

RESSALVA

Atendendo solicitação do(a) autor(a), o texto completo desta dissertação será disponibilizado somente a partir de 27/10/2019.

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

LUCAS JONAS FERNANDES

**NA ENCRUZILHADA DA DEMOCRACIA – UM DIÁLOGO ENTRE AS
TEORIAS DE JÜRGEN HABERMAS E HANS KELSEN**

**FRANCA
2017**

LUCAS JONAS FERNANDES

**NA ENCRUZILHADA DA DEMOCRACIA – UM DIÁLOGO ENTRE AS
TEORIAS DE JÜRGEN HABERMAS E HANS KELSEN**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

Orientador: Prof. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

FRANCA

2017

JONAS, Lucas Fernandes. **Na encruzilhada da democracia**: um diálogo entre as teorias de Jürgen Habermas e Hans Kelsen. 2017. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2017.

RESUMO

A atual pesquisa objetiva analisar o pensamento democrático, em contraponto e apontando outrossim suas semelhanças, de Jürgen Habermas e de Hans Kelsen. Partiremos do estudo do pensamento de grandes filósofos gregos e europeus, de épocas variadas, que fundaram as bases filosóficas para a compreensão da democracia, seja através de uma teoria política, seja através de uma teoria de caráter sociológico ou metafísico. Além disto, analisaremos as questões democráticas no pensamento de Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito, bem como seus escritos sociais e filosóficos, durante o segundo capítulo. Ao terceiro capítulo, analisaremos as teorias relativas à democracia propostas por Jürgen Habermas e abriremos caminho para o diálogo propriamente dito entre as teorias democráticas de ambos os autores, ocorrendo este no quarto quinto. Finalmente, proporemos uma aproximação, se possível, entre a Teoria do Agir Comunicativo de Habermas e as bases conceituais da democracia estudadas nos capítulos anteriores, a fim de verificar a atualidade e importância das teorias de Habermas, buscando ensejar a continuidade das pesquisas científicas nesta área temática.

Palavras-chave: Habermas. Kelsen. filosofia do direito. hermenêutica. democracia. teoria pura do direito. teoria do agir comunicativo.

JONAS, Lucas Fernandes. **Na encruzilhada da democracia**: um diálogo entre as teorias de Jürgen Habermas e Hans Kelsen. 2017. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2017.

ABSTRACT

The present research aims to analyze democratic thinking, in counterpoint and pointing out also its similarities, of Jürgen Habermas and Hans Kelsen. We will start from the study of the thinking of great Greek and European philosophers of varied epochs, who founded the philosophical bases for the understanding of democracy, whether through a political theory or through a theory of a sociological or metaphysical character. In addition, we will analyze the democratic issues in Hans Kelsen's thinking and his Pure Theory of Law, as well as his social and philosophical writings, during the second chapter. In the third chapter, we will analyze the theories on democracy proposed by Jürgen Habermas and open the way to the dialogue itself between the democratic theories of both authors, occurring this in the fourth chapter. Finally, we propose an approximation, if possible, between Habermas Theory of Communicative Action and the conceptual bases of democracy studied in the previous chapters, in order to verify the relevance and importance of Habermas theories, seeking to provide continuity of scientific research in this thematic area.

Keywords: Habermas. Kelsen. law philosophy. hermeneutics. democracy. pure theory of law. theory of communicative action.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 PANORAMA FILOSÓFICO DA DEMOCRACIA	16
1.1 A Democracia como Fenômeno Social da Polis.....	16
1.1.1 A visão dos antigos sobre a democracia.....	16
1.1.2 Heráclito, o Obscuro.....	18
1.1.3 Platão	24
1.1.4 Aristóteles.....	28
1.1.5 Jean-Jacques Rousseau	33
1.1.6 Immanuel Kant	35
CAPÍTULO 2 O PENSAMENTO DEMOCRÁTICO DE HANS KELSEN: UMA CONSTANTE LUTA POR LIBERDADE.....	39
2.1 O Pensamento filosófico de Kelsen como um fundamento para a validade da democracia.....	39
2.1.1 Democracia e relativismo filosófico	39
2.1.2 A transformação da ideia de liberdade	41
2.1.3 A liderança como fenômeno político-democrático	46
2.2 A Soberania Popular como Elemento da Democracia	52
CAPÍTULO 3 JÜRGEN HABERMAS: A DEMOCRACIA ENTRE FATICIDADE E VALIDADE.....	60
CAPÍTULO 4 JÜRGEN HABERMAS E HANS KELSEN: NA ENCRUZILHADA DA DEMOCRACIA	79
4.1 Democracia formal e material	79
4.1.1 Direitos fundamentais e suas dimensões de concretização	79
4.1.2 A esfera pública como espaço de efetivação democrático-deliberativa	85
CAPÍTULO 5 TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO E ESTADO DEMOCRÁTICO	

