

Rousseau e Habermas

RESUMO

O texto apresenta a recepção habermasiana do pensamento político de Rousseau, especialmente no que diz respeito à problemática da compatibilização entre direitos humanos e soberania popular. Com relação a esse ponto, são identificadas três soluções ofertadas por Rousseau para a referida problemática. Pretende-se provar que Habermas usa, para compor a sua própria resposta baseada na racionalidade comunicativa, duas das formulações que Rousseau concebeu e, na opinião de Habermas, recusou-as. O texto apresenta, ainda, por que a solução aceita por Rousseau é criticável.

Palavras-chave: Habermas; Rousseau; Soberania; Direitos humanos.

ABSTRACT

The text presents the reception by Habermas of Rousseau's political thought, especially as regarding the problem of reconciling human rights and popular sovereignty. Concerning this point, Habermas identifies three solutions offered by Rousseau. It is intended to prove that Habermas uses for his own response to the mentioned problem two of the formulations conceived by Rousseau, and refused by him, according to Habermas interpretation. The text also presents the answer that was accepted by Rousseau, and criticized by Habermas.

Keywords: Habermas; Rousseau; Sovereignty; Human rights.

* Professor UFSC/CNPq. O autor agradece à CAPES pela bolsa "Estágio sênior no exterior" concedida no período de agosto de 2011 a julho de 2012 para o projeto de pesquisa "As críticas de Habermas a Kant e a Hobbes", realizado junto à Aberystwyth University, Wales, UK, em colaboração com Howard Williams. O autor agradece, também, à UFSC e ao seu Departamento de Filosofia pelo afastamento concedido no período mencionado.

Introdução

A relação entre Habermas e Rousseau foi caracterizada por Heck como sendo difícil:

Por mais que Habermas tenha em alta estima o contratualismo rousseauiano, considere exemplar a interação entre direito e democracia e veja na institucionalização popular do contrato social uma antecipação da ética discursiva, Rousseau não tem em alto apreço discussões políticas e tampouco se revela arauto da democracia deliberativa. Iguais aos conservadores de boa cepa, são-lhe suspeitas discussões sem fim; Rousseau toma as controvérsias filosóficas como pauta de veleidades, palco de ostentação e arena de vaidades. No momento em que os cidadãos começam a concorrer na busca dos melhores argumentos, na ponderação de interesses, pontos de vista e peculiaridades, o bem comum já saiu de foco. Com as concepções ético-discursivas rousseauianas, por parte de Habermas, o republicanismo de Rousseau nada tem a ver. *À volonté générale* é evento e não um resultado discursivo. [...] a qualificação ética da unificação contratual do genebrino sufoca o caráter procedimental que a modernidade propõe como substituto ao saber ético intuitivo da tradição. [...] "O procedimento contratual rousseauiano, por estar intimamente comprometido com uma estrutura compacta de caráter ético, a república da virtude perde o seu traçado cognitivo. [...] O cognitivismo procedimental da ética do discurso não encontra lugar na república cidadã do genebrino (HECK, 2008, p. 15).

Realmente, a relação entre ambos é difícil, pois trata-se de uma relação de crítica e de aceitação. Apesar de o prefácio a *Direito e democracia* declarar que Kant, e não Hegel, é o apoio do seu estudo, o nome

que realmente estrutura a obra é o de Rousseau. Da mesma forma, entre Hobbes e Rousseau, Habermas tem clara simpatia teórica por Rousseau. Ele gostaria de reconstruir e incorporar Rousseau em sua própria teoria discursiva do direito e da democracia.

Contudo, a história destes dois pensadores, Hobbes e Rousseau, teve desdobramentos inusitados. Hobbes nasce como um autor absolutista e Rousseau como um autor democrático. Porém, já os contemporâneos de Hobbes acusaram o seu *Leviathan* de ser um catecismo para rebeldes. Com efeito, estas são as palavras de Bramhall: "rebel's catechism." (BRAMHALL, 2008, p. 129 e CURRAN, 2007, p. 13). Da mesma forma, Clarendon, à época, registrou que a obra continha os mais destrutivos princípios do Estado e da igreja:

the most mischievous principles, and most destructive to the Peace both of Church and State, which are scattered throughout that book of Leviathan. (EDWARD, 1676, p. 5).

O fato é que no século XX Hobbes foi interpretado como o pai do liberalismo, justamente pelos inimigos do liberalismo e pelos amigos do totalitarismo, como Schmitt¹ e Strauss². O coro dos comentadores (JAUME, 2007, p. 199-216) que consideram Hobbes um liberal só faz aumentar e inclui o nome do próprio Habermas (1997, V. I, p. 122-123) que o considera um defensor do estado de direito sem democracia.

Já, o destino de Rousseau foi bem outro. A sua sina começa como inspirador da Revolução Francesa (BERLIN, 2003, p. 167) e termina como inimigo da liberdade. O período do terror marcou o seu pensamento de maneira indelével. O próprio Habermas considera os jacobinos como discípulos aptos de Rousseau.³ Constant o responsabiliza por inspirar as piores tiranias.⁴ O mesmo

¹ "Hobbes é, pois, o precursor espiritual de ambos, do Estado de direito e do constitucionalismo burguês" (SCHMITT, 2004).

² "If we may call liberalism that political doctrine which regards as the fundamental political fact the rights, as distinguished from the duties, of man and which identifies the function of the state with the protection or the safeguarding of those rights, we must say that the founder of liberalism was Hobbes" (STRAUSS, 1965 p. 181-182).

³ "The Jacobins, too, as apt disciples of Rousseau, conceive of democracy, even in its radical form, in such a way that the general will exercises its sovereignty by means of formal and general laws" (HABERMAS, 1974, p. 105).

⁴ "This sublime genius [Rousseau], animated by the purest love of liberty, has nevertheless furnished deadly pretexts for more than one kind of tyranny" (CONSTANT, s/d, p. 11). "Constant saw in Rousseau the most dangerous enemy of individual liberty, because he had declared that 'In giving myself to all, I give myself to none'" (BERLIN, 2003, p. 209-210).

caminho seguiu Berlin, classificando-o como um dos seis inimigos da liberdade, ao lado de Helvétius, Fichte, Hegel, Saint-Simon e Maistre (BERLIN, 2002). Entre Rousseau e Hobbes, Berlin não tem dúvidas em optar por Hobbes, pois, ainda que ambos tenham concebido um poder autorizado a interferir em todos os aspectos da vida humana, Hobbes não teria tido a desfaçatez de chamar a tal estado de coisas de liberdade⁵. Schmitt perfila Rousseau como um pensador do Estado total, particularmente da homogeneidade⁶.

Em que pese as interpretações acima, o problema que Habermas considera relevante de ser tratado a partir de Rousseau é a tentativa de compatibilizar direitos humanos e soberania popular. Essas duas determinações disputam, segundo ele, o legado justificatório da modernidade após a dissolução das formas de vida tradicionais pré-modernas (HABERMAS, 1997, V. I, p. 128-133). A tensão entre as duas determinações é por ele desfilada a partir da interpretação das obras de Kant e Rousseau. Contudo, o que ele quer mesmo é apresentar a sua própria solução para tal problema, uma intenção, aliás, que ele compartilha com Rawls⁷. No caso dos dois filósofos, o seu déficit principal com relação ao assunto estaria em não terem concebido um papel realmente importante para o direito subjetivo na resolução da tensão entre direitos humanos e soberania popular.

Nesse diapasão, pode-se vislumbrar que Habermas nutre simpatias teóricas por Rousseau, ao menos pela intenção que a sua teoria desposou, ainda que a realização da mesma tenha que ocorrer por outros modos. Portanto, uma parte da teoria de Haber-

mas pode ser considerada como uma reformulação de Rousseau nos termos da teoria discursiva da democracia, com o fito de levar adiante a intenção de compor direitos humanos e soberania popular.

O conceito de Forma Jurídica

O conceito de forma do direito é uma peça central na filosofia do direito de Habermas. É ela a peça que permite fazer a engrenagem da racionalidade comunicativa funcionar nos termos do princípio da democracia. Contudo, apesar de ser um conceito central, Habermas não o expõe sistematicamente. Sem embargo da afirmação anterior, é possível perceber como tal conceito opera ao longo de sua obra. Por exemplo, um dos temas nos quais o mencionado conceito desempenha papel importante é naquele da relação entre direitos humanos e soberania popular.

Destarte, um dos problemas que Habermas quer resolver em *Direito e democracia* é o da compatibilidade entre direitos humanos e soberania popular. Essas duas determinações disputam o legado justificatório da modernidade, após a dissolução das formas de vida tradicionais pré-modernas (HABERMAS, 1997, V. I, p. 128-133). A tensão entre as duas noções pode ser vislumbrada especialmente nas obras de Kant e Rousseau, mas também naquela de Hobbes, se este for considerado um insipiente defensor do Estado de direito, bem como considerado um autor protoliberal, como é o caso de Habermas e de Schmitt

Segundo Habermas, um dos défits do tratamento desse assunto nos autores mencionados consiste em uma compreensão inadequada da contribuição que a es-

⁵ "This sublime genius [Rousseau], animated by the purest love of liberty, has nevertheless furnished deadly pretexts for more than one kind of tyranny" (CONSTANT, s/d, p. 11). "Constant saw in Rousseau the most dangerous enemy of individual liberty, because he had declared that 'In giving myself to all, I give myself to none.'" (BERLIN, 2003, p. 209-210).

⁶ "Rousseau does not mean by liberty the 'negative freedom of the individual not to be interfered with within a defined area, but the possession by all, and not merely by some, of the fully qualified members of a society of a share in the public power which is entitled to interfere with every aspect of every citizen's life" (BERLIN, 2003, p. 208). "Hobbes was at any rate more candid: he did not pretend that a sovereign does not enslave; he justified this slavery, but at least did not have the effrontery to call it freedom." (BERLIN, 2003, p. 210).

⁷ Ao se referir ao conflito entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos, Rawls anota: "Justice as fairness tries to adjudicate between these contending traditions." (RAWLS, 1996, p. 5).

trutura própria do direito pode desempenhar para a resolução da tensão entre direitos humanos e soberania popular. Portanto, esclarecer o conceito de forma do direito é importante sob o ponto de vista da arquitetura do projeto de Habermas de apresentar uma composição possível não só entre direitos humanos e soberania popular, como também entre direito e moral.

