

O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DO DIREITO EM KANT E HABERMAS

THE PROBLEM OF LEGITIMACY OF RIGHT IN KANT AND HABERMAS

Evandro Barbosa*

Resumo: Compreender como Habermas estabelece a viabilidade de um direito positivo a partir de uma base argumentativa/discursiva. Quer dizer, como estabelecer a base legitimadora do direito em sociedades modernas, a partir de uma análise do direito em suas variações, tendo por base a especificação kantiana, de cunho racional, acerca dos elementos legitimantes de um direito positivo em relação à moral.

Palavras-chave: Habermas; Kant; Direito; Razão; Legitimidade; Legalidade; Estado.

Abstract: Understanding how Habermas establishes the feasibility of a positive right from a basic argumentative/ discursive. This is, how to establish the legitimate basis of law in modern societies from an analysis of the law in their variations, based on the specification of rational Kantian elements legitimantes a law in relation to morality.

Key-Words: Habermas; Kant; Right; Reason; Legitimacy; Legality, State.

No decorrer deste artigo, a questão em voga será explanar o desafio de uma legalidade legítima a partir da análise que Habermas faz das sociedades em que o direito foi instituído. Faz isso tendo especial preocupação com o direito moderno, ponto do qual, feito seu desmembramento, partirá uma crítica a algumas visões filosóficas que concederam ao direito uma base inconsistente.

Para tanto, far-se-á primeiramente uma apresentação da solução dada por Kant quanto à disposição entre leis jurídicas e leis éticas, bem como seu mérito inegável de conceitualização de ambas. Após, será exposta a tese habermasiana do direito como *medium*, mas principalmente um apontamento acerca de uma possível solução para seu problema de legitimação por meio de uma racionalidade instrumental imbricada num Estado de direito.

I

Kant foi um dos autores que trouxe contribuições seminais para a solução e discussão do assunto acerca das bases de legitimação do direito moderno. No ano de 1797 surge a *Metafísica dos Costumes*. Sua preocupação-mor era tentar explicar a aplicabilidade do princípio moral (esboçado na *Fundamentação*), ou seja, o imperativo

* Doutorando em Filosofia pela PUCRS. Contato: evandrobarbosa2001@yahoo.com.br.

categorico para o âmbito de uma teoria moral. Por admitir uma base contratualista, começa ele por conceber um direito natural ao indivíduo, através do qual estabelece a possibilidade de convivência entre arbítrios num Estado de direito. Para isso, admite a necessidade de leis éticas e de normas jurídicas ao dar-lhes fundamentos racionais e estabelecê-las como normas de regramento moral, conceitualizando-as.

No §A da *Doutrina do Direito*, Kant alerta para a necessidade de sua doutrina, ou melhor, do direito enquanto “[...] conjunto das leis para as quais é possível uma legislação externa” (KANT, c1993, p.14). Quer dizer, não se tratam de leis tautológicas provenientes de determinada legislação positivada. “Uma doutrina do direito meramente empírica é (como a cabeça de madeira na fábula de Fedro), uma cabeça que pode ser bela, mas infelizmente não tem cérebro” (TERRA, 1995, p. 13, §B). Agora, quanto ao conceito específico do direito, Kant afirma: “O direito é, pois, o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode ser reunido com o arbítrio do outro segundo uma lei universal da liberdade” (TERRA, 1995, p. 14, §B).

O uso do direito visa possibilitar a boa convivência entre os arbítrios humanos. Ao contrário do positivismo jurídico estrito ou um decisionismo político, não é permitida a formulação do direito de maneira arbitrária. Ele está arraigado a princípios de direito supra-positivos como base para sua legitimidade. O fato é que o conceito racional de direito é um conceito positivo, no qual estão expostas as condições sob as quais o arbítrio de um pode ser unido ao arbítrio de outrem, segundo a lei universal de liberdade.

O direito concerne à liberdade exterior, independentemente do necessário arbítrio de fazer ou deixar de fazer algo a um outro, não à liberdade interna ou moral, à independência da vontade de impulsos, necessidades e paixões (HÖFFE, 1994, p.140).

Só assim, ao implementar os princípios que devem nortear a implementação da exterioridade do direito, a doutrina do direito natural consegue garantir as exigências da legislação prática da razão.

Procedendo a partir da própria razão, a doutrina do direito natural permite estipular, em primeiro lugar, princípios racionais para a interação com outros arbítrios no estado de natureza e, em segundo lugar, princípios de constituição do estado civil, dividindo-se, assim, em duas partes essenciais (KANT, 1999, AA VI, 237, p.171) ¹.

¹ Tal “[...] divisão suprema do direito natural tem de ser aquela entre o direito no estado de natureza e o direito civil, dos quais, o primeiro é chamado o direito privado, o segundo, o direito público” (AA VI, 242).

Ao se falar em sistema do direito em Kant, há que se observar o direito positivo, instaurado em uma comunidade jurídica, cuja liberdade se dá entre sujeitos responsáveis. Só que tal direito não leva em consideração a atitude interna, uma vez que este não tem relevância jurídica para ele. “O conceito de direito exclui todo direito baseado em disposições morais e toda fiscalização de atitudes internas”(KANT, c1993, p.141).

Aqui se encontra o critério equivalente entre *Doutrina do Direito* e *Doutrina da Virtude*. Assim como o princípio de universalização obriga a vontade pessoal a cumprir as máximas auto-impostas, também o direito obriga os sujeitos de liberdade externa a cumprirem a legalidade universal, uma vez que aos deveres de direito dizem respeito somente aquelas obrigações cuja transgressão inviabilizaria *a priori* a coexistência da liberdade externa.

As leis jurídicas incidem tão somente sobre a liberdade no uso externo do arbítrio, quer dizer, na determinação do arbítrio a ações externas, pelas quais se torna capaz de influenciar a esfera de determinação do arbítrio dos outros (BECKENKAMP, 2003, p.162).

Com relação ao conceito de direito, Kant estipula três formulações gerais. Primeiro, o direito “[...] afeta somente a relação externa e certamente prática de uma pessoa com outra, tanto que suas ações, como fatos, podem influenciar-se entre si (imediate ou mediatamente)” (KANT, 1999, AAVI, 230, p.28). Somente ações externas são objetos de determinação de direito, de modo que as determinações internas da vontade fiquem isentas. Em segundo, “não significa a relação do arbítrio com o *desejo* do outro (por tanto, com a mera necessidade (*Bedürfnis*)), como nas ações benéficas o cruéis, mas tão somente com o *arbítrio* do outro” (KANT, 1999, AAVI, 230, p.28). O desejo corresponde a uma subjetividade do outro e pode não corresponder à ação praticada exteriormente. Por isso, a lei do direito não diz respeito à tal ação.

Em terceiro,

[...] nesta relação recíproca do arbítrio não se atém em absoluto à matéria do arbítrio, quer dizer, ao fim que cada qual se propõe com o objeto que quer; por exemplo, não se pergunta se alguém pode beneficiar-se ou não da mercadoria que me compra para seu próprio proveito; antes, sim, somente se pergunta pela *forma* da relação do arbítrio de ambas as partes, na medida em que se considera unicamente como *livre*, e se com ele, a ação de um pode conciliar-se com a liberdade de outro segundo uma lei universal ((KANT, 1999, AAVI, 237, p.48).

Nesse caso, o conceito de direito diz respeito justamente às condições externas sob as quais o arbítrio de um pode coexistir com o arbítrio dos demais segundo o princípio da universalidade da liberdade de todos.

Em suma, o princípio do direito exige meramente uma adequação externa de meu direito às condições que tornam possível sua coexistência universal com o arbítrio dos demais. Quando isto não for observado, ou seja, quando não for possível fazer uso da minha liberdade com respeito ao alheio, então a injustiça impera sobre meu direito. É a simples conformidade à lei que importa.

Por isso, o que se percebe é que “o procedimento seguido por Kant na *Doutrina do Direito* é característico de toda a sua filosofia prática, recorrendo ultimamente ao imperativo categórico da razão e às suas conseqüências práticas e teóricas, no caso da doutrina do direito, ao postulado jurídico da razão prática pura” (HÖFFE, 1994, p.69).

Ora, para o apreço kantiano, jamais a legalidade poderá ser resumida a uma moralidade crua.

Deveres de direito constituem *offici debiti*, isto é, são obrigações oriundas de um direito alheio. O objeto de todo dever de direito é uma ação à qual alguém pode ser obrigado por algum outro com vistas ao direito subjetivo que cabe ao último com base na lei geral do direito (HECK, 2003, p.59).

Deveres *officia debiti*, como são os de direito, não podem perscrutar estima moral e valoração humana, pois, ao serem considerados grandezas negativas passíveis de correção pelo desempenho requerido, são axiologicamente neutras.

A filosofia do direito kantiana não é mais uma mera crítica prática da razão, embora pressuponha objetivamente seus conhecimentos. Ela desenvolve um conceito racional de direito, que tem para a legislação positiva o significado de um supremo padrão de medida crítico-normativo. “Para tanto, o conceito de direito ‘é um conceito puro, todavia pressuposto na práxis...’ (RL, VI, p.205). Por isso, o filósofo não pode projetar nenhum sistema completo de direito” (HÖFFE, 1994, p.123).