DE DIREITO.....	106
5.1 Fundamentos da Teoria do Agir Comunicativo	106
5.2 Racionalização do Direito e Diagnóstico do Presente	107
CONCLUSÃO	123
REFERÊNCIAS.....	129

INTRODUÇÃO

Hans Kelsen, a despeito de ser mais conhecido por suas contribuições ao direito positivo através de sua **Teoria Pura do Direito**, sendo tido como o criador do positivismo normativista, possuía uma veemente inclinação democrática muito exercida durante os anos da República de Weimar, sobretudo em relação ao descontentamento com as teorias de Carl Schmitt, buscando salvaguardar os direitos humanos dos ataques deste último, chegando a defender desde muito cedo a ideia das Cortes Constitucionais.

Habermas, inclusive, diz a respeito de Kelsen que este, a despeito de ser mais conhecido através de sua teoria legal, possui também importância como filósofo político e pensador das ciências sociais. Isto porque, durante o período que durou a república de Weimar Kelsen se mostrou um ferrenho defensor da democracia, sendo um dos poucos acadêmicos com proeminência e fama a ter aderido ao ideal democrático nesta época. Daí vem a famosa controvérsia entre Kelsen e Carl Schmitt, tendo este último influenciado muito mais a doutrina nazista que Kelsen, independentemente do que afirmam os críticos mais radicais deste último. Assim, Habermas afirma que Kelsen foi um defensor precoce da ideia de uma Corte Constitucional. Além disto, Kelsen idealizava um modelo de jurisdição compulsória de caráter cosmopolita, algo que estava à frente mesmo das concepções que envolveram a criação da Organização das Nações Unidas. Kelsen, finalmente, nos dizeres de Habermas, se mostrava um crítico das ideias platônicas sobretudo no que diz respeito à ideia de uma ordem normativa encontrada na natureza ao invés de uma criada através da ação humana, portanto, Kelsen representa também um ponto de ruptura com as teorias do direito natural, fundando as bases filosóficas para o desenvolvimento de uma teoria do positivismo legal (HABERMAS apud INGRAM, 2014, p. 237).

De fato, poucos críticos notaram os dizeres de Kelsen (1998, p.48) a respeito da relação entre moral e lei, e, por sua vez, destas com a democracia. No entanto, se for tomado como paradigma a definição kelseniana das funcionalidades da lei, juntamente com sua teoria da evolução da lei, ambas como importantes ferramentas capazes de assegurar a paz cooperativa entre os indivíduos da sociedade, veremos claramente que a sua teoria legalista, a despeito do que dizem muitos, se inclina

para uma dimensão de assentamento positivo e moral da democracia liberal, compartilhamento entre nações e a ideia de uma lei cosmopolitana.

Kelsen (1998, p. 50) inclusive acreditava em uma relação entre democracia e ciência, as duas estando interligadas pelo relativismo axiológico expressado no pensamento de que, a despeito de alguém considerar a existência de uma verdade absoluta ou mesmo de valores absolutos, estando estes, no entanto, ainda inacessíveis para a razão humana, este indivíduo se vê obrigado também a considerar a opinião contrária a esta, isto é, de que os valores possuem caráter meramente relativo. Desta maneira, Kelsen (2000, p.161) acredita que por permitir este diálogo e possibilitar a crença tanto em ideais absolutos quanto relativos em razoável harmonia, o relativismo filosófico é a visão por excelência que fomenta a ideia democrática.

Kelsen (2000, p. 162) recusa, de fato, por meio de seu relativismo, as verdades inexoráveis *a priori* em relação ao sistema. Disto decorre que a verdade é substituída pela Vontade Popular. Portanto, há uma primazia do pensamento da maioria em relação à verdade.

Já para Jürgen Habermas (1997, p. 139 e seg., v. 1) a relação entre moral, lei e democracia deve ser observada sob uma diferente ótica. Apesar de criticar duramente a teoria positivista de Kelsen, Habermas considerava aquele um aliado na medida em que este adentra o terreno dos direitos fundamentais, do direito dos povos e da legalidade em face da soberania.

Para Habermas (2012, p. 455 e seg., v. 1), a moralidade é baseada na força fraca das razões epistêmicas e não constitui em si uma motivação racional como no caso das razões de caráter pragmático. Assim, a lei serviria para compensar a fraqueza da força motivacional da moral em diversas áreas. Habermas passa, pois, a analisar estes conceitos morais através da ideia de princípio de discurso. Quando aplicado à moralidade, o princípio de discurso tomaria o papel de princípio de argumentação, que requer uma forte orientação cognitiva no sentido de atingir o consenso universal.