Habermas defende a tese de que o conceito de forma do direito é composto por dois elementos principais, a generalidade e a liberdade. O predicado da generalidade se constitui em uma decorrência da semântica da lei na qual o direito se expressa. Já a liberdade seria decorrente da própria estrutura coativa do direito que, em razão desta sua base na coação, teria que abdicar de reinar sobre domínios importantes da liberdade, como aquele referente aos motivos. Esses aspectos que caracterizam a forma jurídica poderiam ser vistos, de uma maneira ou outra, operantes nas filosofias do direito de Hobbes, Kant e Rousseau.

Segundo Habermas, "a forma jurídica não é um princípio que possa ser 'fundamentado' epistêmica ou normativamente." (HABERMAS, 1997, V. I, p. 147). A forma jurídica é, por um lado, uma decorrência da característica coercitiva do direito, portanto, não se trata de um dever-ser, mas de algo que decorre de uma norma ser revestida de coerção, por outro lado, ela decorre do fato de a norma se apresentar sob a forma de uma lei. Ora, desse modo, podem ser explicadas as duas características principais da forma jurídica, quais sejam, a liberdade subjetiva dos motivos pelos quais a norma coativa será cumprida, bem como a sua generalidade, já que esta última pode ser predicada como uma característica semântica do conceito de lei. São essas características que permitem uma formulação das condições de possibilidade da racionalidade comunicativa como normas jurídicas, sem que a coação característica das mesmas atinja a liberdade que está na base de um sim ou

não com relação a um proferimento ilocucionário qualquer.

A liberdade ínsita à forma jurídica, Habermas aponta-a de forma mais sistemática a partir da análise da legalidade em Kant. O texto principal para esta análise está especialmente no capítulo I.III de *Direito e democracia*. Neste ponto, o conceito de legalidade kantiano é usado para dissolver um paradoxo concernente às dimensões de validade do direito.⁸ Tal paradoxo residiria em o direito ser concebido por Kant como uma coerção que serve para eliminar empecilhos da liberdade: "impedimento de um impedimento da liberdade." (KANT, 2005, MS, AA 06: 231). Ora, como pode a coerção ser usada para sustentar a liberdade e, mais importante, como pode o reconhecimento de que a coerção torna possível a liberdade ser uma razão suficiente para que o direito seja cumprido moralmente, ou seja, por dever? Destarte, "razões analíticas impedem que um agir por dever, isto é, a obediência ao direito por motivos morais, possa ser imposto com o uso da coerção." (HABERMAS, 1997, V. I, p. 49).

A solução kantiana consistiria, segundo Habermas, em atribuir ao direito uma concepção de liberdade que se constitui em um dispositivo que permite a motivação moral, embora não a abrigue, sem excluir as motivações estratégicas ou outras que se possam conceber:

As Kant recognized, law differs from morality in the formal properties of legality. Certain aspects of conduct open to moral assessment (for example, convictions and motives) are per se exempted from legal regulation. (HABERMAS, 1998, p. 201).

O importante é que na legalidade se faz uma abstração do móbil [ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben] (KANT, 2005, MS, AA 06: p. 219). Ou seja, a legalidade concerne à relação externa da ação com respeito à sua conformidade ou não conformidade à regra que a enforma. A legislação

⁸ "Normas do direito são, ao mesmo tempo e sob aspectos diferentes, leis da coerção e leis da liberdade" (HABERMAS, 1997, V. I, p. 49).

jurídica não exige que a própria idéia do dever, que é interna, se erija em motivo determinante da ação, liberando, por consequência, a interioridade. Em suma,

a doutrina do direito e a doutrina da virtude, se distinguem, então, bem menos por deveres diferentes que pela diferença de legislação que associa à lei um móbil antes que um outro. (KANT, 2005, MS, AA 06: p. 220).

Há ainda duas outras referências diretas a Kant em *Direito e democracia*, ambas no cap. III, as quais não são essenciais para a determinação do conceito de forma jurídica.

A primeira delas, em III.I, tem conexão com a relação entre os direitos humanos e a soberania popular. Nela, Habermas critica as perspectivas de três autores, por razões diferentes. Hobbes é criticado pela sua formulação estratégica do direito público e Rousseau pelo tratamento formal a partir da semântica da generalidade das leis, ponto que será tratado a seguir. Contra Kant, por seu turno, ele alega que a fundamentação moral dos direitos humanos por ele proposta lhe dá uma prioridade indevida sobre a soberania popular.

A segunda citação está em III.II e diz respeito à relação entre direito e moral. Nela, Habermas defende que Kant não teria concebido uma racionalidade própria para o direito, mas ter-lo-ia tratado como um caso especial da moral, a qual seria, nesse particular, limitada por várias determinações inóportas ao direito, mormente aquela da coerção. Ademais, com isso, Kant teria excluído razões importantes do direito, como as pragmáticas e as éticas, estas últimas conexas com questões de felicidade.

Em suma, para a caracterização do conceito de forma jurídica, em Kant, é importante referir a uma formulação da liberdade mais abrangente do que aquela concernente à moral, haja vista ser capaz de incorporar em si a motivação moral, sem desdizer qualquer outra possibilidade motivacional.

A solução kantiana

A análise que Habermas faz da filosofia do direito kantiana mostra que ela é ambivalente. Isso ocorre porque Kant, por uma série de abstrações, configura uma concepção de direito que mais parece a moral travestida pela roupagem da coação. Tanto a sua definição de direito, quanto o princípio universal do direito, são interpretados por Habermas como um direito subordinado à moral. De fato, Kant desloca sutilmente a definição de direito da formulação deste como coação, "Direito e faculdade de coagir significam, portanto, a mesma coisa" (KANT, 2005, MS, AA 06: p. 232), para esta outra formulação,

o direito estrito pode ser representado também como a possibilidade de uma coação recíproca geral concordante com a liberdade de qualquer um segundo leis universais. (KANT, 2005, MS, AA 06: p. 232).

Ou seja, trata-se, neste último caso, de uma definição normativa referida ao que é justo (KANT, 2005, MS, AA 06: p. 229). Com isso, a liberdade do homem e a igualdade [veja-se que aparece na formulação os termos "geral" e "universais"] são claramente estabelecidas. Note-se, contudo, que já no texto *Contra Hobbes* de 1793, ele houvera estabelecido uma relação entre o único direito humano inato, a liberdade, e o sistema jurídico como um sistema de leis:

Todo o direito depende, de fato, das leis. Mas uma lei pública que determina para todos o que lhes deve ser juridicamente permitido ou interdito é o ato de um querer público, do qual promana todo o direito e que, por conseguinte, não deve por si mesmo cometer injustiças contra ninguém. Ora, a este respeito, nenhuma outra vontade é possível a não ser a de todo o povo (já que todos decidem sobre todos e, por conseguinte, cada um sobre si mesmo): pois, só a si mesmo é que alguém pode causar dano.⁹

⁹ KANT, Immanuel. *Sobre a expressão corrente: isso pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática*. [Trad. Artur Morão]. Covilhã: Lusofia Press. [Disponível em: <http://www.lusosofia.net/>], TP, AA 08: p. 294-295.

Segundo Habermas, isso significa que a autonomia moral só pode adquirir figuração concreta pela autonomia política, de tal forma que “o princípio do direito parece realizar uma mediação entre o princípio da moral e o da democracia. Contudo, não está suficientemente claro como esses dois princípios se comportam reciprocamente.” (HABERMAS, 1997, V. I, p. 127). Para se entender isso, deve-se esclarecer que a vontade pública do republicanismo Habermas a chama de democracia. Ele sugere uma aproximação entre o que Kant nominou republicanismo e o que hoje se chama democracia (HABERMAS, 1997, V. I, p. 122).

Kant muito bem observa tratar-se da vontade pública de todo o povo, pois somente quando se tratar da vontade de todo o povo é que não poderá haver injustiça contra ninguém. É essa a ideia que ele repete alguns anos depois na *Doutrina do direito* e que Habermas (1997, V. I, p. 259) considera como uma formulação kantiana da soberania tal qual definida por Rousseau¹⁰:

O poder legislativo somente pode caber à vontade unificada do povo. Pois, uma vez que deve proceder dele todo direito, não deve ele por sua lei poder ser injusto pura e simplesmente com ninguém. Ora, se alguém decide algo em relação a um outro, sempre é possível que assim ele seja injusto com ele, mas nunca naquilo que ele decide acerca de si mesmo (pois *volenti non fit injuria*). Assim, somente a vontade concordante e unificada de todos, na medida em que cada um decide o mesmo sobre todos e todos sobre um, portanto somente a vontade universalmente unificada do povo é legisladora. (KANT, 2005, MS, AA 06: 313-314).

Nesse sentido, poder-se-ia perguntar como ficaria a relação entre o direito racio-

nal e a vontade unida do povo, quando esta estabelecesse leis com conteúdo contrário ao direito racional? Essa não parece ser uma possibilidade para Kant, pois o cidadão não poderia concordar com leis que desrespeitassem tal direito: “todo o homem tem os seus direitos inalienáveis a que não pode renunciar, mesmo se quisesse, e sobre os quais tem competência para julgar.”¹¹ De fato, pode-se afirmar que há uma correspondência entre todos poderem concordar e cada um não poder discordar, de tal forma que não haveria, segundo Habermas, uma limitação da vontade unida do povo pelo direito racional, haja vista, justamente, os cidadãos não poderem dar seu consentimento a leis que negassem seus direitos humanos.

Kant não explica se a razão pela qual o cidadão não pode concordar com leis contrárias à liberdade decorre de uma capacidade moral ou de um mecanismo referido à generalidade da lei jurídica que acaba por fazer reverter sobre o indivíduo o que ele legisla para os outros, em uma espécie de regra de ouro. Habermas sugere esta interpretação em 1988:

E, para que a razão legitimadora do poder não se anteponha mais à vontade soberana do povo – como em Locke – situando os direitos humanos num estado natural fictício, atribui-se uma estrutura racional à própria autonomia da prática da legislação. Uma vez que a vontade unida dos cidadãos só pode manifestar-se na forma de leis gerais e abstratas, é forçada per se a uma operação que exclui todos os interesses não generalizáveis, admitindo apenas as normatizações que garantem a todos iguais liberdades. O exercício da soberania popular garante, pois, os direitos humanos. (HABERMAS, 1997, V. I, p. 259).

¹⁰ «Ces clauses, bien entendues, se réduisent toutes à une seule - savoir, l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté: car, premièrement, chacun se donnant tout entier, la condition est égale pour tous; et la condition étant égale pour tous, nul n'a intérêt de la rendre onéreuse aux autres. De plus, l'aliénation se faisant sans réserve, l'union est aussi parfaite qu'elle peut l'être, et nul associé n'a plus rien à réclamer: car, s'il restait quelques droits aux particuliers, comme il n'y aurait aucun supérieur commun qui pût prononcer entre eux et le public, chacun, étant en quelque point son propre juge, prétendrait bientôt l'être en tous; l'état de nature subsisterait, et l'association deviendrait nécessairement tyrannique ou vaine.» (ROUSSEAU, 1943, livre I, ch. VI).