Em suma, o princípio do direito exige meramente uma adequação externa do meu direito às condições que tornam possível sua coexistência universal com o arbítrio dos demais. Quando isto não for observado, ou seja, quando não for possível fazer uso da minha liberdade com respeito ao alheio, então a injustiça impera sobre o meu direito.

Nesses termos, afirma Höffe que

[...] o procedimento seguido por Kant na ‘Doutrina do Direito’ é característico de toda a sua filosofia prática, recorrendo ultimamente ao imperativo categórico da razão e às suas conseqüências práticas e teóricas, no caso da doutrina do direito, ao postulado da razão prática pura (HÖFFE, 1994, p.169).

Existe uma certa complicação dentro do sistema kantiano, na medida em que todo dever é considerado dever de virtude, ou que todos os deveres se encontram englobados pelo dever ético geral. Para melhor compreender, faz-se necessário compreender o dever ético enquanto aspecto formal de determinação da vontade. O fato é que os deveres de virtude e os deveres jurídicos encontram-se subordinados aos deveres éticos-gerais.

Direito e virtude participam da doutrina dos costumes e têm os mesmos fundamentos últimos, o que é conseqüência da unidade da razão prática; as duas legislações são provenientes da autonomia da vontade... A autonomia da vontade é o fundamento das duas legislações, o princípio supremo da doutrina dos costumes é o imperativo categórico (TERRA, 1995, P.80).

Se assim for, o direito natural realiza-se no direito positivo, justamente à medida que este fornece instrumentos coercitivos que forçam o cumprimento desse direito. Quanto ao legislador, que promulga as leis externas (positivas) a partir de uma vontade arbitrária e contingente, a sua, este deve fundamentá-las no direito natural, que funda, inclusive, sua autoridade. “A legislação civil deve realizar o direito natural, mas, por outro lado, o direito natural dá o fundamento racional à legislação positiva”(TERRA, 1995, p.95).

Mas, que fazer quando o direito positivo estiver em desavença com o direito natural? Segundo Kant, a lei positiva deve ser observada assim mesmo, haja vista ser ordem obedecer à autoridade no poder, impossibilitando a resistência. Isso é outro ponto que gera algumas tensões no pensamento kantiano.

O fato é que o conceito de dever possui intrínseco em si um conceito de coerção, o qual, todavia, difere segundo seu modo de atuação, ou seja, pode ser exterior ou, então, se expressar como uma autocoação. Esta última forma de dever, diz respeito à esfera ética de ação, tendo no imperativo sua forma mais refinada de sentença categórica através da qual o homem, enquanto ser naturalmente racional, se encontra coagido. Por sua vez, o direito tem a coação física como instrumento regularizador, quando se fizer necessário, para ações que comprometam a liberdade a âmbito universal.

II

Como se observará, Kant irá apresentar uma visível distinção entre lei ética e lei jurídica quanto à origem de cada ordenamento.

A legislação que faz da uma ação um dever e desse dever, por sua vez, um móbil, é ética. Mas a que não inclui o último na lei e, portanto, admite também outro móbil distinto da idéia mesma de dever, é jurídica (KANT, 1999B, p.24).

A saber, enquanto a ação feita conforme o dever diz respeito a uma lei imposta exteriormente (esfera da legalidade), uma ação praticada conforme o dever irá pressupor a existência de uma esfera moral de ação interior ao indivíduo, cujos limites seus encontrar-se-ão no próprio imperativo categórico postulado.

Assim como a fórmula imperativa de todo dever ético, também a lei do direito se pauta em um princípio formal. Por isso, a negatividade da lei do direito concerne à limitação de ações que não estão em conformidade com aquela, hajam vista não poderem tornar-se objeto de uma legislação universal.

Além disso, o conhecimento de estar agindo em conformidade a lei não implica uma adesão íntima a esta, “[...] de modo parecido como uma ação não adquire caráter de dever pelo fato de sua máxima haver passado incólume pelo crivo do imperativo categórico”(HECK, 2003, p.188). Ante a necessidade à omissão ou não do fazer, a lei do direito impõe o que é juridicamente necessário necessário para agir legalmente.

Deveres de direito constituem *officia debiti*, isto é, são obrigações oriundas de um direito alheio. O objeto de todo dever de direito é uma ação à qual alguém pode ser obrigado por algum outro com vistas ao direito subjetivo que cabe ao último com base na lei geral do direito (HECK, 2003, p.189).

Na *doutrina do direito*, o agente fica livre para escolher fins inerentes às suas ações, uma vez que da relação normativa entre lei e ação, é a primeira quem determina a segunda, justamente por ser um princípio cognitivo do dever. Desse modo, o arbítrio encontra-se determinado de modo *a priori* pela lei do direito, a qual implica na adesão da liberdade do agente com as demais liberdades subjetivas mediante uma lei universal. Disso não é possível abdicar.

Por sua vez, a *doutrina da virtude* não contém as leis que comandam as ações e, por isso, estabelece a simples relação entre leis e fins objetivos. “Não sendo a ação o objeto do dever ético, o princípio cognitivo da lei tem por objeto fins auto-determinados pelo arbítrio, vale dizer, para a legislação ética a única legislação adequada é aquela que o agente impõe-se a si mesmo” (HECK, 2003, p.191).

Dito isto, pode-se dizer que o direito integra o sistema moral. O fato é que ambas as legislações de liberdade - a ética e o direito - são informadas pelo imperativo categórico e pela lei jurídica, respectivamente. Contudo, ambas estão subjugadas ao princípio moral. Nesse sentido, a obrigatoriedade dos deveres nas duas legislações origina-se na razão prática e é manifestada através destes imperativos de ação. Só que a esfera da legalidade pode fazer uso da coerção para a manutenção da liberdade universal, restando à esfera moral a autocoção como condição necessária para a ética.

Por se tratar de um formalismo, parece não haver distinção material entre direito e ética. A possível distinção primeiramente visível entre os dois tipos de lei moral é formal. A distinção se apresenta, então, quando ao móbil da ação.

A mera concordância ou discrepância de uma ação com a lei, sem ter em conta os móveis da mesma, se chama de legalidade (conformidade com a lei), mas àquela em que a idéia de dever segundo a lei é, por sua vez, o móbil da ação, se chama de moralidade (eticidade) da mesma (KANT, 1999B, p. 24).

Esse critério de diferenciação entre ética e direito que se dá a nível formal, Kant o faz na medida em que distingue uma ação moral, no sentido ético, por três ângulos. Primeiramente, esta ação deve ser realizada somente para obedecer à lei do dever e nada mais. Por conseguinte, a ação só é ética quando cumprida não segundo um fim externo, mas tão somente pela máxima que a determina (no caso, pelo princípio da vontade). Em terceiro e último lugar, uma ação pode ser considerada como moral quando não for movida por inclinação alguma a não ser o respeito à lei. Em suma, para esta ação ser aceita como válida moralmente, ela não pode ser apenas coerente com o dever, mas deve também ser cumprida por dever.

O direito e a moral distinguem-se, portanto, não tanto com relação aos diferentes deveres próprios, mas, melhor dito, pela diferença de legislação que une um e outro impulso à lei. Portanto, o fator de distinção entre o ético e o jurídico é o *móbil*, dado perfeitamente plausível na filosofia jurídica kantiana na medida em que determina cada ação em sua relação direta à legislação, segundo a motivação pela qual esta se predispõe. Acatar as leis da legislação jurídica implica ater-se à legalidade, isto é, obedecer as leis com motivos alheios à idéia do dever. Já seguir as leis da legislação ética constitui-se como moralidade, isto é, obedecer às leis por puro dever.

Segundo Heck, nesta obra tardia de Kant (MC), não se trata mais da definição de legislação; antes sim, da definição de lei, uma vez que não é enfocada mais uma dupla

legislação, mas classificações de leis morais em jurídicas e éticas. Ambas dispõem de um mesmo sistema de efetivação, a saber, que

[...] a toda legislação pertence duas peças: primeiro, uma lei que representa a ação que deve ser feita como objetivamente necessária [e] [...] segundo, um incentivo que conecta o fundamento de determinação do arbítrio para tal ação subjetivamente com a representação da lei (HECK, 2003, p.181).²

Para o jurista, existe uma diferença básica dentro dessa mesma obra. Ora, enquanto que na introdução, a diferença expressa entre direito e ética se reporta ao *móbil* do arbítrio, na introdução da *Doutrina da virtude* a diferença orienta-se na dicotomia formalidade e materialidade normativa, sendo que o termo ética passa a ser definido com vistas ao motivo da ação, porém à luz de princípios materiais.

Entende Heck que:

A diferenciação entre legislação jurídica e ética, na introdução à *Metafísica dos Costumes*, incide sobre os motivos do agir, não afetando o estatuto teórico da lei, e a diferenciação entre deveres de direito e deveres de virtude, na introdução à *Doutrina da Virtude*, incide sobre a lei, reservando à observância espaço e preferências alternativas de realização (HECK, 2003, p.186).

A legislação do direito só é, por um lado, possível para leis morais que se referem ao arbítrio exterior das pessoas e, por outro, só é moralmente possível se contém leis universais da liberdade. Em Kant, a cada obrigação jurídica corresponde um dever da legislação ética. A saber, agir movido pelo simples dever sempre que não houver uma motivação externa eficaz.

