor de si mesmo. Assalariados, serventes etc. não são vistos por Kant como capazes de prover sua própria existência. Kant distingue entre direitos do homem e direitos de participação política e, então, não vê a autonomia privada e pública como algo incidível³.

Direitos humanos são considerados atribuíveis necessariamente a todo homem ou então universalmente exigíveis, independentemente das condições sócio-político-culturais, de sexo, raça, religião. Se democracia for vista como um direito do homem, dada sua posição de sujeito no âmbito político, ela deveria ser obrigatoriamente realizada.

O que significa democracia? Democracia como forma de governo não significa superação ou abolição do domínio estatal, mas representa uma forma desse domínio. O conteúdo do conceito de democracia não é apenas que todo poder de decisão política

³ Porém Kant exige que as leis não proibam, mas permitam a ascensão social, a passagem do cidadão passivo ao ativo.

do estado deve ser reconduzido ao povo como último ponto de referência, mas que o exercício concreto do poder deve ser constituído, legitimado e controlado pelo povo. Democracia significa, então, o exercício do poder de decisão política pelo povo concreto, empírico. E não apenas um exercício no sentido do povo ou a seu favor, como o conceito de república em Kant, aplicado a qualquer forma de Estado (Kant, *Metafísica dos Costumes*, Parte I, § 52).

A vida comum do homem nem sempre pode ser organizada democraticamente, no sentido forte de democracia, como acima indicado. Porque isso depende de pressupostos sócio-culturais, político-estruturais e éticos para a boa execução de tarefas como a asseguuração da paz, a defesa dos direitos humanos, justiça etc.

Quanto aos pressupostos sócio-culturais para a democracia, deve-se indicar uma certa medida de emancipação cultural. Sistemas patriarcais, tribais ou de castas, por exemplo, não permitem que o indivíduo se manifeste contra a vontade de seus superiores hierárquicos, e isso contradiz uma formação livre da vontade política. Tampouco formas religiosas fundamentalistas dão espaço à formação democrática da vontade, porque a vontade de Deus interpretada por religiosos exige validade e realização imediatas. Além disso, uma certa medida de consenso e convergência de valores é necessária para conter os antagonismos dentro de limites.

Como pressuposto político estrutural, a democracia exige que os processos decisoriais, bem como a escolha de decisões a serem avaliadas não se subtraíam ao povo ou a seus representantes. Do contrário a formação democrática da vontade seria uma fórmula vazia e os *experts* ou burocratas teriam o domínio real. Aliás, esse é um problema também para as sociedades industriais complexas.

Finalmente, a possibilidade da democracia depende de pressupostos éticos, como a capacidade de respeitar os direitos dos outros, suas diferenças de concepções

políticas e de buscar entendimento ou compromissos, na observância das regras democráticas, das iguais chances de chegada ao exercício do poder, de sua alternância e da lealdade das decisões da maioria que não ponha em risco a própria democracia. Também exige a prontidão a tomar decisão visando não apenas o próprio interesse, mas os interesses de todos.

Se faltam tais pressupostos, e, não obstante, a democracia for implementada, ou a vida democrática será impossível, resultando em guerra civil, ou tornar-se-á somente uma fachada que encobrirá dominação antidemocrática. Se a democracia está vinculada aos pressupostos supra-citados, ela não pode ser proclamada como ordem política a ser implementada universalmente. Nem direitos humanos podem ser de tal modo vinculados à democracia, que se afirme um direito humano à democracia.

As ordens políticas não são uma finalidade em si mesmas, mas devem realizar determinados objetivos, como garantia da segurança, do direito e da liberdade dos homens. Democracia não pode ser implantada por decreto. Uma implementação forçada da democracia pode levar mesmo ao desrespeito aos direitos humanos porque faltam os pressupostos. Destroem-se, assim, as relações tradicionais estabilizadas sem as condições para que outras as substituam.

Fundar democracia como direito humano conduz a isso, que, onde não houvesse democracia, os direitos humanos não seriam respeitados.