¹¹ KANT, Immanuel. *Sobre a expressão corrente: isso pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática*. [Trad. Artur Morão]. Covilhã: Lusofia Press. [Disponível em: <http://www.lusosofia.net/>], TP, AA 08: 304.

Em 1992, porém, ele atribui isso claramente a Rousseau, mas afirma, por duas vezes, não haver clareza em Kant sobre o assunto (HABERMAS, 1997, V. I, p. 127-8), sendo que tal falta de clareza dever-se-ia basicamente a Kant ter operacionalizado a autonomia dos sujeitos no exercício da soberania popular segundo o imperativo categórico: "porém ele explica esse conceito [autonomia] na fórmula legal do imperativo categórico." (HABERMAS, 1997, V. I, p. 127-128).

Tanto em Kant quanto em Rousseau parece haver um mecanismo do direito que medeia os direitos humanos e a soberania do povo, porém, como Habermas afirma, isso não está "suficientemente claro", especialmente no caso de Kant. Seja como for, em *Direito e democracia*, Habermas encaminha a solução kantiana da relação entre direitos humanos e soberania popular por um outro viés que não este da forma do direito. Assim, ele não estipula que pelo fato de a soberania popular ter que apresentar seus produtos sob a forma da lei jurídica e sendo a lei jurídica geral e abstrata, *eo ipso*, não haveria como abrigar conteúdo contra os direitos humanos. Ou seja, como o procedimento deve produzir um produto válido para a vontade de todos, a igualdade exigida pelo direito inato à liberdade seria realizada por uma espécie de automatismo do procedimento (HABERMAS, 1997, V. I, p. 127). Essa, como se verá, é uma das interpretações possíveis que ele atribui a Rousseau.

No que concerne a Kant, portanto, o caminho seria bem outro, na interpretação de Habermas. Para Kant, o direito inato à liberdade teria um fundamento moral, pois ele obteria o princípio universal do direito via aplicação do imperativo categórico a relações externas. Sabidamente, essa foi a tese sustentada por Gregor (1963. Almeida também segue essa estratégia 2006, p. 209-222). Segue-se dessa posição que "os princípios do direito privado já valem como princípios morais no estado natural" (HABERMAS, 1997, V. I, p. 135). No que concerne a Rousseau, por seu turno, primeiro ele constituiria a autonomia do cidadão via contrato e depois introduziria um vínculo com os direitos humanos:

como a vontade soberana do povo somente pode exprimir-se na linguagem de leis abstratas e gerais, está inscrito naturalmente nela o direito a iguais liberdades subjetivas, que Kant antepõe, enquanto direito humano fundamentado moralmente, à formação política da vontade. (HABERMAS, 1997, V. I, p. 135).

Rousseau, por seu turno, primeiro constituiria a autonomia do cidadão via contrato e depois introduziria um vínculo com os direitos humanos:

como a vontade soberana do povo somente pode exprimir-se na linguagem de leis abstratas e gerais, está inscrito naturalmente nela o direito a iguais liberdades subjetivas, que Kant antepõe, enquanto direito humano fundamentado moralmente, à formação política da vontade. (HABERMAS, 1997, V. I, p. 135).

O ponto de Habermas, quiçá, é que em Kant o indivíduo já entra no contrato equipado com um direito, o qual ele não abrirá mão ou não pode concordar em abrir mão. Desse modo, pode-se afirmar que esse direito fundamentado moralmente na humanidade como fim em si mesma adentra na vontade soberana do povo e adentra no direito positivo. No fundo, Habermas está acusando a Kant de ter operacionalizado a vontade geral de forma individualista e não por um procedimento discursivo enformado juridicamente.

Kant é ambivalente porque tem uma estratégia dupla. Por um lado, ele não tem como manter uma motivação moral como fundamento do direito, isso por razões analíticas, vis-à-vis da sua definição do que consiste uma ação por dever. Ora, não se pode impor coativamente a prática de uma ação por dever. Por outro lado, sob o ponto de vista do conteúdo, o direito racional continua vinculado à moral, como uma espécie de aplicação do imperativo categórico a relações externas, como muito bem sublinhou Gregor. Desse modo, quando ele operacionaliza a vontade unida do povo, o direito racional da liberdade garantido de forma moral ancora em um sujeito que não pode deixar de querer tal direito, embora possa errar, haja vista as leis nunca demandarem efeti-

vamente a manifestação de todos os concernidos por ela. No caso de Kant, em última análise, te-se-ia, portanto, que apelar a um sujeito moral que não pode se recusar a dar o seu consentimento aos direitos humanos. Dito lapidariamente, o que se registra em Kant é um déficit de operacionalização da forma jurídica quando ele trata da relação entre a vontade individual e a coletiva. Ou seja, Kant exagera na moralização do direito. Como se verá, o problema de Rousseau é outro, ele exagera na concretude da forma de vida como condição para sustentar o acordo da vontade privada e da vontade geral.

Rousseau nas bordas da alienação total

Rousseau concebe o contrato social como um ato existencial de socialização que transforma o homem no cidadão pela alienação total, como já mencionado. Esta alienação total implica para Habermas uma espécie de conversão do ser humano que o transforma de um homem natural em um cidadão virtuoso. Rousseau anota que sendo a alienação total, a condição é igual para todos e, portanto, todos teriam interesse em não torná-la onerosa. Essa qualidade da igualdade de condições para todos, Habermas a interpreta como sendo realizada por meio da lei jurídica. Segundo Rousseau, «chacun se soumet nécessairement aux conditions qu'il impose aux autres» (ROUSSEAU, 1943, livre II, ch. IV). Por exemplo, se quem legislasse sobre educação fosse obrigado a fazer seus filhos estudarem na escola pública, isso certamente teria implicações sobre as decisões a respeito da matéria. Ou seja, é diferente legislar com relação ao ensino público quando os próprios filhos estudam em escola particular e quando estudam nas escolas públicas. Vale anotar que o parágrafo que abre o *Contrato* diz estar em questão a formulação de uma regra de administração "en prenant les hommes tels 'qu'ils sont, et les lois telles qu'elles peuvent être». Ora, considerar o homem como ele é implica também considerá-lo como ele é no contexto social que ele vive, o que para Rousseau significa pensar um ser humano

marcado pela corrupção dos costumes, ou seja, considerá-lo naquilo de seu ser que não se coaduna com a transformação ética exigida pela vontade geral. Nesse sentido, a lei jurídica, em função da sua semântica baseada na generalidade, forneceria um mecanismo que permitiria operar o sistema da vontade geral a partir das vontades particulares. Segundo Rousseau, a generalidade da lei ao determinar que todos estarão sob a mesma condição é o que permite a união entre o interesse privado e a justiça: "accord admirable de l'intérêt et de la justice» (ROUSSEAU, 1943, livre II, ch. IV). Nesse sentido, Saht sustenta a possibilidade de interpretar Rousseau em uma perspectiva jurídica (SAHD, 2010, p. 64, nota 60).

No que concerne ao estudo de Habermas é importante anotar que Rousseau opõe, por um lado, o mecanismo da lei que submete a todos às mesmas condições e, por outro lado, o discurso. O mecanismo do direito opera a partir de uma formulação possível da regra de ouro, haja vista forçar que aquilo que alguém queira para os outros, ele tenha também que suportar para si, em razão do mecanismo generalizador da lei. Pois bem, Rousseau opõe este mecanismo àquele da discussão. Ou seja, o cálculo da consciência solitária interessada, capitaneada pelo mecanismo da lei jurídica e sua semântica peculiar é melhor do que a discussão pública das matérias a fim de deliberar. Segundo Rousseau, é a união entre interesse e justiça

qui donne aux délibérations communes un caractère d'équité qu'on voit s'évanouir dans la discussion de toute affaire particulière, faute d'un intérêt commun qui unisse et identifie la règle du juge avec celle de la partie (ROUSSEAU, 1943, livre II, ch. IV).

Porém, essa formulação de Rousseau parece que se desvanece ao longo do *Contrato*. De fato, algo ocorre entre o livro 2, cap. 4, e o livro 4, cap. 1. No primeiro, há uma solução que não desconsidera a típica do contrato social privado, baseada nos interesses de cada um, que, em razão da forma da lei geral, motiva um resultado igual àquele da vontade geral. Rousseau chama a

tal mecanismo, como visto, um *accord admirable*. Kaufman chega a sustentar que se trataria de uma justiça processual pura no sentido de Rawls: Rousseau define

legitimacy in terms of pure procedural justice: laws enacted by the entire people, and applying to each citizen in precisely the same way, are just. This account of legitimacy avoids indeterminacy, since institutions are designed 'so that the outcome is just whatever it happens to be'. In addition, Rousseau avoids the problem of malicious preferences by requiring that legislation must apply equally to all members of society (KAUFMAN, 1997, p. 29).¹²

Habermas apresenta essa interpretação como sendo uma possibilidade de compreensão da obra de Rousseau. Com efeito, ele afirma que Rousseau atribui o sentido normativo da validade de leis que merecem o assentimento de todos "à força presumivelmente universalizadora da simples forma da lei." (HABERMAS, 1997, V. I, p. 261). Em *Direito e democracia* ele defende que Rousseau teria composto a soberania popular nos meandros de um procedimento capaz de excluir interesses não compatíveis com a vontade geral:

em Rousseau, o exercício da autonomia política não está mais sob a reserva de direitos naturais; o conteúdo normativo dos direitos humanos dissolve-se no modo de realização da soberania popular. Através do medium de leis gerais e abstratas, a vontade unificada dos cidadãos está ligada a um processo de legislação democrática que exclui per se todos os interesses não-universalizáveis, permitindo apenas regulamentações que garantem a todos as mesmas liberdades subjetivas. De acordo com esta ideia, o exercício da soberania do povo, conforme ao procedimento, garante também a substância do direito humano originário, delineado por Kant. (HABERMAS, 1997, V. I, p. 135-136).

Interessantemente, Heck, quando comenta esta passagem, sustenta ser essa a posição de Kant, não a de Rousseau:

a vontade congregada dos cidadãos, ao poder manifestar-se tão-só na forma de leis universais e abstratas, é levada por si mesma a uma operação que exclui todos e quaisquer interesses não generalizáveis e admite apenas aquelas determinações que concedem a todos os cidadãos as mesmas liberdades, ou seja, o exercício da soberania popular assegura, simultaneamente, aos contratantes os direitos humanos. Tal posição corresponde à doutrina kantiana do direito e é de toda avessa ao genebrino. (HECK, 2008, p. 7).