No plano ético, a ação não apenas é realizada conforme o dever, mas é realizada por dever, quer dizer, o *móbil* é incluído na lei, de modo que a ação executada é perpassada por uma vontade imanente que instiga tal ato. Ao passo, no plano do direito, admite-se um *móbil* diferente da idéia do dever, sem interessar-se pela conformidade ou não da ação à lei, ou seja, sem levar em conta o *móbil*.

Nesses termos, a *doutrina da virtude* tem o grande mérito não apenas de dizer que obrigações de direito podem também ser cumpridas por dever, mas que, ao diferenciar os deveres em perfeitos e imperfeitos, num “dualismo de obrigatoriedade”,

² Ludwig, na tentativa de conciliar a terminologia diversificadora das leis da liberdade (jurídicas e éticas), observa a lei jurídica como uma “lei em uma legislação jurídica” e lei ética como uma “lei em uma legislação ética”.² Mais, tal ajuste terminológico implica na mudança de concepção de lei, qual seja, ao invés de fonte vinculante de toda legislação, uma concepção unitária de vinculação como fator de unidade entre lei e ação ou lei e fim. Desse modo, a distinção entre moralidade e legalidade ocorre paralelamente à distinção entre ética e direito, oriunda da filosofia moral kantiana. LUDWIG, Bernd. *Kant Rechtslehre*. Hrsg. Von R Brant und w. Stark. Hamburg: Meiner, 1998, p.90.

Kant não predica aos deveres de direito uma superioridade ante os deveres de virtude, do mesmo modo que não se assiste a uma obrigatoriedade moral maior àquele.

À *Doutrina do Direito* cabe o *a priori* formal da lei do direito, e à *Doutrina da Virtude*, o *a priori* material do finalismo ético do dever, com o resultado de que a lei do direito é, enquanto lei de dever das ações, a referência dos deveres perfeitos, ao passo que a lei ética, como lei de dever dos fins, é a referência dos deveres imperfeitos (deveres perfeitos e imperfeitos) (HECK, 2003, p.186).

Como o homem é, em analogia grosseira, um “pêndulo de relógio” shopenhauriano, que em Kant oscila entre a razão e sua sensibilidade, o idealista alemão admite a dificuldade de uma legislação de deveres de virtude ser capaz de dar conta das ações humanas. De qualquer forma, o arbítrio humano continua sendo capaz de ser regido por uma razão prática através de sua lei, seja ela dada pelo imperativo categórico, seja pela obrigatoriedade jurídica.

A razão pura prática legisla em Kant juridicamente, na medida em que tal lei estabelece a coerção como moralmente possível para aquelas ações das quais ela, enquanto instância legisladora, exige que sejam executadas por necessidade prática (HECK, 2003, p. 200).

A partir do momento em que a razão, em sua capacidade de regramento, é tomada como objeto de uma legalidade que compreende todo o âmbito prático, “[...] a chamada liberdade interna não tem mais condições para conceber negativamente a legalidade em face da moralidade. Com isso, deveres éticos viram direitos por baixo do pano” (HECK, 2003, p. 200).

Mas, como pode o direito obrigar? Por se constituir exteriormente à vontade do indivíduo, a autonomia da vontade não se realiza no direito do mesmo modo que na ética, pois aquele comporta móveis que introduzem a heteronomia. Todavia, isso não implica que à autonomia da vontade o direito esteja alheio. Pelo contrário, a obrigação jurídica, bem como a exigência da coexistência das liberdades segundo uma lei universal, deve basear-se na razão prática e preservar a autonomia da cada indivíduo.

Existe uma similaridade muito grande entre a liberdade como autonomia da vontade e a liberdade jurídica, pois, apesar da autonomia não se realizar tão efetivamente no plano do direito quanto no da ética, a coerção jurídica não impede a liberdade. Antes, serve como mantenedora de uma liberdade universal, a qual, sabe-se, é a condição de possibilidade para as liberdades externas, ou, se quiser, da possível convivência de arbítrios.

A especificidade do direito começa já na sua distinção em relação à ética. Ou seja, enquanto às leis jurídicas (*legalität*) corresponde as ações exteriores, a ética (*moralität*) tem sob seu domínio as ações interiores. Todavia, isso não implica que uma delas se situe fora da esfera moral.

Moral, em sentido amplo, compreende a doutrina dos costumes englobando tanto o direito quanto a ética. Por isso, não se podem tomar como correlatos os pares moral/direito e moralidade/legalidade. Uma leitura que os identificasse levaria a uma separação entre direito e ética sem apontar os elementos comuns (TERRA, 1995, p.77).³

Apesar da distinção que existe entre ética e direito, Kant identifica alguns conceitos comuns a ambas – na *doutrina do direito* e na *doutrina da virtude* –, dentre eles o dever e a obrigação. “Dever entendido como ‘a ação à qual alguém é obrigado. É pois a matéria da obrigação’; esta entendida como ‘a necessidade de uma ação livre sob um imperativo categórico’ (*Rechts*, VI, 222)”(TERRA, 1995, p. 78). Como foi visto, a diferença que se observa entre os dois campos diz respeito ao móbil. “A doutrina do direito e a doutrina da virtude se distinguem não tanto pelos deveres diferentes, como pela diferença da legislação, que liga um ou outro móbil à lei”(KANT, 1999B, VI, 220).

Por isso, na legislação jurídica, tanto os deveres quanto os móveis são exteriores, o que possibilita o julgamento do cumprimento ou não da ação e, conseqüentemente, também os meios de forçar sua realização. Já a legislação ética, por exigir que o móbil seja o respeito à lei, não pode ser uma legislação exterior, tendo em vista que ação não pode ser julgada por leis exteriores senão pelo próprio agente.

³ Terra coloca três posições possíveis com respeito à relação entre o direito e a moral. Em se tratando de uma relação divergente, Terra afirma que Solari defende a existência de uma independência do direito com relação à moral. “É a necessidade de traçar limites estritos à ação do Estado que engendra, no seio do liberalismo alemão do fim do século XVIII, a tendência de assegurar ao direito uma autonomia doutrinal tão completa quanto possível em relação à moral”(SOLARI, G. *Studi Storici di Filosofia del Diritto* (Cap.VII Scienza e metafísica del diritto in Kant). TORINO, G. Giappichelli, 1949. In: TERRA, Ricardo R.. *A política tensa: idéia e realidade na filosofia da história de Kant*. São Paulo: Iluminuras, 1995, p.83). Na mesma página, continua Terra: “Solari desenvolve a analogia apresentada por Kant entre o direito e a matemática, ‘que não seria extrínseca e simbólica mas íntima e perfeita’. O problema jurídico é pensado como o da coexistência das liberdades exteriores, como uma pluralidade de forças que estão em equilíbrio, em termos da lei da igualdade da ação e da reação”. Por outro lado, o direito é tido como vinculado à moral. Este ponto de vista é defendido por Lisser e se distingue de Solari por, pelo menos, dois aspectos fundamentais. “Em primeiro lugar, quando coloca ética em sentido restrito (doutrina da virtude) junto com o direito, como partes da ética em sentido amplo (doutrina dos costumes). Em segundo lugar, pela avaliação do conceito de liberdade e a analogia com a lei da igualdade da ação e reação” (*Idem*, p.87). Aqui, a liberdade, de acordo com o sistema kantiano, é a liberdade enquanto autonomia, o que na esfera jurídica faz cada sujeito obedecer às leis externas às quais pode aderir. Desse modo, ter-se-ia um acordo com a moral em sentido amplo e seu princípio de autonomia. O fato é que cada um destes pontos de vista partem de uma observação do sistema kantiano, simultâneo à recusa de outros aspectos. “Solari deixa de lado a doutrina dos costumes, e Lisser recusa a definição de direito e uma das definições de liberdade, para poder encontrar a coerência do sistema na noção de autonomia”(*Idem*, p.85).

Contudo, isso não significa a impossibilidade de admitir deveres de uma legislação exterior e fazê-los seus por parte da ética; desse modo, de alguma forma, os deveres pertencem a ética⁴.

III

Perguntas, ‘como compreender uma ordem jurídica considerada válida?’ ‘qual o papel do direito em sociedades modernas?’, são algumas das questões que Habermas discute e que serão tematizadas no presente texto. Em 1986, Habermas deu sua contribuição acerca do assunto em duas aulas ministradas na Universidade de Harvard, sob o título *Direito e Moral*. Por meio sua teoria do agir comunicativo, esta é sua primeira tentativa de elaborar satisfatoriamente um conceito de Direito. O qual possa dar cabo da existência moderna acerca da fundamentação e da validade do ordenamento jurídico. Faz isso tendo por base três pontos para sua abordagem: primeiro, abordar a concepção weberiana acerca da materialização do direito; segundo, a modificação das formas do direito na Alemanha; por fim, sustentar a tese de que é possível que a legalidade extraia sua legitimidade de uma racionalidade procedimental com teor moral.

Começando por uma análise da concepção weberiana de Direito, em que afirma “[...] as ordens estatais das sociedades ocidentais não são mais que desdobramentos da ‘dominação legal’” (HABERMAS, 1997, p.193), insere-se a problemática sobre a legitimidade de seu poder estar calcada na legalidade enquanto exercício do poder. Ao Direito moderno está imbricada uma ordem racional que, ao contrário de uma fé embasada em pressupostos culturais ou de tradição, é capaz de dar legitimidade ao poder estatal.