A respeito das minorias em uma regime democrático, discorda de Kelsen e afirma: “[...] requires ‘an equal opportunity for pressure, that is, an equal opportunity to influence one another during the actual bargaining, so that all the affected interests

can come into play and have equal chances of prevailing.” (HABERMAS apud INGRAM, 2014, p. 242).

No entanto, tanto Habermas (2012, p. 204 e seg., v. 1) quanto Kelsen (2000, p. 253), partindo do conceito weberiano de lei moderna, associam a democracia liberal como o equivalente à racionalização cultural. A constituição legal de indivíduos como sujeitos de direitos vem à tona, por sua vez, como uma resposta adaptativa para as transformações culturais que ocorreram durante os períodos revolucionários.

Assim, ambos defendem a democracia liberal como o regime mais eficiente para garantir promessas políticas aliadas às expectativas modernas geradas por nossa cultura e desenvolvimento racional. Há, no entanto, distinções no pensamento de ambos, mesmo em pontos que parecem concordar superficialmente. Habermas (1998, p. 411 e seg.) procura manter-se através de um ponto mais crítico e isolado, questionando a legitimidade de hipóteses aceitas com poucas reservas por Kelsen, sobretudo aquelas derivadas da **Teoria Pura do Direito**.

Analisaremos, pois, estas questões durante o desenvolvimento desta pesquisa, com a finalidade de assegurar um ângulo diferenciado de dois pensadores bastante explorados em nosso país. Trataremos do Kelsen defensor da democracia e da legalidade, assim como de um Habermas que aceita a ajuda teórica de um desafeto metafísico para a proteção dos direitos fundamentais frente às investidas de Carl Schmitt e seus seguidores. Antes de prosseguirmos, contudo, realizaremos uma breve explanação do conceito de democracia como conhecido pelos antigos gregos moradores da *polis*, os quais são seus legítimos fundadores.

Democracia, portanto, como palavra, conceito, e um conjunto de costumes, é amplamente tida como uma invenção da antiga *polis* de Atenas. Os atenienses compreendiam como democracia a participação política ativa dos *demos*, isto é, dos cidadãos adultos do sexo masculino. Este corpo político era constituído a fim de realizar medidas governamentais e decisões legais sem a influência de distinções socioeconômicas. Não havia, portanto, qualificações específicas para possuir direito ao voto, exceto a condição de cidadão (KELSEN, 2000, p. 139).

É comumente considerado que o florescimento da democracia ocorreu no período entre 508 a 322 a. C., em Atenas. Assim, antes de 322 a.C., os cidadãos de Atenas apenas governavam a si mesmos através da democracia em curtos períodos

históricos, sendo estes interrompidos por oligarquias impostas por povos estrangeiros. Não obstante, a democracia permaneceu sendo um importante elemento da política ateniense (e do antigo mundo Grego), remanescendo através dos tempos mesmo com a dominação romana.

Hans Kelsen (2000, p. 140 e seg.), por seu turno, afirma em sua obra **A Democracia** que o significado do termo democracia, originalmente tendo sido cunhado pela teoria política do povo grego, se referia ao **governo do povo**, sendo uma união entre os vocábulos *demos*, que significava povo; e *kratein*, por sua vez governo. Sua principal característica, como afirma Kelsen (2000, p. 140), consistia no fato de este fenômeno político possibilitar a participação dos súditos no próprio governo, levando-se em conta o princípio de liberdade de autodeterminação, sendo este o significado incorporado ao imaginário coletivo ocidental. Também o foi, pois, na teoria política do Ocidente, dando início a uma tradição que continua atuando profundamente na vida social nos dias contemporâneos. E a ideia revolucionária de um governo para o povo, que apresente os interesses do povo como o interesse da classe política e esta como representante do primeiro, soa-nos tão fresca, original e humana quanto esta devia soar para um grego antigo (KELSEN, 2000, p. 140 e seg.).

É um fato notório, no entanto, que a democracia grega apresentava um alto índice de exclusão social. Neste contexto, desigualdade de gênero, imperialismo, xenofobia e, sobretudo, a escravidão, eram aceitos e celebrados pelos gregos como base de sua cultura. Porém, admitir isto, não significa que negamos a importância da prática democrática cotidiana como uma invenção e uma inovação trazidas ao mundo pela luz do pensamento grego. Foi, pois, durante o período da polis grega que ideias tão duradouras e imprescindíveis para o convívio social como cidadania (independentemente de diferenças financeiras ou profissionais), igualdade política, o que garantia que o poder efetivamente se estabelecesse nas mãos da massa comum dos cidadãos (RUSSELL, 2013, p. 174).