Heck explicita por que o próprio Rousseau não acredita no mecanismo das leis gerais e abstratas para gerar os direitos humanos:

existisse o legado do automatismo procedimental, como admitido por Habermas, o procedimento democrático-legislativo teria per se de antemão a marca da retidão para suas atividades e Rousseau poderia ter-se poupado o discurso sobre o legislador, a virtude e a educação dos cidadãos (HECK, 2008, p. 7).

De fato, o mecanismo do direito privado desaparece paulatinamente no *Contrat*, tornando-se preponderante o modo de socialização pelo ato do contrato social. Segundo Rousseau, é preciso que a vontade particular queira as determinações da vontade geral:

or, moins les volontés particulières se rapportent à la volonté générale, c'est-à-dire les moeurs aux lois, plus la force réprimante doit augmenter. Donc le gouvernement, pour être bon, doit être relativement plus fort à mesure que le peuple est plus nombreux (ROUSSEAU, 1943, livre III, ch. I).

Mais adiante ele afirma: «Mais quand le noeud social commence à se relâcher et l'État à s'affaiblir, quand les intérêts particuliers commencent à se faire sentir et les petites sociétés à influer sur la grande, l'intérêt commun s'altère et trouve des opposants: l'unanimité ne règne plus dans les voix; la

¹² A citação é de RAWLS (1999, p. 74).

volonté générale n'est plus la volonté de tous; il s'élevé des contradictions, des débats; et le meilleur avis ne passe point sans disputes» (ROUSSEAU, 1943, livre IV, ch. I). Desse modo, a vontade geral é inimiga das sutilezas políticas. As pessoas devem ser simples e não terem refinamento. Com o liame social rompido no coração dos homens, mediante sutilizas e refinamentos, o Estado subsiste por uma forma ilusória e vã:

a república do genebrino não é conhecida como universo da comunicação, não constitui arena repleta de opiniões, controvérsias, disputas teóricas, opções práticas; tampouco nela se costura compromissos e, muito menos, se prestigia a maioria HECK, 2008, p. 13).

Ou seja, "a república de Rousseau prestigia a mudez."¹³

Ainda que Rousseau afirme ser «contre l'ordre naturel que le grand nombre gouverne et que le petit soit gouverné» (ROUSSEAU, 1943, livre III, ch. IV), a maioria é apenas um indício de onde se encontra a vontade geral, não o critério mesmo de sua constituição. Quiçá, por tudo isso Schmitt pode afirmar que a fachada do sistema de

Rousseau é liberal, mas o seu núcleo é democrático e antiliberal:

The façade is liberal: the state's legitimacy is justified by a free contract. But the subsequent depiction and the development of the central concept, the 'general will', demonstrates that a true state, according to Rousseau, only exists where the people are so homogeneous that there is essentially unanimity. According to the Contrat social there can be no parties in the state, no special interests, no religious differences, nothing that can divide persons, not even a public financial concern.¹⁴

Habermas, sabidamente, critica ambos os aspectos de Rousseau, tanto o seu apelo a um cidadão virtuoso ligado a uma forma de vida concreta, para ele não só sociologicamente implausível, como incompatível com o princípio da universalidade e repressor do indivíduo, quanto o seu apelo ao mecanismo da generalidade das leis. Com efeito, a formação racional da vontade e da opinião, "não pode ser esclarecido[a] pelas qualidades lógico-semânticas de leis gerais e abstratas" (HABERMAS, 1997, V. I, p. 261). Talvez, essa possa ser uma razão

¹³ HECK, (2008, p. 14). "Por mais que Habermas tenha em alta estima o contratualismo rousseauiano, considere exemplar a interação entre direito e democracia e veja na institucionalização popular do contrato social uma antecipação da ética discursiva, Rousseau não tem em alto apreço discussões políticas e tampouco se revela arauto da democracia deliberativa. Iguais aos conservadores de boa cepa, são-lhe suspeitas discussões sem fim; Rousseau toma as controvérsias filosóficas como pauta de veleidades, palco de ostentação e arena de vaidades. No momento em que os cidadãos começam a concorrer na busca dos melhores argumentos, na ponderação de interesses, pontos de vista e peculiaridades, o bem comum já saiu de foco. Com as concepções ético-discursivas rousseauianas, por parte de Habermas, o republicanismo de Rousseau nada tem a ver. A *volonté générale* é evento e não um resultado discursivo. [...] a qualificação ética da unificação contratual do genebrino sufoca o caráter procedimental que a modernidade propõe como substituto ao saber ético intuitivo da tradição. [...] "O procedimento contratual rousseauiano, por estar intimamente comprometido com uma estrutura compacta de caráter ético, a república da virtude perde o seu traçado cognitivo. [...] O *cognitivismo* procedimental da ética do discurso não encontra lugar na república cidadã do genebrino" (HECK, 2008, p. 15).

¹⁴ SCHMITT (2000, p. 13. Referência do prefácio de 1926). Rawls tem uma interpretação mais favorável a Rousseau. Se for possível interpretar a homogeneidade exigida por Rousseau como um sinônimo de intolerância com o que for diferente, por exemplo, com uma religião diferente, com essa interpretação Rawls concordaria. Contudo, segundo ele, o que caracteriza a posição de Rousseau com relação a esse ponto é que o princípio que justificaria a intolerância seria aceitável na posição original (RAWLS, 1999, p. 190). O princípio que Rousseau defenderia para a intolerância seria aquela da manutenção da ordem pública: "Locke and Rousseau limited liberty on the basis of what they supposed were clear and evident consequences for the public order" (RAWLS, 1999, p. 189). Um tal princípio é bem diferente daquele que põe como fundamento da intolerância uma questão de fé. A vantagem do primeiro critério em relação ao segundo é que de acordo com o primeiro os limites da tolerância podem vir a ser traçados de forma diferente: "For when the denial of liberty is justified by an appeal to public order as evidenced by common sense, it is always possible to urge that the limits have been drawn incorrectly, that experience does not in fact justify the restriction. Where the suppression of liberty is based upon theological principles or matters of faith, no argument is possible." (RAWLS, 1999, p. 190).

pela qual Rousseau não valorizou adequadamente essa possibilidade porque o conteúdo normativo dos direitos humanos não pode ser equivalente à gramática de leis gerais e abstratas. Melhor dito, trata-se precisamente do conteúdo da igualdade, o qual

não pode ser esclarecido suficientemente através das qualidades lógico-semânticas de leis gerais. A forma gramatical de mandamentos universais nada diz sobre sua validade. A pretensão segundo a qual uma norma é do interesse simétrico de todos tem o sentido de uma aceitabilidade racional (HABERMAS, 1997, V. I, p. 137).

Algumas observações podem ser feitas sobre esse ponto. A primeira é que já Hegel criticara o formalismo da moral kantiana. Segundo ele, a universalidade deveria ser considerada puramente como uma unidade analítica, uma tautologia, de tal forma que poderia ser agregada a qualquer conteúdo (HEGEL, 2004, p. 123). Toda máxima, segundo Hegel, tem um conteúdo (2004, p. 123). É justamente o conteúdo em conjunção com a forma universal que gera máximas relevantes para a ação. A universalidade por si só produz tautologias. No mesmo sentido, Schmitt criticou a ideia de igualdade como sendo vazia:

The question of equality is precisely not one of abstract, logical-arithmetical games. It is about the substance of equality. It can be found in certain physical and moral qualities, for example, in civic virtue, in arete, the classical democracy of *vertus* (*vertu*). In the democracy of English sects during the seventeenth century equality was based on a consensus of religious convictions. Since the nineteenth century it has existed above all in membership in a particular nation, in national homogeneity (SCHMITT, 2000, p. 9. Referência do prefácio de 1926).

Por fim, uma das análises principais que Hare faz da universalização é a de que

ela se constitui em uma tese lógica despida de substância moral:

it is a logical thesis and not a substantive moral principle. (HARE, 1965, p. 34). Na sua análise, portanto, a substância moral deve ser diferenciada da forma lógica da universalidade: It is very important not to confuse the thesis of universalizability with the substantial moral principles to which, according to it, a person who makes a moral judgement commits himself (HARE, 1965, p. 30).

É no sentido dessa tradição interpretativa que, para Habermas, a igualdade substantiva significa "aquilo que é igual sob aspectos relevantes deve ser tratado de modo igual e aquilo que não é igual deve ser tratado de modo não-igual. No entanto, é necessário fundamentar aquilo que pode ser tido como *aspecto relevante*,"¹⁵ o que só pode ser feito mediante um discurso argumentativo.

Desse modo, o problema que Heck corretamente percebe, foi claramente anotado por Habermas:

Rousseau não levou adiante esse pensamento luminoso, uma vez que ele se prendia, mais do que Kant, à tradição republicana. Ele interpretou a ideia da autolegislação mais na linha da ética do que na da moral e entendeu a autonomia como a realização consciente da forma de vida de um povo concreto. (HABERMAS, 1997, V. I, p. 136).

Críticas de Habermas a Rousseau

Habermas não se manifesta explicitamente sobre as críticas feitas a Rousseau por comentadores. Sem embargo dessa afirmação, podem ser destacadas três críticas que ele endereça ao autor do *Contrat*: da implausibilidade sociológica, da perda da universalidade e da repressão do indivíduo.

¹⁵ HABERMAS (1997, V. II, p. 153). Rehg formula a seguinte nota com relação ao conceito habermasiano de igualdade substantiva sob o viés jurídico-legal: "According to Habermas, "substantive legal equality," or *Rechtsinhaltsgleichheit*, has two components: (a) legal statutes are applied so as to treat like cases alike and different cases differently; and (b) legal statutes regulate matters in a way that is in the equal interest of each person." (HABERMAS, 1996, p. 531)

De fato, Habermas afirma que o posicionamento ético de Rousseau é sociologicamente implausível:

A adoção das virtudes republicanas só é realista para uma comunidade que possui um consenso normativo assegurado previamente através de tradição e do *ethos* (HABERMAS, 1997, V. II, p. 260).

De fato, se a interpretação que Heck propõe de Rousseau, como foi apresentada acima, for considerada acurada, é possível perceber o quanto uma tal posição é implausível frente ao constitucionalismo moderno e contemporâneo de inspiração hobbesiana. Segundo Heck, “o contrato social rousseauiano faz dos indivíduos princípios normativos.” (HECK, 2008, p. 8). Para começo de conversa, o próprio constitucionalismo, tão em voga nos dias atuais, encontra empecilhos nas formulações de Rousseau:

os cidadãos rousseauianos não apenas carecem de um patrimônio jurídico anterior à coletividade – como o cidadão do liberalismo lockiano – mas também não usufruem da reserva de consciência perante o Estado – como o cidadão no liberalismo hobbesiano (HECK, 2008, p. 8)¹⁶.