Na visão weberiana⁵, o direito dispõe de uma racionalidade própria, isto é, que não depende da moral. Nesses termos, o direito assume uma postura original, de ‘mestra’ de suas próprias suposições, sem derivações de âmbito moral, e sim de um processo de institucionalização jurídica única. Tudo isso remete ao conceito weberiano de racionalidade do direito.

⁴ Cf., MC, p.79.

⁵ Desde já, é bom que se evidencie que Habermas não concorda com a interpretação weberiana acerca do Direito moderno. “Para Habermas, a interpretação de Weber reduz toda a problemática sobre o Direito moderno ao problema da dominação legal, uma vez que, por vezes, chega a identificar a necessidade pós-tradicional de fundamentação do Direito ao processo de positivização. E isso se dá precisamente porque Weber não leva em consideração as exigências de fundamentação incorporadas ao Direito moderno, desde o séc. XVIII, pela escola do Direito natural racional” (DUTRA, 2002, p. 34).

[...] Max Weber introduziu um conceito positivista do direito, segundo o qual direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito seguindo um processo institucionalizado juridicamente. Sob esta premissa, a força legitimadora da forma jurídica não deriva de um possível parentesco com a moral. Isso significa que o direito moderno tem que legitimar o poder exercido conforme o direito, apoiando-se exclusivamente em qualidades formais próprias (HABERMAS, 1997, p.193).

A modernidade e seus avanços trouxe consigo muitos problemas de ordem jurídica de difícil solução, haja vista a complexidade da sociedade que o envolve. Agora, “o ‘medium’ do direito passa a ser utilizado num âmbito maior e a forma do direito se modifica sob os imperativos de um novo tipo de utilização” (cf. HABERMAS, 1997, p.195).

Ora, o direito possui um formalismo racional que lhe permitiria uma estruturação de normas (para que estas pudessem ser facilmente executadas) de modo hierárquico, de modo que leis fiquem sob a égide de uma *norma regia*, além de dispor de um caráter abstrato para as normas (estrutura uniforme e universal) e, este mister, que atos administrativos e jurisdicionais sejam também legais, vinculando lei à justiça. Para Weber, se houver juridificação (materialização) que se execute, não como mera tendência, o que não haverá mais será a distinção entre direito privado e direito público, bem como a hierarquia entre norma fundamental e simples lei.

Habermas expõe que o problema vislumbrado por Weber decorre do fato de que, para este, a racionalidade do direito está fundamentada nas suas qualidades formais e que, por isso, a materialização implica numa moralização do direito positivo. Segundo o autor, é do estabelecimento de um vínculo interno entre moral e direito, fazendo sucumbir a racionalidade inerente ao *médium* do direito enquanto tal, que surge a crítica de Weber a esse ponto. Se assim for, resta concluir que qualidades formais do direito são racionais e sem qualquer vinculação ao moral, ou seja, é neutro. Mas será que Habermas irá concordar com essa visão? Como há de se ver, isso não acontece.

A seguir, Weber irá conferir três sentidos ao conceito ‘racional’. O primeiro diz respeito ao seguimento de regras com vistas ao sucesso de uma ação, isto é, o uso dos meios necessários (técnicas) para a obtenção de um fim, racionalidade esta chamada de *instrumental*. O segundo sentido é a *racionalidade de fins*. Nesta, os fins da ação são dotados de um conteúdo que guia sua orientação de modo valorativo. Em terceiro, temos a *racionalidade científico-metódica*, por meio da qual se dá a sistematização dos sistemas simbólicos efetuados intelectualmente por especialistas. O fato é que o Direito

dispõe, em seu âmago, dessas três concepções de racionalidade, justamente à medida que: existe uma racionalidade científica de especialistas que lhe emprestam uma sistematicidade; existem leis públicas que asseguram a autonomia privada; e temos a institucionalização de processos para o emprego e implementação dessas leis.

Habermas analisa essas três qualidades formais que Weber entende ser fundamento suficiente para o Direito com algumas ressalvas. Para a racionalidade de regras ou então de segurança jurídica, Habermas compreende que existem certos interesses que se sobrepõe à qualquer formalidade, ou seja, se passam por princípios morais e devem ser discutidos “[...] sob o ponto de vista moral da possibilidade de universalização de interesses” (HABERMAS, 1997, p.198).

Quanto à racionalidade de fins, observa-se que, pela forma clássica da lei abstrata, que não visa preencher simples exigências formais, é possível (ou então mais viável) dar as mesmas condições de acesso e possibilidade numa sociedade de mercado, por exemplo. Contudo, para Habermas, “[...] programas de leis, dirigidos por regras, têm uma vantagem real face a programas de fins, pois a generalidade semântica os aproxima da igualdade perante a lei. E, devido ao seu caráter abstrato, e na medida em que os fatos regulados são gerais e não tocados em seu conteúdo essencial pelos contextos cambiantes, eles chegam a corresponder ao princípio mais amplo, segundo o qual aquilo que é igual tem que ser tratado de modo igual e o que é diferente tem que ser tratado de modo diferente” (HABERMAS, 1997, p.199). Nesses termos, Habermas sentencia a argumentação funcionalista weberiana como capenga, à medida que a forma de leis gerais e abstratas só pode ser justificada a partir dos princípios acima mencionados e, claro, que dispõe de um conteúdo moral. Dessa forma, admite ele a necessidade da moral para o direito, uma vez que princípios formais do direito se tornam frívolos quando destituídos de conteúdo moral.

Por sua vez, a construção de um corpo jurídico por meio de uma racionalidade técnico-científica também é deficiente. “A terceira qualidade formal, isto é, a construção científica e metódica de um corpo jurídico, configurado sistematicamente, também não é capaz, por si só, de explicar a eficácia legitimadora da legalidade” (HABERMAS, 1997, p.200). Uma explicitação, pura e simples, dos conceitos do direito não é suficiente para lhe garantir legitimidade. A legitimação pode ocorrer por esses meios, quando o trabalho profissional da doutrina jurídica vier satisfazer sua necessidade de fundamentação. Isso acontece quando o direito torna-se direito positivo.

A crítica de Habermas a Weber se estende além na medida em que este não soube separar natureza e razão de conteúdos de valor, dos quais o direito formal teria se separado. “Por isso, ele não percebe que o modelo do contrato social, do mesmo modo que o imperativo categórico, pode ser entendido como proposta para um processo, cuja racionalidade garante a correção de qualquer tipo de decisão tomada conforme um procedimento” (HABERMAS, 1997, p.201). Esta visão procedimentalista do direito só reforça a idéia habermasiana de que o direito e a moral não podem ter seus limites traçados unicamente a partir dos conceitos formal e material.

As considerações que tecemos levam, ao invés disso, à conclusão de que a legitimidade da legalidade não pode ser explicada a partir de uma racionalidade autônoma inserida na forma jurídica isenta de moral; ela resulta, ao invés disso, de uma relação interna entre o direito e a moral (HABERMAS, 1997, p., 202).

O fato é que o formalismo do Direito deve estar situado num nível mais abstrato. Do contrário, somos levados a falácias concretistas, na medida em que amarramos o formalismo do direito em geral a propriedades do Direito formal burguês. Na modernidade, os sistemas jurídicos têm por conceito-mor o processo institucionalizado juridicamente. Esta é uma questão central para Habermas, em que, segundo ele, “(...) a própria produção de normas é submetida a normas”; essa é a forma de operar procedimentalmente determinado, “[...] porém, indeterminado do ponto de vista do conteúdo”, e que “[...] torna possível o surgimento pontual de decisões jurídicas obrigatórias” (HABERMAS, 1997, p.203). Não só, também é preciso considerar que tais processos se dão colocando as decisões sob a necessidade de uma fundamentação. Desta forma, se institucionalizam discursos jurídicos que operam nos limites exteriores do processo jurídico e sob as limitações internas da produção argumentativa de bons argumentos.

Os princípios que são morais, ao adentrarem nos modernos Estados constitucionais, dirigidos tanto por princípios de ordem moral quanto de ordem jurídica, transformaram-se em direito positivo, o que prova que o caminho da fundamentação e da institucionalização passam pela moral. Por tudo isso é que Habermas adota a seguinte hipótese:

[...] a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental (HABERMAS, 1997, p.203).

Entretantes, Weber fez um diagnóstico muito acurado da sociedade moderna ao perceber a “desformalização” do direito à âmbito jurídico. Um primeiro fenômeno que se observa é a reflexividade do Direito.

No embate moralidade *versus* positividade do direito, a questão acerca da legitimidade da legalidade tem, novamente, destaque. De um lado, o direito positivo, que a cada passo dado implode seus próprios fundamentos substituindo-os por outros. “A cada mudança de governo, novos interesses tornam-se maioria, atingindo, por exemplo, o direito tributário, da família e do aluguel” (HABERMAS, 1997, p.205). Contrapondo-se paradoxalmente a esse movimento encontramos o direito moralizado, o qual “[...] apela para o direito ‘correto’, na forma de desobediência civil ou em questões do aborto, do divórcio, da proteção do meio ambiente, etc” (HABERMAS, 1997, p.206), fato que tem como pano de fundo razões sistêmicas, além do que é sabido: “[...] princípios morais, procedentes do direito racional, compõem hoje em dia o direito positivo” (HABERMAS, 1997, p.206).