Investigar, por conseguinte, a autoconsciência cívica ateniense envolve uma necessária contextualização do que é compreendido como democracia clássica, ou democracia ateniense. Os atenienses possuíam uma visão cultural do fenômeno democrático arraigada em sua experiência. Ou seja, a democracia era constituída não apenas do estabelecimento de certas instituições governamentais, não apenas

da participação dos cidadãos nas Assembleias, Conselhos, Cortes, e na vida militar. Mas, mormente, constituía a cristalização de ritos, costumes e práticas culturais que atingiam tanto a vida pública quanto a privada. Isto é, a cultura democrática ateniense envolvia a maneira pela qual a cidade ordenava suas matérias sagradas, suas competições olímpicas, sua produção poética, os exercícios físicos designados a seus cidadãos, os rituais de enterro dos falecidos, as concepções de posse e distribuição de propriedade, a educação infantil, o comportamento sexual, o treinamento militar, a ideia de prestígio e notoriedade pública, além da deliberação dos cidadãos a respeito das questões públicas.

*Commentators routinely acknowledge this expanded understanding of Athenian democracy when they note how inadequately the Greek word *politeia* translates 'constitution'. A city's *politeia* encompasses not only its organization of legislative, judicial, and administrative authority but also the patterns of life and ideology that distinguish its civic culture. This is abundantly clear in our sources. For instance, Pericles in his funeral oration attributes Athens' greatness to its democracy, which, he goes on to explain, refers not only to the city's form of government but also to its pervasive patterns of life. (MONOSON, 2000, p. 6).*

Assim, foram os tiranos dos séculos anteriores ao florescimento da democracia aqueles que deram o impulso inicial desta, através da realização de uma espécie de reforma agrária que possuía como objetivo ampliar a base dos cidadãos. Dentre outras medidas importantes, os tiranos deram incentivo à colonização, exilando os eupátridas, e buscando aumentar o número de artesãos e escravos estrangeiros nas dependências de Atenas. Foi neste período conhecido da história que tiveram origem as guerras médicas, resultado do conflito entre o expansionismo de Atenas e do império Persa.

O último destes tiranos foi Hípias. Em 508 a.C., Clístenes tomou a frente do governo local, através de apoio populacional massivo, dando início à democracia. Por conseguinte, Clístenes estabeleceu a divisão populacional de Atenas em cento e sessenta *demoi*, estas por trinta *tritias* espalhadas, assim como por dez tribos. Portanto, cada tribo possuía em sua composição maiores e menores proprietários, pessoas de diferentes funções e áreas de trabalho, seja marítimo, urbano ou rural. Foi neste período, ainda, instituída por Clístenes a votação secreta no rito referente ao Conselho ateniense (RUSSELL, 2013, p. 93).

Como vimos acima, portanto, um recorrente questionamento a respeito da democracia ateniense é que esta só reconhecia a igualdade entre os cidadãos do sexo masculino, negando-a às mulheres, aos escravos (do qual o desenvolvimento da sociedade dependia por permitirem o exercício da vida política aos cidadãos livrando-os do fardo das tarefas cotidianas), e aos estrangeiros. Outro possível entrave, no entanto, à democracia, de grande importância, consiste na possibilidade da maioria ter uma visão errônea sobre aquilo que seria o principal objetivo da filosofia antiga, qual seja: o bem. Este é um questionamento recorrente nas obras dos filósofos pré-Socráticos e contemporâneos à Sócrates (RUSSELL, 2013, p.111).

Inicialmente, realizaremos uma análise das ideias filosóficas que propiciaram a evolução democrática, tendo início no pensamento do pré-socrático e notório inimigo da democracia (conceito um tanto exagerado e distorcido, como veremos) Heráclito, até que atinjam o pensamento de filósofos modernos como Immanuel Kant. Foram selecionados alguns filósofos de importância superior para a questão, embora por razões de limitação bibliográfica, vários outros não serão acionados para a discussão. Isto não diminui a importância destes, mas apenas optamos por aqueles que nos pareceram tratar da questão com mais acuidade.

Em seguida, analisaremos a teoria democrática de Hans Kelsen a partir das concepções expostas por Kant em **A Paz Perpétua**, além de outros escritos importantes. Tentaremos analisar a compatibilidade de uma teoria pura do direito com a concepção de democracia e mostraremos uma faceta kelseniana desconhecida por muitos: a de ferrenho defensor dos ideais democráticos. Logo após, adentraremos na teoria democrática de Jürgen Habermas, cujo pensamento se concatena com a defesa fervorosa da democracia. Finalmente, buscaremos traçar pontos de contato entre as teorias democráticas de Kelsen e Habermas, a fim de desmistificar algumas concepções obscuras a respeito de ambos os pensadores. Analisaremos ainda os pontos de vista de ambos em relação à concretização dos direitos humanos fundamentais, sendo Kelsen considerado representante da democracia formal e Habermas da democracia material. Estudaremos estes conceitos e, novamente, desmistificaremos algumas ideais pré-concebidas, sobretudo a respeito de Kelsen. Para dar ensejo à continuidade da pesquisa, trataremos ainda um breve capítulo adicional no qual a teoria do agir comunicativo

será analisada sob um viés democrático. Está, por conseguinte, traçado nosso caminho.