Tal liberalismo se caracteriza, segundo ele, pela convivência entre estranhos, porque o Leviathan é tolerante com aquilo que pode permanecer só no âmbito privado. Por isso, o Leviathan tem um ilimitado poder de inclusão, haja vista ter privatizado as diferenças que não importam para a ordem pública¹⁷. Até Habermas, nesse particular, demonstra mais simpatias por Hobbes do que por Rousseau:

The alienation of self [Selbstentfremdung] in Hobbes means submission to a compulsion which, though set up by men

themselves, still remains an irrevocably external compulsion, but in Rousseau it means the transformation of corrupted human nature into the moral person of the citizen (HABERMAS, 1974, p. 94).

Segundo esse viés,

a política correta só pode ser feita por civis virtuosos. Essa *imputação de virtude* já levou Rousseau à separação entre o cidadão orientado pelo bem comum e o homem privado eticamente sobrecarregado; a unanimidade do legislador político deveria ser garantida previamente através de um consenso ético dos ânimos (HABERMAS, 1997, V. I, p. 345).

Para se perceber a implausibilidade de uma tal posição basta anotar o que Rawls nomeou como fato do pluralismo (RAWLS, 2003, p. XIX). Segundo ele, uma concepção realista de sociedade tem que levar em conta o pluralismo de doutrinas religiosas, filosóficas e morais (RAWLS, 2003, p. XVIII).

Com relação à segunda crítica, sabidamente, a avaliação dos interesses de todos implica um ponto de vista genuinamente moral que abstraia o máximo possível de todas as particularidades, incluso as culturais, por isso, tal perspectiva não pode ser aquela de uma forma de vida particular. Com efeito, registra Habermas, “no final da versão ética do conceito de soberania popular, perde-se o sentido universalista do princípio do direito.” (HABERMAS, 1997, V. I, p. 137). Portanto, o caminho ético é recusado por perder o ponto de vista moral na particularidade de uma comunidade com valores concretos. Se o ato do contrato se perfaz como um ato de transformação do homem no cidadão virtuoso, Habermas pode atestar que no seu caminho ele perde a universalidade. Como bem observa Heck,

¹⁶ «Tous les droits sont fixés par la loi» (ROUSSEAU, 1943, livre II, ch. VI).

¹⁷ “Em contraposição à qualificação ética da ‘volonté générale’, o Estado hobbesiano apresenta uma ordem de convivência de indivíduos que permanecem estranhos entre si, garante a coexistência de seus súditos porque é inigualável e absolutamente tolerante com as diferenças dos mesmos, contanto que as mesmas permaneçam no âmbito privado e não absorvam a esfera política. O *Leviathan* político perfaz uma obra-prima da arte liberal de assegurar a ordem política por individuação e diferenciação. À revelia do integralismo contratual de calibre rousseauiano, a excelência do contratualismo hobbesiano se impõe pelo ilimitado poder de inclusão; ou seja, ao privatizar as diferenças, a coletividade liberal pode, em princípio, oferecer acesso livre a qualquer cidadão com seu credo, habilidades e idiossincrasias” (HECK, 2008, p. 9).

a vontade geral do genebrino é uma vontade particular, a faculdade volitiva de um determinado grupo de seres humanos que articulam nela a comunidade; a validade e a obrigatoriedade da vontade geral ficam necessariamente restritas aos membros do grupo; em suma, o republicanismo rousseauiano é decididamente antiuniversal (HECK, 2008, p. 12).

Ou seja, trata-se apenas da preservação de uma substância cultural anterior ao Estado: “merely preserve a substance prior to the state” (HABERMAS, 1974, p. 104).

Em relação à terceira crítica, a de ser um sistema repressivo, é aquela que mais tem feito história em relação a Rousseau.

É verdade que Rousseau ao tratar *Des bornes du pouvoir souverain* afirma haver uma independência entre a pessoa pública e a pessoa privada, de tal forma que o exigido pela alienação do pacto social, seria só aquilo que importasse à comunidade:

On convient que tout ce que chacun aliène, par le pacte social, de sa puissance, de ses biens, de sa liberté, c'est seulement la partie de tout cela dont l'usage importe à la communauté; mais il faut convenir aussi que le souverain seul est juge de cette importance.» (ROUSSEAU, 1943, livre II, chap. IV).

Por outro lado, ele afirma que se a alienação não fosse total e restasse algum direito aos particulares, a associação seria vã ou tirânica:

car, s'il restait quelques droits aux particuliers, comme il n'y aurait aucun supérieur commun qui pût prononcer entre eux et le public, chacun, étant en quelque point son propre juge, prétendrait bientôt l'être en tous; l'état de nature subsisterait, et l'association deviendrait nécessairement tyrannique ou vaine.» (ROUSSEAU, 1943, livre I, ch. VI).

Vã porque as manifestações privadas do homem são inconstantes e variam ao sabor do vento e das circunstâncias. Tirânica, porque se um retiver uma réstia da liber-

dade natural, que Rousseau se recusa a chamar de direito, dará a este um poder desmesurado em relação aos demais. Como, então, conciliar a sua afirmação de que o súdito pode reter, na qualidade de homem, aquilo cujo uso não importa à comunidade com aquela de que se a alienação não for total a associação devém necessariamente tirânica ou vã? O soberano é quem julga é a resposta de Rousseau. Disso Hobbes, talvez, não discordasse. Destarte, no cap. XXVI do *Leviathan* ele afirma não ser a verdade a que determina a lei válida, mas a autoridade. Contudo, não parece haver equivalente em Rousseau ao cap. XXI do *Leviathan* que claramente diz não haver injustiça em recusar fazer certos atos ordenados pelo soberano:

To come now to the particulars of the true Liberty of a Subject; that is to say, what are the things, which though commanded by the Sovereign, he may nevertheless, without Injustice, refuse to do (HOBBS, 1968, chap. XXI).

Por isso, pode-se compreender a afirmativa de Heck de que o contrato politiza todas as diferenças, perfazendo a transformação ética do homem no cidadão: “Para o autor de *Emílio*, quem procura conservar na vida civil a primazia dos sentimentos de natureza não sabe o que quer. Em constante contradição, oscilando entre inclinações e deveres, ele não será nem homem nem cidadão e não será bom para si e tampouco para os outros” (HECK, 2008, p. 9). O cidadão metamorfoseado não tem privacidade¹⁸.

Como já mencionado, segundo Schmitt, o sistema de Rousseau tem uma fachada liberal, contudo, no núcleo está uma homogeneidade do povo tão forte que só há unanimidade, sem necessidade de partidos, religiões diferentes, nada que possa dividir o povo (SCHMITT, 2000, p. 13. Referência do prefácio de 1926). Na interpretação que Schmitt oferta de Rousseau, a unanimidade é tão forte que a feitura das leis

¹⁸ “O cidadão rousseauiano, não tem privacidade à qual tenha acesso, tampouco o poder de exilar-se em sua consciência ou o direito de emigrar para a intimidade de seus ideais” (HECK, 2008, p. 9).

não gera discussão: "According to Rousseau this unanimity must go so far that the laws come into existence *sans discussion*" (SCHMITT, 2000, p. 14. Referência do prefácio de 1926). Ele chega a afirmar que isso deveria implicar que em um processo judicial o acusado e o acusador deveriam querer a mesma coisa:

Even judges and parties in a suit must want the same, whereby it is never even asked which of the two parties, accused or accuser, wants the same (SCHMITT, 2000, p. 14).

Referência do prefácio de 1926). Por isso, a unanimidade não precisa de um contrato para construí-la. Como bem pontuou Heck, em formulação já anotada acima, a vontade geral é um evento, não uma construção. O contratualismo pertence a um outro mundo, um mundo liberal constituído por sujeitos individuados ao extremo, como mônodas. De fato, afirma Schmitt:

A contract assumes differences and oppositions. Unanimity, just like the general will, is either there or not and it may even be, as Alfred Weber has accurately pointed out, naturally present. Where it exists a contract is meaningless. Where it does not exist, a contract does not help. The idea of a free contract of all with all comes from a completely different theoretical world where opposing interests, differences, and egoisms are assumed. This idea comes from liberalism. The general will as Rousseau constructs it is in truth homogeneity. That is a really consequential democracy. According to the Contrat social, the state therefore rests not on a contract but essentially on homogeneity, in spite of its title and in spite of the dominant contract theory. The democratic identity of governed and governing arises from

that. (SCHMITT, 2000, p. 14. Referência do prefácio de 1926).

Portanto, uma concepção bem diferente daquela de Rawls ou de Habermas baseadas no fato do pluralismo, ou mesmo de Hobbes e Kant para quem os homens têm concepções diferentes da felicidade¹⁹.

É nesse sentido que Rousseau é considerado por Berlin um protagonista da coincidência entre liberdade e autoridade. Com feito, para que tal ocorra, segundo ele, tem que haver a alienação total, ou seja, "men shall want only that which the moral Law in fact enjoins" (BERLIN, 2002, p. 43). Considerando o conceito de natureza e ciência de Rousseau, Berlin afirma que a satisfação do querer dos homens não pode entrar em conflito:

The true satisfaction of any one man cannot clash with the true satisfaction of any other man, for if it clashed, nature would not be harmonious and one truth would collide with another, which is logically impossible (BERLIN, 2002, p. 45).

Por isso, com base no eu real dos seres humanos, pode-se dizer o que eles realmente deveriam querer, "because, if they knew what they truly wanted, they would seek what I seek." (BERLIN, 2002, p. 46). É exatamente a noção de um verdadeiro eu que permite a Rousseau fazer coincidir a liberdade e a autoridade: "it is this notion of the two selves which really does the work in Rousseau's thought." (BERLIN, 2002, p. 46). Ou seja, se o homem seguisse seu verdadeiro eu, ele quereria o bem: "if he were his true self, then he would seek the good." (BERLIN, 2002, p. 46). Ora, dessa argumentação é fácil concluir pelo direito da sociedade forçar o homem a ser livre: "qu'on le

¹⁹ Com isso não se quer opor a interpretação de Rousseau à de Rawls. Hedrick, por exemplo, sustenta que "Rawls places considerable emphasis on the Idea that his political conception of justice epitomizes the Idea of mutuality, developed imperfectly in Rousseau and Kant" (HEDRICK, 2010, p. 32). Com efeito, estaria implícita na ideia de vontade geral normas recíprocas que atenderiam igualmente ao interesse de todos (2010, p. 60). A teoria de Rawls, portanto, conectar-se-ia precisamente com o conceito rousseauiano de vontade geral, o qual se constitui em "a standpoint from which all citizens consider only what is equally in the interest of all, avoiding treating the social order as a means for leveraging their private interest at the expense of anyone else." (2010, p. 154).

forcera d'être libre." (ROUSSEAU, 1943, Livre I, chap. VII)²⁰.