Estes são pontos que se enquadram na chamada desformalização do direito, simultâneo às críticas que o direito formal faz sob o tom jocoso da chamada ‘juridificação’. Aqui, Habermas reafirma a importância de Weber para o debate atual sobre o direito, uma vez que “[...] seu [de Weber] questionamento da racionalidade da forma do direito visava a medidas para um direito, ao mesmo tempo correto e funcional” (HABERMAS, 1997, p.206). Tudo isso para tentar explicar ou, pelo menos, esclarecer o problema da legitimidade da legalidade.

Segundo Habermas, apoiado em Wolfgang Abendroth, surgiu uma metacrítica à crítica de juridificação. Afirma ela que a desformalização do direito formal rígido abre caminho “[...] à justiça e à administração se subtraírem ao poder da legislação e, com isso, da única força legitimadora do ‘processo democrático’ legislativo” (HABERMAS, 1997, p.209). Na mesma linha, Ingeborg Maus interpreta que a materialização do direito ou mesmo o direito reflexivo compromete a clássica separação dos poderes, cujo resultado é a dissolução do vínculo que liga justiça e administração à lei democrática.

O intento habermasiano, até o momento, foi apresentar “[...] o desejo interessante de analisar a racionalidade procedimental embutida no processo democrático da legislação, a fim de verificar se é possível extrair dela argumentos para uma legitimidade que se funda na legalidade” (HABERMAS, 1997, p.210). Eis a tese e pretensão a que se prestou Habermas em sua análise. Resta, por fim, um outro problema: como transmitir a racionalidade do processo de legislação para os processos

da justiça e da administração, já que a lei abstrata e geral deixou de ser a forma normal e obrigatória dos problemas de regulação do Estado social? É o que veremos a seguir.

O construtivismo do direito evidencia claramente que interpretações do direito constitucional não se limitam a suprir ou tapar furos da lei; antes sim, se prestam a desenvolver o direito de forma construtiva.

Hoje em dia, a constituição se apresenta como uma totalidade dinâmica, onde os conflitos entre bem particular e bem comum têm que ser solucionados sempre *ad hoc*, à luz de princípios constitucionais superiores e à luz de uma compreensão holista da constituição. Dissolveu-se a hierarquia que havia entre norma básica e simples lei, do mesmo modo que o caráter regulador dos direitos fundamentais (HABERMAS, 1997, p., 211).

A possibilidade de interpretação, dado o contexto da situação, da ordem jurídica pode ocasionar uma dissolução do poder legal (embasado na legalidade da lei e da medida), transpondo-o para um poder cuja legalidade se dá por intermédio de juízes. Habermas observa muito bem esse problema e lança um desafio (que, na verdade, é muito mais uma constatação negativa dessa forma de direito): “será que a justiça pode continuar preenchendo os espaços que se ampliam inevitavelmente, apoiando-se numa razão, ou seja, em argumentos controláveis intersubjetivamente?” (HABERMAS, 1997, p.212).

Os advogados de prática judicial jusnaturalista e contextualista (apoiada em valores) interpretam as premissas filosóficas de Max Weber de tal modo que processos, princípios gerais e valores concretos estão no mesmo nível. O problema surge quando direitos individuais e bens coletivos são agregados e transformados em valores equivalentes. Assim, idéias de ordem teleológicas, deontológicas e sistêmicas se supressumem uma nas outras, ou seja, se relacionam de modo ambíguo e comprometem a clareza, podendo privilegiar interesses particulares do lado mais forte.

No bojo dessa teoria procedimentalista da justiça temos vários filósofos renomados. Um deles é John Rawls, cujo modelo contratual pressupõe limitações normativas para escolha de princípios corretos. Outro é Lawrence Kohlberg, o qual faz uso de modelo de Mead: reciprocidade geral de perspectivas entrelaçadas entre si. Substitui o estado original (idealizado) pela assunção ideal de papéis, em que o sujeito que julga moralmente se coloca na posição de todos os possivelmente atingidos. Para Habermas, ambos os projetos são limitados:

No meu entender, ambos os modelos não fazem jus á pretensão cognitiva dos juízos morais. Pois, no modelo da celebração de

contratos, as idéias morais são ‘tidas como’ decisões racionais livres e, no modelo da assunção de papéis, são ‘tidas como’ atos de entendimento empático (HABERMAS, 1997, p.214).

Já Karl-Otto Apel, como o próprio Habermas, comunga da idéia de tornar a argumentação moral como núcleo para a formação racional da vontade. “A legalidade só pode produzir legitimidade, na medida em que a ordem jurídica reagir à necessidade de fundamentação resultante da positivação do direito, a saber, na medida em que forem institucionalizados processos de decisão jurídica *permeáveis* a discursos morais” (HABERMAS, 1997, p., 216). Se assim for, uma teoria procedimental nos moldes argumentativos requer uma ética do discurso, qual seja, de uma legitimação da legalidade via argumentação moral, tornando os processos jurídicos uma malha discursiva de todas as partes interessadas.

IV

Direito e moral são distintos. Enquanto o primeiro dispõe do auxílio de regras para se estabelecer, o segundo não dispõe de tal aparato, o que lhe confere uma carência. Todavia, em ambos é inevitável um nível idealizado para análise dos dois processos, no sentido de uma coerção transcendental fraca.

Na visão habermasiana, da própria fragilidade esboçada por uma racionalidade procedimental imperfeita, surge a resposta ao porquê do direito ser um regulador mais preciso em determinadas matérias do que as regras morais pós-tradicionais. “Para fundamentar normas, uma moral autônoma só dispõe de processos falibilistas” (HABERMAS, 1997, p.216).

Apel destaca este mesmo problema de imputabilidade de uma moral universalista pretensiosa, uma vez que sua justificação depende de argumentos que valham sob a condição de uma obediência geral a regras. E, como idéias morais dificilmente alcançam uma obrigatoriedade geral na prática, “(...) a ética da responsabilidade julga que a obediência e normas correspondentes só são exigíveis quando eles atingem o nível da obrigatoriedade jurídica” (HABERMAS, 1997, p.217).

É isso que torna o direito positivo mais importante quanto à sua consecução em relação à fraqueza que a moral autônoma oferece. Tais características Kant as definem como um aspecto exterior, ou seja, ações realizadas conforme o direito (e não por direito), e sem relação ao motivo ou sentimento que possa estar relacionado a ele.

Por fim, expressa-se a dependência do direito à política na medida em que o direito positivo tem suas ‘características convencionais’ dadas por um legislador político, o que a torna modificável, passível de alteração. Nessa subordinação por parto

do direito à política, eis que se apresenta, também, o caráter instrumental daquele; nisso também se diferencia da moral.

[...] diferindo das normas morais, que constituem sempre um fim em si mesmas, as normas jurídicas servem também como meios para fins políticos. Elas não existem apenas para solucionar, de modo imparcial, conflitos de ação, com é o caso da moral, mas também para a efetivação de programas políticos (HABERMAS, 1997, p.218).

O direito constitui o *medium* entre a política e a moral, uma vez que ele trata tanto de argumento jurídicos como também de argumentos morais, o que o constitui o ‘meio’ de assimilação de poderes. Em Habermas, direito e moral não é uma simples relação complementar, mas sim de entrelaçamento. Agora, “(...) a moral não paira mais ‘sobre’ o direito, como era sugerido pela construção do direito racional, tido como uma séria de normas suprapositivas: ela emigra para o direito positivo, sem perder sua identidade” (HABERMAS, 1997, p.218). Nessa medida, a moralidade se estabelece no direito numa ordem procedimental, de modo que conteúdos normativos determinados dela são extirpados, ao mesmo tempo em que se sublima num processo de fundamento e de aplicação de possíveis conteúdos normativos. Assim, o direito e a moral têm a capacidade de controlarem-se mutuamente.

No direito, a moral é controlada e limitada nos discursos jurídicos: metodicamente, na sua relação com o direito vigente; objetivamente, isto é, de forma objetiva quanto a termos e encargos de prova; socialmente, nos pressupostos para a distribuição de papéis na sociedade; e na forma temporal, no que diz respeito aos prazos de decisão. Por outro lado, na institucionalização a moral não perde seu controle racional e pode seguir sua própria lógica, pois, ainda que visivelmente controlada pelo direito, permanece intacta no seu âmago. “O próprio direito permite e estimula uma dinâmica de fundamentação, a qual transcende o direito vigente de um modo não determinado por ele” (HABERMAS, 1997, p.218).

Além disso, a crítica habermasiana às doutrinas constitucionais que seguem um princípio reconstrutivo crítico persistem. Sua fraqueza reside..

[...] no fato de elas se desenvolverem seus pontos de vista normativos fora de uma lógica da argumentação moral e fora das condições comunicativas que possibilitam uma formação discursiva da vontade. Além do mais, a formação da vontade intraparlamentar constitui apenas um segmento estreito da vida pública (HABERMAS, 1997, p.220).