CONCLUSÃO

Levando-se em conta tudo que foi exposto podemos observar como as teorias de diversos pensadores como Heráclito, Platão e Kelsen a respeito de suas concepções democráticas sofreram interpretações incompletas e rasas ao longo da história. Heráclito e Platão foram incompreendidos como inimigos da democracia, sendo confundido seu pensamento filosófico com seu pensamento político. Embora ambos tenham limites tênues, não podem ser generalizados. Se Platão critica filosoficamente a democracia, e aponta seus defeitos, isso não significa necessariamente que não a aceitasse ou, até mesmo, a aprovasse com ressalvas. Se bem lembramos, a expressão platônica denota idealismo e as próprias categorias fornecidas por Platão em **A República** são ideais. Parece-nos que Platão tinha uma visão realista e cética da democracia, considerando-a um mal menor em uma sociedade grega decadente. A verdade é que nunca saberemos ao certo e, portanto, classifica-lo como inimigo ou defensor somente da democracia, assim como a Heráclito, parece-nos algo temeroso e superficial. Esta análise desconsidera a própria atuação prática destes filósofos, sobretudo de Platão, que, de acordo com relatos de seus contemporâneos, constantemente participava das práticas da Assembléia.

Vimos, em seguida, como o ideal democrático encontrou sua derrocada no limiar da sociedade grega, sobretudo devido a perda da soberania popular, centralização do poder nas mãos do Império e, sobretudo, pela paulatina desvalorização da esfera pública e consequente valorização exacerbada da esfera privada. As guerras e a violência generalizada contribuíram para agravar essa situação, chegando a vida humana a ser considerada de menor importância em relação à posse. Posteriormente, na Idade Média, os ideais absolutistas de **bem em si** advindos de Aristóteles tiveram grande amplitude de divulgação nas obras de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, de modo que uma ideologia relativista como a democracia – de acordo com a concepção de Kelsen – seria incabível para a época. Isto ocorre principalmente pelo primado da religião e do Direito Natural, que, já popular mesmo na época dos gregos, tornou-se fonte única para as normas de conduta humanas.

Durante o renascimento e o iluminismo, a ciência começou a retornar como um elemento constitutivo do pensamento humano, logo se firmando no cerne deste. Houve um retorno aos ideais gregos e diversas descobertas gregas foram “redescobertas”, como a teoria geocêntrica, já prevista por Anaximandro. Teorias relativistas, como a de Zenão de Eleia foram retomadas e o pensamento aristotélico passou a ser contestado. A invenção do telescópio por Galileu também é considerada, de acordo com Hannah Arendt, um momento decisivo por demonstrar ao homem sua insignificância diante da quantidade inúmera de estrelas e galáxias e o ínfimo espaço que a terra ocupa em um universo infinito. Solitário entre bilhões de estrelas, o homem deixou de se considerar a medida de todas as coisas para iniciar uma jornada em direção ao relativismo filosófico, político e científico.

O relativismo, de acordo com as concepções de Kelsen, é a teoria filosófica responsável pela existência da democracia e não é de se estranhar que durante todo o reinado de teorias absolutistas, isto é, por cerca de dois milênios; e ascéticas (que possuem grande afinidade com o absolutismo já que Deus é uno e assim o é sua lei), a democracia foi incapaz de florescer novamente, restando apenas como fragmentos de obras da Antiguidade.

O relativismo permitiu a ciência a adentrar campos antes considerados sagrados e a questionar a própria existência de um sagrado, uma vez que este é absoluto. Sem o ideal relativista, Nietzsche não teria concebido a famosa expressão: “Deus está morto”. Do mesmo modo, o relativismo contribuiu para que Kelsen, assim como outros estudiosos de sua época, percebessem que as ideologias não podem ter um valor total, não constituem verdades absolutas, e podem ter vantagens ou desvantagens em relação a uns ou outros grupos ou povos. Portanto, a busca por uma **Teoria Pura do Direito** é a busca pela introdução do ideal relativista, que de tudo duvida a não ser daquilo que é objeto de experiência científica, no seio do direito, “limpando-o” de qualquer ideia absoluta. Outrossim, a teoria democrática de Kelsen é uma busca pela ideologia com menos malefícios, primeiramente. Por isto Kelsen considera a democracia menos pior, assim como Churchill e vários outros pensadores. Porque é inconcebível, após a inovação trazida pelo relativismo, que se estabeleça uma ideologia política realmente efetiva e boa para **todos**. As ideologias possuem seus defeitos e esses podem ser mitigados, mas é a democracia que

apresenta maior segurança de representatividade, por permitir ao povo participação na criação e aplicação legislativa.