Isso mostra precisamente como da mais absoluta liberdade se pode chegar ao mais absoluto despotismo (BERLIN, 2002, p. 47), pois quem conhece o verdadeiro bem das pessoas, segundo seu verdadeiro eu, pode impor a sua concepção de bem em nome do bem daquele a quem tal concepção está sendo imposta: "There is no reason why human beings should be offered choices, alternatives, when only one alternative is the right alternative" (BERLIN, 2002, p. 47). Se os homens não escolhem a alternativa certa, é porque o seu verdadeiro eu não está operando (BERLIN, 2002, p. 47). Dessa análise Berlin conclui que Rousseau criou a mitologia do verdadeiro eu em nome da qual se pode forçar as pessoas a serem livre: "The evil that Rousseau did consists in launching the mythology of the real self, in the name of which I am permitted to coerce people" (BERLIN, 2002, p. 48). Por isso, seu diagnóstico absolutamente desfavorável sobre Rousseau:

Rousseau [...] was one of the most sinister and most formidable enemies of liberty in the whole history of modern thought. (BERLIN, 2002, p. 49).

Segundo bem definiu Arendt "totalitarian pretense of having abolished the contradictions between individual and public interests" (ARENDR, 1976, p. 139).

A democracia só é incompatível com o liberalismo, segundo Habermas, justamente porque Schmitt a compreende sob a forma da homogeneidade, da identidade, da unanimidade. Assim interpretado, Rousseau é repressivo da particularidade, pois implica

pensar o contrato como um ato existencial que transforma o homem em cidadão de uma comunidade ética que se orienta pelo bem comum:

Rousseau exagerou ao máximo a sobrecarga ética do cidadão, embutida no conceito republicano de sociedade. Ele contou com virtudes políticas ancoradas no *ethos* de uma comunidade mais ou menos homogenea, integrada através de tradições culturais comuns (HABERMAS, 1997, V, I, p. 136).

Habermas acusa uma posição assim de ser repressiva dos interesses particulares:

ele [Rousseau] não pode explicar a possibilidade de uma mediação entre a requerida orientação pelo bem comum dos cidadãos e os interesses sociais diferenciados das pessoas privadas, ou melhor, não sabe dizer como é possível mediar, sem repressão, entre a vontade comum, construída normativamente, e o arbítrio dos sujeitos singulares (HABERMAS, 1997, V, I, p. 137).

Sem embargo das críticas supra mencionadas, Habermas gostaria de interpretar Rousseau de um modo mais favorável à sua própria posição. Para tal, ele opõe uma concepção de democracia baseada no exercício dos direitos humanos e uma baseada na homogeneidade étnica:

In contrast with Carl Schmitt's account, on this conception popular sovereignty and human rights, democracy and the constitutional state, are conceptually intertwined. For the initial decision to engage in democratic self-legislation can only be carried out by realizing the rights that the participants must mutually grant one another if they want to legitimately

²⁰ Ver a esse respeito PINZANI (2006). Vale a pena registrar uma outra referência de Rousseau a respeito desse assunto: «On pourrait, sur ce qui précède, ajouter à l'acquis de l'état civil la liberté morale qui seule rend l'homme vraiment maître de lui; car l'impulsion du seul appétit est esclavage, et l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté. Mais je n'en ai déjà que trop dit sur cet article, et le sens philosophique du mot liberté n'est pas ici de mon sujet» (ROUSSEAU, 1943, Livre I, chap. VIII). É possível encontrar também em Kant formulações como essa, como por exemplo: "O ato pelo qual o próprio povo se constitui em um Estado, [...] é o *contrato originário*, de acordo com o qual todos (*omnes et singuli*) no povo entregam sua liberdade externa, para imediatamente retomá-la como membros de uma república, i. e., do povo considerado como Estado (*universi*), e não se deve dizer que o homem no Estado sacrificou a um fim uma *parte* de sua liberdade externa inata, mas que ele abandonou totalmente a liberdade selvagem sem lei, para reencontrá-la sem diminuição em uma dependência legal, i. e., em um estado jurídico, porque esta dependência procede de sua própria vontade legisladora" (KANT, 2005, MS, AA 06: p. 315-316).

regulate their life in common by means of positive law. This calls in turn for a legitimacy-guaranteeing procedure of lawmaking that gives permanent form to the further elaboration of the system of rights. Following the Rousseauian formula, in this procedure all must reach the same decisions for all. Thus the basic rights spring from the very idea of the legal institutionalization of the procedure of democratic self-legislation. (HABERMAS, 1998, p. 137).

Desse modo,

the meaning of human rights is exhausted by the private enjoyment of equal liberties, whereas the exercise of political freedoms by citizens is supposed to obey a completely different logic. The meaning of democratic self-determination based on ethnic homogeneity is not the political autonomy of individual citizens but rather national independence – the self-assertion, self-affirmation, and self-realization of a nation in its specificity. This nation mediates between the rule of law and democracy: only the citizens, who have been transformed from private persons into members of a politically self-conscious nation, can participate in democratic rule. (HABERMAS, 1998, p. 136).

Habermas considera o *Contrat* como um empreendimento dúbio porque ele registra a possibilidade de um “Rousseau compreendido de forma adequada”:

From the point of view of Kant and of Rousseau (properly understood), democratic self-determination does not have the collectivistic and at the same time exclusionary meaning of the assertion of national independence and of the realization of a unique national Character (HABERMAS, 1998, p. 139).

Da mesma forma, ele se refere explicitamente à formulação da lei geral como mecanismo de configuração da igualdade, naturalmente em conjunção com a sua teoria da argumentação: “Rousseau não levou adiante esse pensamento luminoso, uma vez que ele se prendia, mais do que Kant, à tradição republicana” (HABERMAS, 1997, V. I, p. 136). Eis, então, o ponto que é importante para Habermas:

em Rousseau, o exercício da autonomia política não está mais sob a reserva de direitos naturais; o conteúdo normativo dos direitos humanos dissolve-se no modo de realização da soberania popular. Através do medium de leis gerais e abstratas, a vontade unificada dos cidadãos está ligada a um processo de legislação democrática que exclui per se todos os interesses não-universalizáveis, permitindo apenas regulamentações que garantem a todos as mesmas liberdades subjetivas. De acordo com esta ideia, o exercício da soberania do povo, conforme ao procedimento, garante também a substância do direito humano originário, delineado por Kant. (HABERMAS, 1997, V. I, p. 135-136).

Desse modo, Habermas vislumbra

o visado nexu interno entre soberania do povo e direitos humanos reside no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política. (HABERMAS, 1997, V. I, p. 137), a qual versa sobre como se forma tal vontade.

Ou seja, no caso de Habermas, será o procedimento discursivo pelo qual se forma a opinião e a vontade que garantirá a igualdade. Não é o fato de um certo conteúdo ser emitido sob a forma de uma lei geral e abstrata que assegura por si só a liberdade. Por exemplo, poderíamos pensar em uma lei que proibisse qualquer pessoa de praticar uma religião. Ela seria geral porque valeria para todos, indistintamente, mas isso não a tornaria aceitável sob o ponto de vista da igualdade, pois diferenciaria de uma forma inaceitável aquele que quisesse praticar uma religião daquele que viesse a assumir um viés ateu.

A forma do direito sem o princípio do discurso é vazia. O princípio do discurso sem a forma do direito é instável

Rousseau concebe um modelo de complementaridade entre alienação total, como ato de conversão do homem no cidadão, e mecanismo jurídico, o qual impõe as mesmas condições a todos, em razão da ge-

neralidade da lei. Esse mecanismo permite um acordo admirável entre a justiça e o interesse em relação àqueles que permanecem nas bordas da conversão à vontade geral e, portanto, não totalmente convertidos, atuam por seus interesses privados. Tal ocorre porque se pode observar uma sobreposição entre noções fundamentais ínsitas no conceito de vontade geral, como a aquela de reciprocidade e igualdade do interesse de todos²¹ e a generalidade como característica semântica da forma do direito. Porém, em razão do caráter vão ou tirânico de uma associação que mantém reservas de individualidade, ou seja, na qual a alienação não é total, Rousseau acentua, ao longo do *Contrat*, atos de conformação do eu à vontade geral nos termos de uma cultura ou forma de vida tradicional, homogeneia, sem refinamento, simples e sem sutilezas políticas, a qual daria ao cidadão um caráter virtuoso.

O primeiro intento de Habermas de mediar direitos humanos e soberania popular recupera justamente uma perspectiva descartada por Rousseau:

Si, quand le peuple suffisamment informé délibère, les citoyens n'avaient aucune communication entre eux, du grand nombre de petites différences résulterait toujours la volonté générale, et la délibération serait toujours bonne (ROUSSEAU, 1943, livre II, ch. III).

No texto de 1988²², Habermas chamou a atenção para o caráter normativo da discussão que é capaz de formar racionalmente a opinião e a vontade via discurso, bem como para aspectos sociológicos da interação entre o poder comunicativo implicado na formação discursiva da opinião e da vontade, de viés anárquico, com a esfera política institucionalizada juridicamente.

Portanto, esse texto recupera o caminho discursivo, explicitamente recusado por Rousseau, contudo, em uma perspectiva que coeteja o anarquismo, ou seja, formas de comunicação não organizadas e não estruturadas.