V

O Direito tem uma evolução bastante peculiar. Em seus primórdios, tinha ele fundamentos que nada mais eram que prerrogativas para se exercer o poder, ou seja, não existe norma objetiva. Nos antigos impérios, existia um direito sagrado (divino) que acobertava um direito burocrático, estabelecido por um rei que, ao mesmo tempo, era o senhor supremo do tribunal. Na Idade Média, apesar de ter codificações mais elaboradas, o sistema permanecia o mesmo. De um lado, o direito canônico da Igreja e, de outro, o direito provindo de decretos imperiais.

Seria o que Weber chama de ‘duplo reino do poder tradicional’. A saber, o direito divino (natural) era legitimante do direito profano, porém não se encontrava à disposição do soberano político. Ele (o direito divino) servia apenas como um invólucro (casulo) no qual o soberano se acomodava e dali exercia seu poder profano por meio de funções de juridificação e de normatização burocrática do direito. No fim, é sempre o direito divino quem dá legitimidade ao poder instituído, ou seja, ele é a redoma que não permite ao direito profano sucumbir pelo que, perto dele, são alhures ou faíscas que não conseguem tirar o brilho deste direito. O pedestal de cristal, que o torna um supra-sumo, não lho permite isso.

Na qualidade de senhor supremo do tribunal, o soberano é submetido ao direito sagrado. Somente assim se legitima o poder secular. A manutenção piedosa da ordem jurídica intocável garante um prêmio de legitimidade para o exercício do poder político em geral (HABERMAS, 1997, p.232).

Simultaneamente, o soberano faz do direito um *médium*, qual seja, a conferência do caráter obrigatório para suas ordens e editos. Do contrário, elas não teriam força nem legitimidade para serem executadas.

Com o advento da modernidade, ocorrem dois fatos determinantes para o Direito. A cisão entre Estado e Igreja, fazendo com que o direito profano tenha que buscar outra base legitimadora à medida que sua dependência ao direito divino esvai-se. Dessa cisão, resta ao direito buscar nova base de legitimação, donde provém a ‘positivação do direito’⁶ em decorrência a tais transformações.

⁶ “Conforme o entendimento de Habermas, somente na etapa pós-convencional do Direito, portanto, no Direito moderno, as estruturas da consciência moderna materializam-se no sistema jurídico, o que aos seus olhos acontece, precisamente, com o Direito privado burguês, que se caracteriza através da positividade, da legalidade e do formalismo” (DUTRA, 2002, p. 28).

O direito encolhe, ficando reduzido a uma única dimensão, passando a ocupar apenas o lugar até então reservado ao direito burocrático dos soberanos. De outro lado, o poder do dominador político emancipa-se da ligação com o direito sagrado e torna-se independente. Esse poder político recebe a tarefa de tapar por conta própria, e através da legislação política, o vazio deixado pelo direito natural administrado teologicamente. E, no final das contas, todo o direito deve emanar da vontade soberana do legislador político (HABERMAS, 1997, p., 232).

Em sociedades de caráter pós-metafísico, o Direito agregou ao seu conceito um caráter pós-tradicional de justificação. Tal institucionalização dá-se através da institucionalização das ordens jurídicas. Nas sociedades modernas, o Direito encontra um duro desafio: aonde buscar sua legitimação. A saber, pelo caráter pós-metafísico de legitimação, a busca por uma justificação não pode dispor de elementos religiosos nem consuetudinários. Nesse ponto, à medida que um acordo normativo adota a forma de um consenso juridicamente sancionado, o único modo de saber se tal acordo é racionalmente motivado dá-se por meio do procedimento pelo qual se chega a ele, pois, nesse caso, o acordo refere-se à validade da regulação normativa, que se converte em componente da ordem legítima e vincula os agentes a determinadas orientações valorativas nos casos de matérias carentes de regulação.

Agora, a legislação passa a concernir apenas ao processo regulado politicamente e assim continua, mesmo quando se diferenciam institucionalmente de acordo com poderes do Estado. Habermas, apesar de toda elucubração do direito positivo moderno parecer querer dizer o contrário, indaga: “[...] até que ponto um direito político, modificável a bel-prazer, pode proporcionar uma autoridade com caráter obrigatório, semelhante à do direito sagrado indisponível?” (HABERMAS, 1997, p.233). A essa pergunta, o positivismo jurídico apresenta duas variantes, ambas insatisfatórias para o ex-frankfurtiano. Numa delas, o direito perde seu caráter normativo, ficando reduzido a um direito meramente instrumental. Por isso, decorre que seu momento de indisponibilidade já não existe mais. Na outra variante, detém a premissa segundo a qual “(...) o direito só pode preencher sua função nuclear de regulação de conflitos judiciais na medida em que as leis aplicadas mantiverem a normatividade no sentido de uma validade deontológica não-imperialista” (HABERMAS, 1997, p., 233). Sob esse prisma, o direito imiscui-se de qualquer vínculo moral ou político, sendo a jurisdição seu núcleo central na e através da qual pode preservar sua autonomia.

Separado da política e da moral, resta ao direito apoiar-se no sistema jurídico como núcleo institucional, único lugar em que ainda consegue manter sua forma, ou

seja, sua autonomia (essa, como visto, é a tese defendida por Luhmann). Contra essa suposição de um direito isolado temos a questão das origens históricas do direito. Ao que parece, e nos ensina a antropologia, o direito precede à gênese do poder político, enquanto que o direito sancionado pelo Estado e o poder do Estado estatuído juridicamente surgem simultaneamente na forma de poder político. Ao que parece, o direito arcaico foi quem possibilitou um poder político soberano, numa ordem recíproca de constituição do direito do Estado e do poder do Estado. Entrementes, não é fácil crer que o direito tenha sido totalmente absorvido pelo meio político ou, então, que tenha se separado completamente. Também é possível demonstrar a forte influência posta por determinadas estruturas de consciência moral no que diz respeito à relação entre Direito e poder do Estado, o que, no fundo, aponta para o modo como se dá a união entre Direito, Política e Moral. “Esse momento de indisponibilidade, que no direito moderno forma um contrapeso evidente à instrumentalização política do *médium* do direito, resulta do entrelaçamento entre política, direito e moral” (HABERMAS, 1997, p.234).

O que muda em relação ao direito arcaico, onde juízos normativos e interesses sobre fatos se mesclam e os conceitos de imputabilidade e culpa são inexistentes, é a instauração do conceito de norma jurídica, reconhecida por todos como algo obrigatório e objetivamente válido para todos, de modo que o Direito passa a ser regulado pelo monopólio do poder cristalizado pela possibilidade de sanção que a norma conteria em seu bojo. Disso decorre um caráter impessoal ao Direito, bem como de uma obrigatoriedade decorrente de sua objetividade. Por isso, a positivação da norma jurídica cria um núcleo ao qual os membros desta comunidade estão sujeitos, o que torna possível um apelo a consciência moral de cada indivíduo, de modo que ter-se-á, a um só tempo, objetividade e moralidade introduzidas pela positividade realizada pelas normas jurídicas.

Na modernidade, se o direito fosse reduzido ao poder do legislador político, a consequência inevitável será sua dissolução na política. Não obstante, isso acarretaria no próprio fim do conceito de Política. O mesmo aconteceria caso o direito positivo assumisse para si sua legitimação de uma forma dogmática de uma justiça fiel à lei, contudo sem qualquer relação à política e à moral.

A partir do momento em que a validade do direito é desligada dos aspectos da justiça, que ultrapassa as decisões do legislador, a identidade do direito torna-se extremamente difusa. Pois, neste caso, desapareceram os pontos de vista legitimadores, sob os quais o

sistema jurídico poderia ser configurado para manter determinada estrutura do *médium* do direito (HABERMAS, 1997, p.237).

À recusa de um direito sagrado profanizado e de um direito consuetudinário. O direito racional surge como possível resposta à positivação do direito moderno, capaz de garantir ‘um momento de indisponibilidade’ imprescindível ao direito positivo. É justamente com essa intenção que o direito racional foi introduzido, “[...] adquirindo significado doutrinário e jurídico imediato, não somente para considerações de filosofia do direito, mas também para as grandes codificações e para a prática judicial do desenvolvimento do direito” (HABERMAS, 1997, p.237).

Agora, no direito racional, é articulado um nível pós-tradicional de consciência moral, de forma que o direito moderno fica submetido a princípios na mesma medida em que é transposto para um nível de racionalidade procedimental.

Com a decomposição do direito natural, bem como os fundamentos religiosos e metafísicos e a desmoralização da política, o que resta é um Estado monopolizador que reduz o direito à simples meio de organização. Mas, o problema de fundamentação da positividade do direito continua mais latente, uma vez que não foi sanado; apenas é “(...) deslocado para a base mais estreita de uma ética profana pós-metafísica, desacoplada de cosmovisões” (HABERMAS, 1997, p.238).

A idéia do contrato surge como ponto nodal do direito privado burguês. Na autonomia concedida pela condição contratual oferecida há a generalização de um modo capaz de justificar moralmente o poder exercitado na forma de direito positivo e poder legal. A saber, “[...] um contrato que todo o indivíduo autônomo celebra naturalmente com todos os outros indivíduos autônomos só pode ter como conteúdo aquilo que todos, no uso da razão, podem querer ao defenderem seus respectivos interesses” (HABERMAS, 1997, p.238). O que ocorre é um pensamento procedimental que revela uma razão prática no direito natural moderno, qual seja, a razão de uma moral autônoma, presente na fundamentação de ordens políticas constituídas juridicamente.