Resta, portanto, totalmente elucidada a posição democrática de Kelsen, não cabendo qualquer acusação de suporte teórico dado por Kelsen à movimentos antidemocráticos e ditatoriais, mormente ao nazismo. Kelsen não favorece nenhum sistema econômico em específico, mas considera que a democracia possui maior possibilidade de desenvolvimento em um sistema de cunho capitalista.

Esta é definida por Kelsen como uma síntese dos mais importantes princípios da liberdade, visando a autodeterminação política por parte do indivíduo; e da igualdade, pressupondo a liberdade intelectual como principal fator para a existência de uma comunidade democrática. O relativismo, neste conceito, juntamente com o positivismo, aparece na obra de Kelsen como fundamento democrático que supera as concepções metafísicas relacionadas ao Direito Natural.

Kelsen afirma a importância do princípio da maioria absoluta e, assim como Rousseau, observa no sistema eleitoral um elemento vital para a democracia, por assegurar que o maior número de indivíduos possível exerça função legislativa ou influência na realização desta. Isto, de acordo com Kelsen, faz com que a vontade do Estado possa ser realmente vista como expressão de uma vontade geral.

Kelsen ainda alerta para os perigos do uso inescrupuloso da terminologia democracia e dos vocábulos que a envolvem, sobretudo liberdade e igualdade. Aponta como o socialismo faz uso desta nomenclatura para que, distorcidamente, uma ditadura do proletariado – que, na prática, não era comandada pelo proletariado – seja considerada como a “verdadeira” democrática. Alerta ainda para movimentos como o nazismo e o fascismo que utilizam ideias de **bem comum** e progresso para legitimar seus genocídios.

Por fim, Kelsen se mostrou sensível, como pudemos ver, a questões relacionadas às minorias e ao pensamento humanitário. Muito embora considerado em excesso formalista, Kelsen se mostra um adepto da denominada democracia formal sem que com isso despreze a importância de valores como a igualdade de possibilidade de participação política. Isto é, Kelsen também tem preocupação com o aspecto qualitativo, mas, até por questões cronológicas, por **Ser** em seu **Tempo**, para parafrasear Heidegger, Kelsen foi erroneamente interpretado como um adepto radical da democracia formal, **burguesa**.

Quanto ao pensamento de Habermas, observamos como o sociólogo alemão desenvolve sua teoria democrática a partir dos conceitos de legitimidade, confiabilidade, soberania popular, teoria do discurso e teoria do agir comunicativo. Vimos ainda como Habermas representa um avanço em relação a teoria kelseniana na medida em que adota uma posição materialista da democracia, dando ênfase aos direitos humanos fundamentais de segunda dimensão, isto é, aqueles que visam o aspecto qualitativo, importando-se com a liberdade, mas atentando-se ao aspecto igualitário para evitar discrepâncias sociais e expressões meramente formais da democracia. Para Habermas, portanto, não é o fato de as liberdades sociais serem garantidas por uma Lei Suprema que garante uma legitimidade para o regime democrático. Habermas apenas considera que um ordenamento pretendido como democrático possa se considerar legítimo se efetivamente houver participação política igualitária no processo de criação e aplicação da normatividade. Ou seja, enquanto Kelsen pensa mais em termos de legitimidade (formal), Habermas considera mais o aspecto da efetividade (material).

Isto, contudo, como observamos, não significa que ambos os pensadores são radicalmente opostos no que se refere à esta questão. O próprio Kelsen, apesar de dar primado a legitimidade, em suas obras democráticas, não ignora a importância da efetividade em um ordenamento democrático. O que Kelsen defende é que, somente, estas influências não adentrem a ciência do direito.

Habermas busca, além disto, superar a visão de legitimidade trazida por Kelsen, tomando como base a teoria discursiva, por nós analisada nos dois capítulos anteriores. O respeito ao procedimento, neste contexto, é insuficiente para que o procedimento democrático seja considerado legítimo. Para tanto, deve permitir a participação de todos os potenciais interessados, no interior de uma relação de diálogo, para que estes atinjam um consenso racionalmente fundado. Esta participação facultativa e isonômica à todos assegura uma legitimidade maior às decisões do executivo e do legislativo, uma vez que os cidadãos envolvidos passam a se considerar sujeitos ativos na construção do ordenamento.

A teoria de Habermas, todavia, mantém alguns pontos fundamentais em comum com a **Teoria Pura do Direito** de Kelsen, sobretudo no que se refere ao papel de destaque destinado à legalidade, a continuação de existência de uma

hierarquia entre as normas e a supremacia da Lei Fundamental, ou da Constituição, mantendo-se uma ideia piramidal das normas jurídicas.