Como dito, a sua própria proposta finca raízes em uma solução que Rousseau reputara indevida e incompatível com a vontade geral, a discussão pública. Ele toma como mediação para tal empreendimento a obra de Fröbel, a partir da qual constrói um modelo discursivo que encontra guarida nas redes informais e não organizadas da sociedade civil que cercam as instituições políticas formais juridicamente organizadas. Esta metáfora do cerco, do sítio, se põe ainda no contexto em que o direito é pensado de uma forma bem mais ambivalente, tal qual ele é estabelecido na *Teoria da ação comunicativa*. De fato, por um lado, o direito constitui um sistema de ação em que se supõe que todas as pessoas agem estrategicamente, por outro lado, ele exige dos sujeitos a disponibilidade de obedecê-lo, o que para Habermas só poderia ser cumprido se houvesse uma remissão a razões morais (HABERMAS, 1987, T. I, p. 336-338).²³ No entanto, o direito é concebido, nessa obra, mais como um mecanismo sistêmico de colonização do mundo vivido e menos como um dispositivo vinculado a razões morais ou comunicativas. Assim, comunicação e direito são determinações que não se misturam, pois têm racionalidades diferentes. Ainda que possam se misturar, mantêm a sua consistência como bolhas isoladas. Isso significa que pode haver ilhas de comunicação em estruturas sistêmicas, como em uma empresa ou no parlamento, como pode haver o contrário, estruturas sistêmicas onde deveria haver comunicação, o que ele caracteriza como patologia. No geral, a teoria crí-

²¹ Sabidamente, Rousseau distingue a vontade de todos e a vontade geral: «Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale; celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun; l'autre regarde à l'intérêt privé, et n'est qu'une somme de volontés particulières: mais ôtez de ces mêmes volontés les plus et les moins qui s'entre-détruisent (a), reste pour somme des différences la volonté générale» (ROUSSEAU, 1943, livre 2, ch. 3). Deve-se entender que o interesse de todos nem sempre corresponde à vontade de todos. Por exemplo, uma lei que instituisse um tributo certamente seria contrária à vontade de todos, mesmo assim poderia ser no interesse de todos pagar tributos.

²² Este é o objeto do estudo de *A soberania do povo como processo* de 1988 que aparece ao final de *Direito e democracia* na parte dos *Estudos preliminares e complementares*.

²³ O direito também é analisado em HABERMAS, 1987, T. II, p. 502 e seguintes.

tica de Habermas desse período, embora esteja mais preocupada com determinações normativas, não deixa de pensar sob o ponto de vista da efetividade uma contraposição entre sistema e mundo vivido, cuja tônica é a do cerco, ou seja, pensar as estruturas comunicativas que estão presentes em associações espontâneas da sociedade civil de tal forma que cercam, sítiam, o sistema na tentativa de evitar o seu avanço sobre si mesmas, bem como diminuir o escopo do sistema para as esferas que lhe são próprias, como a economia. Segundo Habermas,

tais considerações não perderam inteiramente o contato com a realidade social. Porém nós nos interessamos apenas com as implicações normativas dessa descrição (HABERMAS, 1997, V. II, p. 272).

Esse viés é como que aperfeiçoado no cap. III de *Direito e democracia*, no qual ele desenvolve justamente o caminho jurídico sugerido por Rousseau, em conjunção com a perspectiva discursiva, agora vestida em trajes jurídicos sob a forma do direito. A perspectiva ética que fora aquela preferida por Rousseau é justamente a que Habermas critica e descarta. Em suma, parece que o modelo de solução ao problema da mediação entre liberdade pública e privada já está indicado no *Contrat*. Desse modo, pode-se afirmar que já se encontra em Rousseau uma resposta que Habermas na verdade desenvolverá, a qual foi abandonada pelo próprio Rousseau em nome do republicanismo cívico, baseado em uma forma de vida tradicional. Como bem pontuou Strauss, "Rousseau was not the first to feel that the modern venture was a radical error and to seek the remedy in a return to classical thought." (STRAUSS, 1965, p. 252). A solução para tal erro seria uma volta à liberdade dos antigos. Isso não significa que Rousseau tenha sido um reacionário, não, foi uma nova maneira de levar a modernidade à frente: "At any rate, his return to antiquity was, at the same time, an advance of modernity." (STRAUSS, 1965, p. 252).

No livro de 1992, *Direito e democracia*, a referência a Rousseau é retomada, contudo, Fröbel não é mais citado. O que

ele faz agora é vestir a sua teoria da ação comunicativa em trajes jurídicos. A reconstrução da forma jurídica que ele desenvolve torna mais candente o aspecto ambivalente da mesma, como uma determinação tanto sistêmica quanto do mundo vivido. No texto de 1988 predominara o aspecto sistêmico do direito que deve ser cercado, sitiado, pela racionalidade comunicativa e o mundo vivido, ao passo que agora em 1992 prevalece o aspecto emancipatório, haja vista o direito poder funcionar como uma correia de transmissão.

Trata-se, desse modo, no texto maduro de 1992, de ligar o mecanismo da generalidade da lei, um dos aspectos ínsitos à forma do direito a um desenho discursivo-processual da vontade geral. Ou seja, trata-se de unir dois mecanismos que Rousseau ou enjeitara, como no caso da discussão, ou abandonara ao longo do *Contrat* em nome de uma resolução ética baseada na virtude no cidadão, como é o caso do mecanismo da lei geral e abstrata. Justamente por isso Habermas registrou em *Direito e democracia* uma explicação de por que Rousseau não teria levado adiante essa ideia plausível, luminosa, de uso do mecanismo da forma do direito, a saber, a de que ele ofertara uma versão ética da autolegislação, devido a estar mais preso do que Kant à tradição republicana:

Rousseau não levou adiante esse pensamento luminoso, uma vez que ele se prendia, mais do que Kant, à tradição republicana. Ele interpretou a ideia da autolegislação mais na linha da ética do que na da moral e entendeu a autonomia como a realização consciente da forma de vida de um povo concreto. (HABERMAS, 1997, V. I, p. 136).

Como já apontado, em *Direito e democracia* a metáfora muda para a correia de transmissão. Isso ocorre porque Habermas muda a sua análise do direito. Ele mesmo registra no prefácio ao livro a distância dessa nova posição daquela de Marx. Nessa observação, ele não remete à *Teoria da ação comunicativa*. Contudo, ele diz que a relação entre direito e moral é pensada de forma diferente, não como subordinação, mas como complementaridade. Portanto, ele su-

gere que antanho a sua posição era mais coetânea com aquela de Marx, que desacreditou completamente o direito. Agora, a sua posição é a de que o direito porta uma racionalidade que traz em gérmen a essência mesma dos direitos humanos, ou seja, a generalidade e a liberdade, noções mediante as quais ele constrói o conceito de forma jurídica. Com o conceito de forma do direito assim entendida, ela se torna um meio ambivalente de integração social, justamente porque, em conjunção com as noções acima apontadas como características da forma do direito, ela também porta uma inexorável ligação com o poder enquanto determinação fática, sistêmica. Portanto, ela pode funcionar como uma correia de transmissão, na medida em que pode veicular quase todo tipo de conteúdo em uma linguagem capaz de fazer frente a determinações sistêmicas.

O que Habermas faz, então, é estabelecer uma análise da forma do direito, caracterizada pela liberdade subjetiva de ação e pela generalidade da lei, casada com a racionalidade discursiva, de tal forma que os direitos humanos se tornam como que a condição de possibilidade de uma formulação da soberania pública, via configuração jurídica, cuja forma já honra por si mesma o básico dos direitos humanos, haja a vista as semelhanças de família existentes entre a generalidade da lei e a igualdade, bem como entre a liberdade subjetiva de motivação e a liberdade subjetiva de ação sustentada pelos direitos humanos. Ou seja, a soberania popular operacionalizada pelas determinações da filosofia da consciência, se por um microssujeito como em Kant, acaba por depender de uma compreensão moral de tal sujeito, se por um macrossujeito como em Rousseau, acaba por depender de uma comunidade ética virtuosa. Logo, não se

trata do caminho moral que ele imputa a Kant e nem, claro, do caminho ético-cultural que Rousseau teria seguido. Se a teoria discursiva cumpre o que promete, ela não segue nenhum dos dois caminhos.²⁴

Nos termos como Habermas formula ou reformula um dos pontos centrais do pensamento de Hobbes, Kant e Rousseau, este último tem especial importância porque menciona três caminhos possíveis ao problema da mediação entre soberania popular e direitos humanos. O primeiro é aquele a partir das qualidades formais do direito. Esse caminho parece ser abertamente criticado por Rousseau por gerar uma associação vã ou tirânica. Contudo, parte desse caminho aparece no início do *Contrat*, em conjunção com a solução ética baseada na virtude do cidadão, a qual cede lugar ao longo da obra justamente a esta última solução, na qual se enfatizam a tradição compartilhada de uma cultura e as virtudes cívicas que têm em vista o bem-comum. Desse modo, a democracia é apresentada como um ato ético no qual uma comunidade concreta reflete sobre seus valores substantivos e tradições. Finalmente, o terceiro modelo, aquele da discussão, foi liminarmente abolido por Rousseau como sendo incompatível com a vontade geral.

Dá para entender, então, a simpatia de Habermas por Rousseau, porque este como que forneceu a chave, mas não soube como aplicá-la, o que o fez retroceder para uma solução segundo a filosofia da consciência em um macrossujeito que formata os indivíduos segundo determinações morais, mais ou menos como Kant exige a boa vontade de sujeitos que não podem querer atos contra a sua própria humanidade.²⁵ Rousseau e Kant tentaram pensar uma interpretação recíproca entre soberania popular e direitos

²⁴ O não seguimento do caminho moral levantou a acusação de que Habermas seria o defensor de um positivismo *sui generis* (MAHONEY, 2001, p. 21–40). Hedrick sustenta que Habermas concorda com o teste de pedigree para determinar o que é o direito “Habermas is in accord with Kelsen and Hart’s legal positivism: in order to determine whether a norm constitutes valid law, one looks not to its content but its pedigree” (HEDRICK, 2010, p. 105).

²⁵ Vale anotar que Kant é suficientemente sutil para permitir também a interpretação de que esse não poder querer algo contra os direitos humanos e de que aquilo que se quer não pode ser injusto (*volenti non fiat iniuria*), possa assumir uma formulação jurídica, deflacionada moralmente.

humanos, só que a tensão envolvida levou que Kant tomasse um viés mais liberal e Rousseau um viés mais republicano (HABERMAS, 1997, V. I, p. 134).

Habermas atesta que a razão e a vontade podem ser aproximadas sob as premissas da filosofia da consciência, mas isso ao preço de um sujeito hipostasiado, seja individual, seja coletivo (HABERMAS, 1997, V. I, p. 137-8). No caso de Kant, há que se pressupor um sujeito que não pode renunciar aos direitos humanos, mesmo querendo. No caso de Rousseau há que se imaginar um corpo coletivo tão identitário que as partes que o compõem não têm vontade privada, mas uma identidade completa com o todo. Ou seja, a leitura moral e a leitura ética dividem o legado dos direitos humanos, as quais, em conjunção com as premissas da filosofia do sujeito, não permitem vislumbrar a ligação existente entre a soberania popular e os direitos humanos, pois não conseguem diluir a racionalidade prática nos fluxos comunicativos de formação da opinião e da vontade. Dito claramente, há que se deslocar a formação racional da vontade dos domínios do sujeito para aquele dos discursos (HABERMAS, 1997, V. I, p. 138). É nesse deslocamento que a forma do direito desempenha papel essencial.