Segundo Habermas, teorias do contrato social optaram por duas vias: explicar a positivação do direito, ou explicar a necessidade de fundamentação dessa positivação. Ambos, todavia, não foram capazes de estabelecer uma relação plausível entre indisponibilidade do direito e instrumentalidade do mesmo.

Em Hobbes, o direito positivo serve apenas como meio de organização política, de modo que o poder político não possui nenhuma conotação moral. Ao passo, em Kant, a doutrina do direito está vinculada a uma teoria moral, na visão habermasiana. Em

Kant, é o imperativo categórico o princípio geral do direito, e se encontra na base de toda legislação. A partir dele é possível deduzir o direito subjetivo originário e exigir dos demais o respeito a sua liberdade, pois está calcada em princípios gerais.

Todavia, as explicações de Hobbes e Kant são insuficientes para Habermas. Para ele, a teoria hobbesiana “[...] sacrifica a indisponibilidade do direito em favor de sua positividade”, enquanto que, com Kant, “[...] o direito moral ou natural, deduzido a priori da razão prática, ocupa a tal ponto o lugar central, que o direito corre o risco de se desfazer em moral” (HABERMAS, 1997, p.239).

VI

Partindo de um *paper* intitulado “Como es posible la legitimidad por via de legalidad”⁷, é possível reforçar a reflexão acerca do problema de legitimidade via legalidade para Jürgen Habermas. Os elementos não acrescentam nada de novo, mas servem para retomar de maneira mais resumida alguns pontos centrais já tratados.

Tendo por pressuposto a mesma pergunta que a tomada em *Direito e moral*, a saber, como é possível a legitimidade por via da legalidade?, Habermas começa seu questionamento quanto à validade do direito até então instituído. Neste capítulo, Habermas sustenta a tese segundo a qual não é possível, frente a uma autonomização do sistema jurídico, sua completa distinção em relação tanto à moral quanto à política.

Faz isso a partir três de passos-sínteses: primeiro, demonstra como o direito moderno, valendo-se de um direito natural racional, se diferencia do complexo que, na tradição, formam moral, direito e política; segundo, como, tomando o direito natural racional por fundamento, é possível o surgimento da idéia de Estado de Direito, o qual “[...] no se limita a enfrentarse impotente a uma sociedad de alta complejidad y acelerado cambio” (HABERMAS, 1991, p.131); por fim, ver como o direito e moral se complementam a partir de uma perspectiva interna a eles, já que ao menos se entrelaçam (Cf. HABERMAS, 1991, p.131).

Segundo Habermas, para se compreender que a distinção do direito com relação à moral e à política não implica sua separação, haja vista seu entrelaçamento interno (de fundamento), faz-se necessário observar a gênese do direito positivo. Na Europa, este processo começa no final da Idade Média e se estende até as grandes codificações do séc. XVIII. Com a gênese do Estado Moderno destrona-se o Estado Sacro. Todavia, até

⁷ Originalmente publicado em *Kritische Justiz*, 20 (1987), p.1-16.

então, o que havia era uma relação entre direito burocrático, posto pelo rei, e direito sacro, da Igreja.

O fato é que em todas as culturas que prevaleceram, a estrutura foi sempre a mesma: “[...] la ramificación en derecho sacro y derecho profano, quedando el derecho sacro integrado en el orden del cosmos o en una historia de la salvación, articulada en el horizonte de una de las grandes religiones universales” (HABERMAS, 1991, p.133). Ao poder metafísico de legitimação do direito na figura de um Deus, a modernidade responde com o respaldo dado à Razão, tornando-a a fonte de todo o sistema de direito. A superação dessa idéia só foi possível quando da entrada de um conceito de norma jurídica independente da situação vivida, de uma norma jurídica que está acima tanto das partes litigantes como do juízo parcial, qual seja, da instauração de uma norma jurídica prévia que se considere vinculante para todos.

Na positivação do direito, à medida que há um “direito sacro desencantado”, Habermas expõe um problema concernente à própria identidade do direito. Segundo ele, faltam os pontos de vista legitimadores pelos quais o sistema jurídico possa ser obrigado a manter e preservar uma determinada estrutura (Cf. HABERMAS, p.143). É indispensável, então, a busca de uma fundamentação capaz de manter a incondicionalidade do direito, isto é, que este não dependa de quaisquer condições.

A resposta dada pelo Direito moderno a esse problema é a institucionalização do “direito natural racional”. No direito moderno, adentra, concomitantemente ao “direito natural racional”, a idéia de uma consciência moral, “[...] que liga el derecho moderno a principios y lo asienta sobre el terreno de una racionalidad procedimental” (HABERMAS, 1991, p.144). Aqui estão dois pontos que Habermas acha problemático. Um, é a positivação do direito; outro, a necessidade de fundamentar essa positivação. Segundo ele, jamais tentaram estabelecer uma relação plausível entre os momentos de incondicionalidade e instrumentalidade que caracterizam o direito.

O direito natural racional é um ataque a um tipo de fundamentação metafísica e religiosa. Agora é o Estado, destituído de um caráter moral, que intenta converter-se em fonte exclusiva do direito. Não obstante, isso não significa dizer que o problema da fundamentação esteja resolvido. Para Habermas, tal tentativa de resolução moderna se dá no contrato. Diz ele: “Pues bien, en la idea del contrato social, esa figura de pensamiento es objeto de una interesante interpretación que tiene por fin justificar moralmente el poder ejercido en forma de derecho positivo, justificar moralmente la ‘dominación legal racional’” (HABERMAS, 1991, p.145).

Seguindo, Habermas irá demonstrar o problema de uma fundamentação do tipo hobbesiana e kantiana. Trataremos, aqui, apenas do problema kantiano. Para o frankfurtiano, o princípio geral do direito kantiano, que objetivamente subjaz a toda legislação, provém do imperativo categórico.

Disso se segue, ao princípio supremo de legislação, o direito subjetivo originário através do qual cada sujeito exige dos demais o respeito por sua liberdade na medida em que esta liberdade se põe em concordância com a liberdade de todos mediante leis universais. Quando outrora depositavam força no direito natural do tipo religioso e metafísico, Kant transporta para o direito natural racional (Cf., HABERMAS, 1991, p. 148). Contudo, em Kant, se a política e o moral passam a ser meros subordinados das leis da razão prática, logo a política perde seu poder legislador e o direito sua positividade, segundo Habermas.

Habermas afirma que existem limites entre direito e moral. Assim como em Kant, Habermas comunga da mesma idéia acerca da complementaridade que o direito presta à moral, à medida que a eficácia prática desta é duvidosa. Ao passo, o ordenamento jurídico dá melhor resposta no que diz respeito à obediência de normas, uma vez que cobra obrigatoriedade jurídica indiscriminadamente.

O direito se posta como dependência em relação à política e explica o caráter instrumental do mesmo. Enquanto que as normas morais são fins em si, as normas jurídicas são também meio para a consecução de objetivos políticos, para Habermas. Quer dizer, o direito tem importância prática para a reivindicação da vontade veiculante por parte da instância política, tanto é que fins coletivos e medidas políticas têm sua força viculante sob a forma jurídica. Por isso, o direito se situa entre a moral e a política. Serve ele de mediador e aglutinador de argumentos relativos à interpretação das leis (e aplicação das mesmas), as quais se mesclam tanto com argumentos relativos a objetivos políticos, como com argumentos relativos a justificações morais.

Por isso, a questão da legitimidade acerca de uma legislação envolve a questão da relação entre direito e moral.

Pero más que esta relación de complementariedad nos interesa el simultáneo entrelazamiento de derecho y moral. Este se produce porque en el Estado de derecho se hace uso del derecho positivo como meio para distribuir cargas de argumentación e institucionalizar vías de fundamentación y justificación que se hallan abiertas em dirección a argumentaciones morales (HABERMAS, 1991, p.167).

O direito é invadido pela moral à medida que esta tenta imigrar ao direito oferecendo-lhe o suporte necessário para a consecução de conteúdos normativos possíveis, “(...) así, un derecho procedimental y una moral procedimental pueden controlar-se ‘mutuamente’”(HABERMAS, 1991, p.168).

Não obstante, não é o direito uma limitação à moral, um impedimento restritivo que a “sufoca” em sua estruturação jurídica. Quer dizer, o direito oferece uma “brecha”, um espaço de estímulo a fundamentação e justificação moral, que pode, por vezes, transcender o próprio direito vigente (momento de indisponibilidade). Tudo se revela, então, no problema da autonomia do direito. Mas a autonomia mesma, na visão habermasiana, não pode ser dada simplesmente por um sistema jurídico.