Certamente o reconhecimento de direitos humanos conduzirá, de muitas maneiras, à democracia também porque, mediante da liberdade de opinião, promove a discussão livre e pública, ou seja, promove a participação dos cidadãos na vida pública. “Porém isso não é um *A priori* e não deve conduzir à conclusão inversa, que a democracia seja uma condição necessária para a validade dos direitos humanos” (Idem, p. 242).

A partir de um saber bem fundado na experiência, podemos dizer que a divisão

de poderes e a independência dos juízes é uma condição indispensável para a validade real dos direitos humanos. Diante da possibilidade e mesmo da tendência ao abuso do poder em sociedades humanas, poder que precisa ser exercido, a independência dos poderes do Estado, com realce para a independência dos juízes, tem-se mostrado indispensável para o respeito aos direitos humanos. Tribunais independentes não são necessariamente vinculados à democracia, podem existir também em outras ordenações políticas, porém são importantíssimos para a asseguuração dos direitos humanos.

Em outras palavras, direitos humanos, que pressupõem a divisão de poderes do Estado e a independência da jurisdição, podem conduzir à democracia, porém não são conceitualmente a ela vinculados. Eles devem ser afirmados e respeitados mesmo em outras ordens políticas.

8. Conclusão

A crítica ao abstracionismo de Habermas, por parte de Baynes, mostra que não é simples distinguir se uma questão é ética, e trata do bem e de valores, ou moral, e se reporta ao justo e a normas. E aqui mesmo se acende a controvérsia em situações sociais de decisões explosivas. Porque, se estamos no âmbito moral, é preciso encontrar princípios universais de resolução. Porém, essa distinção entre ético e moral permanece relevante para a convivência não violenta de diferentes culturas, que se quer realizar ao mesmo tempo num horizonte universal de consenso capaz inclusive de criticar certas práticas culturais. Se, por exemplo, uma tribo de índios, no caso de nascimento de gêmeos, enterra vivo um dos dois, por tradição, um questionamento moral e jurídico dessa prática é não somente plausível como obrigatório. O mesmo se diga da prisão de pessoas sem permissão de acesso à defesa e tolerância de práticas de torturas, como no caso de Guantânamo.

Uma presumida tradição ética americana não pode justificar tais práticas, um juízo moral está acima delas.

A resposta de Habermas à objeção de tipo liberal de Larmore de que o respeito moral à pessoa está na base inclusive das suas concepções democráticas, e então a autonomia privada seria precedente à autonomia pública, não me parece bem enfocada, como já indiquei acima, porque a entende como prioridade aos direitos defensivos contra invasões indevidas do estado no âmbito subjetivo. Porém aqui se vê como Habermas, para se opor a Larmore, apóia-se, em primeiro lugar, na prática efetiva da asseguuração social da definição de direitos e não na pura teoria. O respeito no qual seu opositor pretende se basear só é regulamentado comunicativamente, por meio da posição de uma vontade democraticamente formada, que legisla inclusive sobre regras administrativas. Para Larmore, a soberania popular decorre do direito subjetivo mais fundamental: ninguém será submetido violentamente à lei. Além disso, em uma sociedade com pluralismo cultural, a lei não é legitimada, do ponto de vista dos agentes, somente porque há coincidência entre endereçado e autor, mas também, por uma parte das pessoas, porque tem base sacral ou por sua utilidade. Ora, o princípio do respeito moral a cada um vale também para tais agentes e então é mais capaz de promover a integração social do que a co-originariedade entre autonomia privada e pública. Ao contrário, o ponto de referência habermasiano é certamente a cultura pós-metafísica. Porém deve-se dizer que, nos seus escritos posteriores, inclusive sobre a religião, ele, sem deixar de ter como base a secularização da sociedade, manifesta mais compreensão com os cidadãos religiosos e tenta inclusive articular teoricamente tal diversidade, falando de sociedade pós-secular (Habermas, 2007).⁴

⁴ A segunda parte dessa obra tem como título *Pluralismo religioso e solidariedade de cidadãos do Estado*.