As coações econômicas e de poder, neste contexto, aparecem como elemento pouco tratado na obra de Habermas e que possui grande influência nos acontecimentos práticos de decisão legislativa. Assim, tem-se a necessidade de determinados níveis de igualdade entre os participantes do ato comunicativo de caráter público, além de mecanismos que coíbam as influências ocasionadas pelas desigualdades socioeconômicas e culturais. Para o autor, o “modelo deliberativo não consegue cumprir todas as exigências normativas da publicidade, racionalidade e igualdade nos mais diferentes níveis e arenas da esfera pública” (LUBENOW, 2010, on-line).

Para tomar a defesa de Habermas, observamos que, como foi demonstrado ao longo desta pesquisa, o objetivo de Habermas não é fornecer princípios de caráter substantivo para justiça, mas abolir estes princípios, dando ênfase aos procedimentos deliberativos e ao agir comunicativo como fator de integração social e compensação em relação a tendência de dissenso presente em nossa sociedade constantemente tensionada por questões de facticidade e validade e, sobretudo, pelo tempo efêmero e fugidio. Habermas, por conseguinte, preconiza uma concatenação interna entre esferas públicas informais e formais, entre os recantos da autonomia pública e da autonomia privada, de modo que esta concatenação constitui o âmago normativo do chamado paradigma procedimental.

Finalmente, no último capítulo, podemos perceber como a teoria do agir comunicativo se mostra um referencial teórico fulcral para o desenvolvimento que foi realizado posteriormente na obra **Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade**. A teoria do agir comunicativo é a tentativa de Habermas de superação da filosofia da consciência. O solipsismo, como vimos, é o paradigma predominante na filosofia desde o pensamento de Platão e representa um fechamento em relação ao mundo. Heidegger busca essa abertura no conceito de *Da Sein*, Wittgenstein nas nuances da própria linguagem e Habermas no agir comunicativo racionalmente orientado. Uma dialética voltada ao tencionar de assuntos problemáticos em busca de respostas adquiridas através da comunicação racional constitui um elemento primordial da **Teoria do Agir Comunicativo**.

O que entendemos, finalmente, como uma possível crítica ao agir comunicativo é a essencial simplicidade e o idealismo de Habermas. Ao apostar na solidariedade como fator responsável para o desenvolvimento da sociedade tendo-se em vista que a personalidade apenas se constrói com a teia de relações interpessoais existentes ao longo da vida, Habermas é demasiado otimista e acaba não indo muito além do senso comum. Deveras, o senso comum parece-nos indicar exatamente este tipo de atuação comunicativa integrada com fito de participação efetiva na realização legislativa e constitucional. No entanto, a filosofia da consciência parece-nos que ainda domina soberana em relação a todas as tentativas anteriores de superá-la. Sabendo da importância do diálogo, o sujeito prefere se trancar, se fechar, e não dialogar argumentativamente. Dostoiévski disse em **Notas do Subsolo** que, ainda que a ciência positiva conseguisse prever cada ação e consequência de ação humanas, maximizando todas as possibilidades e tornando toda a trajetória da vida planejável, previsível e direcionada ao máximo bem desejável; ainda assim, o ser humano daria um jeito de acrescentar o acaso, realizar aquilo que é mais contrário ao próprio bem, simplesmente pelo fato de ser humano, pelo poder da liberdade em detrimento do bem ou da sabedoria. Assim parece-nos exatamente o caso da filosofia da consciência que, mesmo esgotada, atacada em todas as suas bases, ainda se debate entre milhões de cérebros humanos e se recusa a sucumbir. Acreditamos, portanto, que o agir comunicativo somente será deveras implementado quando a filosofia da consciência for superada na razão prática.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges (Dir.). **História da vida privada**. Org. Paulo Veyne. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ARISTÓFANES. **As Nuvens**. Trad. Jaime Bruna, Líbero Rangel de Andrade, Gilda Maria Reale Strazynski. Os Pensadores, Nova Cultural, São Paulo. 1987.

ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Nestor Silveira Chaves. ed. esp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

_____. **Ética a Nicômaco**. In: Os Pensadores vol.II. Trad. Leonel Vallandro & Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. São Paulo. Abril Cutural, 1979.

BASTELLI, Ricardo. A igualdade no Estado democrático de direito: dimensões formal, material e procedimentalista. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3961, maio 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28038/a-igualdade-no-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 12 maio 2017.

BAUDELAIRE, Charles. **Richard Wagner e Tannhäuser em Paris**. Trad. Plínio Augusto Coelho. São Paulo: Edusp, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Democracia, justiça e direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 13. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 2007.

_____. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. **Política e cultura**. Torino: Giulio Einaudi, 1955.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2006.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

DIELS, Hermann. **Die Fragmente der Vorsokratiker**. ed. Walther Kranz. Berlin: Weidmannsche, 1951.

DURKHEIM, Émile. **A Divisão do Trabalho Social**. Lisboa: Editorial Presença, 1977. 2 v.