Termina ela com a seguinte afirmação:

La autonomía no es algo que un sistema jurídico cobre por sí e para sí solo. Autónomo es un sistema jurídico solo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la producción legislativa y para la administración de justicia garantizan una formación imparcial del juicio y la voluntad común y por esta vía permiten que penetre, tanto en el derecho como en la política, una racionalidad procedimental de tipo ético. (HABERMAS, 1991, p.172)

Considerações finais

O ponto central de Habermas é bem entendido, a questão da legitimação ou justificação do direito. Para uma noção da legitimidade, Habermas apela para o princípio da Democracia como possibilidade na busca de uma fundamentação segura. Tal princípio é o resultado da conexão entre o princípio do discurso e a forma jurídica

Nesses termos, o princípio do discurso serve tanto como princípio de universalização, para a questão moral, assim como serve também como princípio da democracia, quanto ao direito. Disso resulta uma complementaridade entre direito e moral, em cujos o princípio do discurso é válido e, embora com nuances, constitui a base à qual um e outro se reportam para se lhes garantir a legitimidade.

Pelo viés de uma institucionalização jurídica, o princípio do discurso assume outra forma: a do princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A lei não é apenas o limite, mas também a condição (servindo de *medium*) para que a força comunicativa dos cidadãos se torne poder administrativo.

Podemos elencar dois pontos gerais em Habermas. Primeiro, a noção de poder comunicativo não compreenderia também substantivos como expressões da vontade

comum, antes, seria produto de sobreposições e intermediações de variedade pragmáticas, ético-política e de discurso moral. Segundo, o exercício legítimo do poder só pode ocorrer se a lei (direito) servir como *médium*, porém, dentro de um caminho em que permanece apegada à associação comunicativa. A regra junto das pessoas deve ser uma regra de lei, mas esta mesma regra (direito) deve estar unida junto às pessoas, ou seja, como Frank Michelman expressou, ter sua origem na “política jurídico-generativa”.

Contudo, esta análise dos princípios de constituição do Estado e suas justificações são parciais, a não ser que ele for acompanhado do relato de um processo em que os cidadãos são governados por eles mesmos ou engajados na política jurídico-generativa (lei em geral). O fato é que Habermas introduz o modelo procedimental como um caminho que irá contrastar com dois modelos estilizados e mais conhecidos: o liberalismo e o comunitarismo. Seria ele a terceira via desses dois modelos, numa espécie de simbiose entre os modelos acima mencionados. Dessa forma, ele tenta, sob a égide do discurso, unir autonomia pública e privada através de um modelo institucional incorporado de vários discursos práticos.

Como visto, a validade e criação (legislação) do Direito passa por três pontos centrais: positividade, legalidade e formalismo. Se assim for, o ‘edifício’ do Direito moderno (diferentemente de seus tempos de revelação de tradicionalismo) dá-se por meio da positividade oriunda da vontade de um legislador político. Por sua vez, a legalidade substitui as decisões éticas a serem tomadas pelos sujeitos de direito. Com isso, introduzem-se as categorias de responsabilidade e de culpa. Por fim, Habermas lança mão de um formalismo através do qual o Direito moderno preconiza uma liberdade em termos negativos, quer dizer, como esfera que possibilita aquele espaço em que as pessoas de direito podem exercer livremente seu arbítrio, resguardadas da intervenção estatal e/ou privada.

A funcionalidade sistêmica desempenhada por esse Direito possibilita a instauração de um padrão de comportamento que tem como eixo as ações racionais conforme fins. Contudo, isso ainda não explica como são possíveis estruturas jurídicas. Uma coisa é o Direito moderno para a institucionalização das ações racionais conforme fins; outra é como tal Direito se fundamenta. Essa é a deficiência de que padece a tese weberiana, segundo Habermas.

Weber tem o direito moderno a partir unicamente da racionalidade conforme fins, ou seja, de uma racionalidade estratégica. Ao passo, Habermas percebe justamente

que a deficiência weberiana se dá no momento em que ele não entende que a racionalidade jurídica ocorre a partir de uma esfera de valor prático-moral, por conseguinte, normativa.

Quanto a Kant, Habermas entende que o momento de indisponibilidade inserido por ele no âmago dos fundamentos morais do direito é tão elado, que o direito positivo é subsumido ao direito racional. Com isso, restaria pouco espaço para o aspecto instrumental de um direito do qual se serve o legislador político para suas tarefas de estruturação.

É o legislador político quem passa a administrar a função mediadora que antes pertencia à jurisdição. Em analogia, o que existe agora são dois mundos platônicos. De um lado a *res publica noumenon*, supra-sumo de toda ordem do direito que como idéia justificada pela razão, deve ser seguida da forma mais fiel possível; do outro, a *res publica phainomenon*, ou seja, o fenômeno social de uma ordem instituída⁸. A problemática que se insere aponta justamente para o problema da subordinação do direito e da política a simples meios de consecução para as leis da razão prática. Dessa forma, perde a política sua competência legisladora e nega-se ao direito sua positividade.

Por isso, Habermas afirma sobre Kant que sua posição acerca da legitimação do direito precisa ser reformulada no quando de uma ética discursiva e que a mesma pode ser defendida contra o ceticismo axiológico. O que antes era entendido a partir do imperativo categórico passa agora a dispor do princípio da universalização (PU). Ora, o imperativo categórico está vinculado à comunidade de seres racionais num Reino dos fins. Por isso, o imperativo categórico parece acomodar-se perfeitamente a interpretação intersubjetiva habermasiana. Nesses termos, a razão prática não pode ser senão comunicativa, no tocante à pretensão de validade universal (universalizabilidade). Cabe, então, ao indivíduo orientar a sua ação em função da comunidade universal dos seres racionais.

Habermas entende que o Direito moderno, ao realizar a distinção entre moralidade e legalidade, introduz a necessidade de justificação prática para as normas legais. Todavia, ao estabelecer a vinculação entre normas de ação e normas jurídicas, o Direito moderno remete, por sua vez, a necessidade de uma moralidade fundada em princípios. Isto é, quando um indivíduo pauta sua ação pela descrição de cunho prático

⁸ Cf., HABERMAS, 1997, p.240.

contida na lei, ele, ao mesmo tempo em que se guia pela lei, pergunta pela base de validade do Direito que, em última instância, é fornecida por princípios morais.

Dessa forma, com a introdução das características do Direito moderno, a saber, a positividade, a legalidade e o formalismo, fez-se uma exigência de fundamentação que não pode firmar-se nem a partir do sagrado, nem do tradicional.

A solução remete a um nível de consciência moral pós-tradicional, no qual as normas jurídicas, como uma criação humana histórica falível, são suscetíveis a críticas. Com isso, a exigência de universalidade das normas pressupõe o homem como sujeito de direito e que, em princípio, todos os homens sejam livres e iguais, e que são esses sujeitos os criadores do Direito enquanto tal.

Dessa forma, Habermas preza por uma autonomia do direito, porém, sem fazê-lo esquecer os elementos determinantes que lhes são os conteúdos morais, nem a determinação política que lhe subjaz.

É o que sugere Habermas ao substituir o Direito racional e adentrar na idéia de um Estado de Direito, o que dá vazão à idéia de que uma racionalidade procedimental pode assegurar ao direito positivo um momento de indisponibilidade imune há intervenções contingenciais. Na mesma medida, a divisão do poderes neste Estado de Direito é assegurada e, assim, fica assegurada sua imparcialidade. Essa foi a tentativa que Habermas faz de explicar um Estado de Direito por meio de uma teoria do discurso.

Referências

BAUM, M.. *Direito e ética na filosofia prática de Kant*. Apresentado no: *Colóquio Internacional <<Kant 2004: Posteridade e Actualidade>>*.

BAYNES, Kenneth. "Democracy and the Rechtsstaat". In: *Cambridge Companion to Kant*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 1997.

BECKENKAMP, J. *O direito como exterioridade da Legislação Prática de Kant*. *Revista Ética*, dez. 2003, v.2, n°2, p.162.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Brasília: Edunb, 1992.

DUTRA, Delamar Voltapo. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

GUYER, Paul. *Kant's System of Nature and Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Barcelona: Paidós, 1991.

_____. *Direito e democracia: entre faticidade e validad*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. V. 2.

_____. *Teoria de la acción comunicativa*. Madri: Taurus, 1999.

HECK, J.N. A dupla legislação e a classificação dos deveres em Kant. In: *Justiça e política: homenagem a Otfried Höffe*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

_____. Direito subjetivo e dever jurídico interno em Kant. *Veritas*, Porto Alegre, v.48, mar.2003, p. 59-75.

HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Barcelona: Herder, 1986.

_____. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOPARIC, Zeljko. *A semântica transcendental de Kant*. Campinas: UNICAMP, 2000.

LUDWIG, Bernd. *Kant Rechtslehre*. Hrsg. Von R Brant und w. Stark. Hamburg: Meiner, 1998, p. 90.

KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1995.

_____. *La Metafísica de las Costumbres*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1999.

JAY, Martin. "Habermas and Modernism". In: *Habermas and Modernity* (ed. Richard. J. Bernstein). Cambridge, Mass.: MIT Press Edition, 1985, p. 125-139.

OLIVEIRA, Nythamar F. "Critique of Public Reason Revisited: Kant as arbitrator between Rawls and Habermas". *Veritas*. Porto Alegre, vol. 45, nº 180, 2000, p. 583-606.

TUGENDHAT, Ernest. *Lições sobre ética*. Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

WOOD, Allen. Wood, Allen. *Kant's Moral Religion*. Ithaca, New York: Cornell University Press, 1970.

_____. *Kant's Ethical Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

Artigo recebido em: 18/08/10

Aceito em: 24/11/10