Boeckenfoerde vê a exigência da observação de direitos como caminho para a democracia e como fator indispensável para formar uma cultura democrática. Sua abordagem empírica exige, sim, o respeito aos direitos humanos. Tem a vantagem de oferecer um itinerário pedagógico-social para a democracia, mesmo se as condições plenas para essa ainda não são dadas. Mas Boeckenfoerde contesta a cooriginariedade entre direitos e democracia. Recusa sua vinculação conceitual, como Habermas a concebe. Sua impostação não é de uma deontologia política, mas tem em primeiro plano a finalidade das ordenações políticas, seus objetivos. Elas não são fins em si mesmas. Para Habermas, de outro lado, a tomada de decisões consensuais, em que todos os envolvidos estejam participando, é o que garante a legitimidade das leis, e então a justiça está acima do bem. De certa forma, a democracia é fim em si mesma.

Boeckenfoerde se coloca claramente do ponto de vista hegeliano de uma progressiva encarnação da liberdade nas estruturas do espírito do povo: não uma exigência *a priori* de democracia, mas seu gradual alcance a partir de direitos humanos, inclusive direitos de livre expressão, garantidos por tribunais independentes.

Finalmente testarei alguns conceitos acima desenvolvidos na análise de duas situações internacionais. As reações aos ataques a Nova Iorque em 11 de setembro de 2001, como também as mudanças políticas recentes na Venezuela são duas situações concretas em que mais uma vez fica clara a relevância de uma adequada articulação teórica e prática dos conceitos de autonomia privada e pública. Por razões diversas, em ambos os casos o peso do momento recai sobre a autonomia pública.

A ameaça à segurança coletiva, nos Estados Unidos, e a necessidade de prevenções diante de ameaças de ataques imprevistos levou a limitar aquelas liberdades individuais tão caras à tradição político-jurídica americana: telefonemas e *e-mails* podem ser

investigados pelo Estado com mais facilidade, prisões podem ser efetuadas com menos limites. A minoria islâmica se torna alvo potencial de desconfiança da outra parte da população potencialmente insegura. Nesse quadro, é tanto mais necessária a afirmação de direitos humanos individuais e das minorias.

Na Venezuela, o novo regime centralizador e cerceador de liberdades subjetivas tenta legitimar-se com a garantia e implementação de direitos sociais, porém à custa de liberdades políticas de opinião e expressão e de um retorno a práticas semi-ditatoriais, que passam por ampla estatização da produção e até da distribuição econômicas, restrições fortes aos meios de comunicação, insuflamento populista para diversas decisões plebiscitárias favoráveis, entre outras medidas. Graves repercussões internacionais, inclusive com o desencadear da fala de “ventos de guerra” com os vizinhos, não se fazem esperar. Nesse segundo caso, a autonomia privada sofre cortes inaceitáveis, sem que se possa dizer que esteja ocorrendo uma participação política efetiva, livre e legítima. Se a autonomia privada e pública se pressupõem mutuamente, como pensa Habermas, aqui ambas estão cerceadas e o autoritarismo vai minando instituições e liberdades.

Referências

BAYNES, K. Democracy and the rechtsstaat: Habermas's Faktizität und Geltung. In: WHITE, S. K. *The Cambridge companion to Habermas*. Cambridge University Press, 1995.

BOECKENFOERDE, E-W. Ist demokratie eine notwendige forderung der menschenrechte ? In: S. GOSEPATH und G. LOHMANN (Hrg). *Philosophie der menschenrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp. [s./d.].

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

_____. *Die postnationale konstellation, suhrkamp*, Frankfurt am Main, 1998.

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

_____. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

LARMORE, CH. Die Wurzeln radikaler Demokratie. *Deutsche Zeitschrift fuer Philosophie*, n. 41, p. 321-327, 1993.

LUCHI, J. P. A lógica dos direitos fundamentais e dos princípios do estado. In: _____. *Linguagem e socialidade*. Vitória: Edufes. [s./d.].