_____. **As regras do método sociológico**. 13.ed. São Paulo: Nacional, 1987.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. Rev. Téc. Gildo Sá Leitão Rios. Rev. da Trad. Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Trad. Souza, Gilson Cesar Cardoso de. 23. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 14. ed. Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2014. 2 v.

GAUBATZ, Kurt Taylor. Kant, democracy, and history. **Journal of Democracy**, Baltimore, v. 7, n. 4, Oct. 1996. Disponível em: <<https://muse.jhu.edu/article/16778>> Acesso em: 18 fev. 2017

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**. Lisboa: D. Quixote, 1998.

_____. **Pensamento pós-metafísico**. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. **Técnica e ciência enquanto ideologia**. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os Pensadores).

_____. **Teoria do agir comunicativo**. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. 2 v.

_____. **Tiempos de transiciones**. Madrid: Trotta, 2004.

_____. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 36, p. 39-56, 1995. Disponível em: <<http://scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 9. ed. Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2014.

HERACLITUS. **The fragments of Heraclitus**. [Dallas, 20--]. Disponível em : <<http://www.heraclitusfragments.com/>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

INGRAM, David. Reconciling positivism and realism: Kelsen and Habermas on democracy and human rights. **Philosophy & Social Criticism**, Thousand Oaks, v. 40, n. 3, p. 237-267, 2014. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0191453713520164>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

KAHN, Charles. **The art and thought of Heraclitus**. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Trad. Artur Mourão. Lisboa: ed. 70, 1995.

_____. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Trad. Manuela Pinto e Alexandre Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. Trad. Rodrigo Naves e Ricardo Terra. São Paulo: Brasiliense, 1986.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do direito**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

KLEINGELD, Pauline. Kant, history and the idea of moral development. **History of Philosophy Quarterly**, Groningen, v. 16, n. 1, p. 59-80, Jan. 1999. Disponível em:

<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/8612/1_050_016.pdf;sequence=1>. Acesso em: 19 mar. 2017

LAERTIUS, Diógenes. **Lives of eminent philosophers**. Cambridge: Harvard University Press, 1972. Disponível em: <<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0258%3Abook%3D9%3Achapter%3D1>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

LANGWORTH, Richard M. **Democracy is the worst form of government, except for all the others**. Moultonborough, 2009. Disponível em: <<https://richardlangworth.com/worst-form-of-government>>. Acesso em: 18 set. 2016.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **O cru e o cozido**: Mitológicas 1. São Paulo: Cosac & Naif, 2004.

LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas. Modelo teórico e discursos críticos. **Kriterion**: Revista de Filosofia, Belo Horizonte, v. 51, n. 121, p. 227-258, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2010000100012> Acesso em: 27 maio de 2017.

MICHELMAN, Frank. **Constitutionalism**: philosophical foundations. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1998.

MONOSON, Sara S. **Plato's democratic entanglements**: Athenian politics and the practice of philosophy. Princeton: Princeton University Press, 2000.

MÜLLER, Friederich. **Teoria estruturante do direito**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

MÜLLER, Friederich. **A caminho da linguagem**. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 6. ed. Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2012.

NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. Trad. Heloísa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005.

_____. **Vontade da potência**. Trad. Antonio C. Braga e Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2010. 2 v.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

OBER, Josiah. **The making and unmaking of democracy**: lessons from history and world politics. New York: Ed. Routledge : Stanford University, 2003.

ONU. **Resolução n. 2000/47**. Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, 2000. Disponível em: <<http://www.unric.org/pt/a-democracia-e-a-onu/29048-democracia-e-direitos-humanos>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

ONU. **Democracia e direitos humanos**. Bruxelas, [20--]. Disponível em: <<http://www.unric.org/pt/a-democracia-e-a-onu/29048-democracia-e-direitos-humanos>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.

_____. **Íon**. Trad. Cláudio Oliveira. Belo Horizonte: Autêntica, 2011a.

_____. **O Banquete**. Trad. Jorge Paleikat. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011b.

_____. **República**. Trad. Enrico Corvisieri. Rio de Janeiro: Best Seller, 2002.

RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein. Trad. Laura Alves e Aurélio Rebello. – [Ed. especial]. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. In: _____. *Os Pensadores*. Tradução de Louder Santos Machado. Vol. XXIV. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. Nova York: Harper & Bros, 1942.

UNASUL. **Protocolo Adicional ao Tratado Constitutivo da UNASUL sobre Compromisso com a Democracia**. Georgetown, 2010. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_integracao/docs_UNASUL/PROT_COMP_DEM_PORT.pdf>. Acesso em: 16 maio 2017.

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. 9. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

_____. **Tractatus logico-philosophicus**. Trad. D. F. Pears & B. F. McGuinness. London: Routledge, 1974.