Se a vontade racional só pode tomar forma no indivíduo, então a autonomia privada de cada um deve ser garantida previamente à vontade pública, via direitos naturais. Por outro lado, se ela só acontece em um macrossujeito, como o povo ou a nação, então, a autonomia pública só se realiza em um povo ou nação à custa da individualidade. Neste caso, a autonomia privada só é protegida pela forma da lei geral (HABERMAS, 1997, V. I, p. 138), o que tornaria a associação vã, segundo Rousseau. Porém, se a vontade se forma nos discursos,

a legitimidade do direito apoia-se, em última instância, num arranjo comunicativo [...] Por conseguinte, o almejado nexo interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá, se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação [...] podem ser institu-

cionalizadas juridicamente. (HABERMAS, 1997, V. I, p. 138).

Logo, não pode ser uma interpretação moral dos direitos humanos nem uma interpretação ética da soberania, já que isso implicaria pôr a liberdade privada acima ou abaixo da soberania popular e não como cooriginária a ela (HABERMAS, 1997, V. I, p. 138).

Como destacado, a forma do direito tem várias características, como a coação. Ora, o verso da medalha da coação traduz um tipo de liberdade peculiar, decorrente da própria limitação da coação que não pode determinar os motivos da conduta. Por seu turno, a generalidade e abstração da lei têm clara conexão com a igualdade. Eis aí parte da substância dos direitos humanos. Portanto, o que se deve fazer para conjugar a soberania popular e os direitos humanos não é uma formulação moral ou ética, seja em termos da filosofia da consciência, seja em termos discursivos, mas formular em um marco jurídico. A estrutura do direito, por não vincular os motivos, é indiferente à moral e ao direito, o que significa dizer que a vontade pode se formar livremente via argumentação, para o que podem concorrer argumentos com motivação moral, ética, pragmática e mesmo negociações. Ou seja,

a substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica. (HABERMAS, 1997, V. I, p. 139).

Por fim, a possível vantagem da teoria discursiva sobre a filosofia da consciência pode ser explicada a partir de Rousseau. De fato, ele afirma:

Car s'il restait quelques droits aux particuliers, comme il n'y aurait aucun supérieur commun qui pût prononcer entre eux et le public, chacun étant en quelque point son propre juge prétendrait bientôt l'être en tous, l'état de nature subsisterait, et l'association deviendrait nécessairement tyrannique ou vaine (ROUSSEAU, 1943, livre I, ch. VI. Ver também VOLPATO DUTRA, 2010, p. 121-144).

Ora, com os recursos da filosofia da consciência não há como conjugar adequadamente a liberdade privada e a pública porque se aquela for levada a sério, a associação política deverá vingar-se, pois a vontade privada não tem fixidez, haja vista ser inconstante e infiel. Para resolver tal problema, Rousseau teria pensado em uma alternativa ética de determinação do indivíduo a partir de um contexto homogêneo que o tornaria virtuoso. Contudo, nesse caso, alega Habermas, haveria não só se daria a repressão da vontade privada, quanto a perda da universalidade em particularidades culturais. É aqui que a teoria discursiva faz valer a sua força, pois ela é capaz de honrar a liberdade privada e, ao mesmo tempo, aliviar seus possíveis efeitos colaterais de inconstância, sem apelar a uma forma de vida concreta, mas à coação sem coações do melhor argumento que irromper nos fluxos comunicativos, cujos procedimentos são instituídos juridicamente. Dessa forma, pode-se entender como o sistema de direitos proposto por Habermas pode unir liberdade pública e privada, sem que para tal precise assumir seja uma perspectiva puramente moral, como alegadamente seria o caso de Kant, seja ética, como seria o caso de Rousseau, nem, por fim, uma perspectiva estratégica como o *Leviathan*, mas pode conjugar todas as perspectivas nos termos de uma liberdade mais abstrata presente na forma jurídica.

Em apertada síntese, o ponto que Habermas defende é que nem Kant nem Rousseau realmente cometem um espaço adequado para o direito em suas teorias. Habermas pretende construir um sistema que honre a forma do direito, pois é esta que realiza a complementaridade entre liberdade privada e pública. Isso ocorre porque a própria soberania popular se institucionaliza juridicamente, em cuja forma se abrigam, *in nuce*, a igualdade e a liberdade, ou seja, o cerne dos direitos humanos.

Referências Bibliográficas

- ALMEIDA, Guido Antônio de. Sobre o princípio e a lei universal do Direito em Kant. *Kriterion*. n. 114, 2006, p. 209-222.
- ARENDRT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. San Diego New York London: Harcourt Brace, 1976 [1951], p. 139.
- BERLIN, Isaiah. *Freedom and its Betrayal: Six Enemies of Human Liberty*. [Edited by Henry Hardy]. London: Chatto & Windus, 2002 [1952].
- _____. *Liberty. Incorporating Four Essays on Liberty*. [Ed. by Henry Hardy]. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- BRAMHALL, John. Apud PETTIT, Philip. *Made with Words: Hobbes on Language, Mind, and Politics*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2008.
- CURRAN, Eleanor. *Reclaiming the Rights of the Hobbesian Subject*. Chippenham: Palgrave Macmillan, 2007.
- DAVIS, G. R. C. *Magna Carta*. Revised Edition, London: British Library, 1989. [http://www.fordham.edu/halsall/source/magna-carta.asp]
- DIAS, Maria Clara Marques. *Ética do discurso: uma tentativa de fundamentação dos direitos básicos*. *Síntese Nova Fase*. v. 22, n. 68, 1995, p. 87-100.
- EDWARD, Earl of Clarendon. *A Brief View and Survey of the Dangerous and Pernicious Errors to Church and State in Mr. Hobbes's Book, Entitled Leviathan*. Oxford: Bathurst, 1676.
- HABERMAS, J. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. (Trad. W. Rehg: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats). Cambridge: Polity Press, 1996.
- _____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [2 v.]. [Trad. F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. *Identidades nacionales y postnacionales*. [M. J. Redondo]. 3. ed., Madrid: Tecnos, 2007.
- _____. *Teoría de la acción comunicativa*. (2 to-

mos). [Trad. Manuel Jiménez Redondo: Theorie des kommunikativen Handelns]. Madrid: Taurus, 1987 [1981].

_____. The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights. *Meta-philosophy*. V. 41, n. 4, 2010, p. 464-480.

_____. *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*. Cambridge: MIT Press, 1998.

_____. *Theory and Practice*. [Translated by John Viertel: Theorie und Praxis]. Boston: Beacon Press, 1974 [1968].

HARE, R. M. *Freedom and Reason*. Oxford: Oxford University Press, 1965.

HECK, José N. Habermas e Rousseau: uma relação difícil. *Veritas*. v. 1, n. 2, 2008, p. 11-32.

HEDRICK, Todd. *Rawls and Habermas: Reason, Pluralism, and the Claims of Political Philosophy*. Stanford: Stanford University Press, 2010.

HEGEL, G. W. F. On the Scientific Ways of Treating Natural Law, on its Place in Practical Philosophy, and its Relation to the Positive Sciences of Right (1802-1803). In HEGEL, G. W. F. *Political Writings*. [Org. by Laurence Dickey and H. B. Nisbet. Transl. by H. B. Nisbet]. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

JAUME, Lucien. Hobbes and the Philosophical Sources of Liberalism. In SPRINGBORG, Patricia [Ed.]. *The Cambridge Companion to HOBBS'S LEVIATHAN*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 199-216.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. [Trad. J. Lamego]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

_____. *Sobre a expressão corrente: isso pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática*. [Trad. Artur Morão]. Covilhã: Lusofia Press. [Disponível em: <http://www.lusosofia.net/>].

KAUFMAN, Alexander. Reason, Self-legislation and Legitimacy: Conceptions of Freedom in the Political Thought of Rousseau and Kant. *The Review of Politics*. v. 59, n. 1, 1997, p. 25-52.

MAHONEY, Jon. Rights without Dignity? Some Critical Reflections on Habermas's Procedural Model of Law and Democracy. *Philosophy & Social Criticism*. v. 27, n. 3, 2001, p. 21-40.

MAUS, Ingeborg. Liberties and Popular Sovereignty: On Jürgen Habermas's Reconstruction of the System of Rights. In BAYNES, Kenneth, SCHOMBERG, René von. *Essays on Habermas's "Between Facts and Norms"*. Albany: SUNY, 2002, p. 89-128.

_____. *O direito e a política: teoria da democracia*. [E. Antoniuk: Zur Aufklärung der Demokratietheorie: Rechts und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant]. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. Liberties and Popular Sovereignty: on Jürgen Habermas Reconstruction of the System of Rights. *Cardozo Law Review*. v. 17, 1995-1996, p. 825-82.

NOBRE, Marcos, TERRA, Ricardo (orgs.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.

PINZANI, A., LIMA, C. M. de, DUTRA, Delamar V. [orgs.]. *O pensamento vivo de Habermas: uma visão interdisciplinar*. Florianópolis: NEFIPO, 2009. [http://www.nefipo.ufsc.br/files/2011/12/Habermas_Anais2008-3.pdf]

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999 [1971].

_____. *Justiça como equidade: uma reformulação*. [Cláudia Berliner: Justice as Fairness – A Restatement]. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996 [1993].

REHG, William. Translator's Introduction. In: HABERMAS, J. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. (Trad. W. Rehg: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats). Cambridge: Polity Press, 1996. p. IX-XXXVII.

SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. *Rousseau e as máximas do governo do Es-*

tado. Florianópolis: NEFIPO, 2010. [<http://www.nefipo.ufsc.br/files/2012/03/Sahd4.pdf>]

SCHMITT, Carl. *El Leviathan en la teoría del estado de Tomas Hobbes*. [Trad. F. J. Conde]. Granada: Comares, 2004 [1938].

SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. 6. ed., [Trans. by Ellen Kennedy: Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus]. Cambridge: MIT Press, 2000 [1923], p. 9. Referência do prefácio de 1926.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre o funda-*

mento da moral. [Trad. M. L. M. O. Cacciola]. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*. Chicago: The University of Chicago Press, 1965 [1953].

VOLPATO DUTRA, Delamar José. Remarks about Kant and Habermas: the Connection between Law and Morals. In ROHDEN, Valério, TERRA, Ricardo R., ALMEIDA, Guido Antônio de. *Recht und Frieden in der Philosophie Kants. Akten des X. Internationalen Kant-Kongresses*. Band 5. Berlin, New York: Walter de Greyter, 2008, p. 547-556.