

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

MARCELO SEBASTIÃO DOS SANTOS ZELLERHOFF

**LEGITIMIDADE DO DIREITO: A MODERNA CONCEPÇÃO
MORALISTA DE JÜRGEN HABERMAS**

MARÍLIA
2009

MARCELO SEBASTIÃO DOS SANTOS ZELLERHOFF

**LEGITIMIDADE DO DIREITO: A MODERNA CONCEPÇÃO
MORALISTA DE JÜRGEN HABERMAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Nível de Mestrado - do Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito. (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientador:
Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo

MARÍLIA
2009

Zellerhoff, Marcelo Sebastião dos Santos (Marcelo S. dos S. Zellerhoff).

Legitimidade do Direito: a moderna concepção moralista de Jürgen Habermas/ Marcelo Zellerhoff; orientador: Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo. Marília, SP: [s.n.], 2009.

92 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília – Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.

1.Habermas. 2.Direito. 3.Moral. 4.Legitimidade. 5.Modernidade

CDD: 340.12

MARCELO SEBASTIÃO DOS SANTOS ZELLERHOFF

**LEGITIMIDADE DO DIREITO: A MODERNA CONCEPÇÃO
MORALISTA DE JÜRGEN HABERMAS**

Banca Examinadora da dissertação apresentada ao Programa de pós-graduação do Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Resultado:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo

1 EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. Oswaldo Giacóia Júnior

2 EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. José Geraldo Poker

Marília, _____ de _____ de 2009.

Dedico este trabalho à Edalcisa minha avó, Ary meu pai, Sara minha mãe, à Cristiane minha irmã e à pacienciosa e companheira Amanda e ao sincero amigo Augusto Henrique.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao orientador Eduardo Henrique Lopes Figueiredo pela indicação de obras proficuas, por seu incentivo e principalmente pelo direcionamento não só em ralação ao trabalho, mas, também, no que toca à vida acadêmica.

Agradeço ao corpo de docentes do Programa de Mestrado em Direito da Univem, por terem ministrado aulas enriquecedoras.

A gratidão se estende a CAPES, pela concessão de bolsa de estudos, que permite ao estudante maior dedicação às suas reflexões.

Aos companheiros de curso agradeço por termos compartilhados as mesmas preocupações que se tornaram simples procedimentos após o passar do tempo.

*“Atiramos o passado ao abismo, mas
não nos inclinamos para ver se está bem morto”.*

William Shaskespeare.

ZELLERHOFF, Marcelo Sebastião dos Santos. **Legitimidade do Direito: a moderna concepção moralista de Jürgen Habermas**. 2009. 92 f. Trabalho de Curso (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2008.

RESUMO

Este trabalho tematiza a relação entre direito e moral. É realizada uma abordagem da moral kantiana que representa um marco indispensável para a questão, assim como o direito positivo de Hans Kelsen. Dessa relação, surge na modernidade correntes que tendem a isolar o fenômeno jurídico da moral, bem como correntes que se posicionam no sentido da existência de uma conexão necessária. Em seguida, aborda-se o posicionamento de Jürgen Habermas a respeito da moral e do direito em sua teoria da sociedade. Por meio do processo da legislação o direito positivo pode receber um conteúdo moral diante da possibilidade da formação discursiva e democrática da vontade.

Palavras-chaves: Direito – Moral – Legitimidade.

ZELLERHOFF, Marcelo Sebastião dos Santos. **Legitimidade do Direito: a moderna concepção moralista de Jürgen Habermas**. 2009. 92 f. Trabalho de Curso (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2008.

ABSTRACT

This paper addresses the relationship between law and morality. It made an approach to moral Kantian which represents a crucial milestone for the issue and the positive law of Hans Kelsen. That relationship appears in the current modernity that tend to isolate the phenomenon of moral law as well as currents that are positioned towards the existence of a connection required. Then deals with the positioning of Jürgen Habermas about the morality and the law in his theory of society. Through the process of legislation the law can receive a positive moral content at the possibility of discursive formation and democratic will.

Key words: Law – Moral – Legitimacy

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 – LEITURA INTERNA DOS PRESSUPOSTOS NORMATIVOS DA LEGITIMIDADE DO DIREITO.....	16
1.1 A questão da moral.....	16
1.2 Duas visões do conceito de direito em Immanuel Kant	23
1.3 O direito positivo	28
1.4 O normativismo positivo de Hans Kelsen	29
1.5 Da relação entre direito moral na modernidade.....	34
2 – LEITURA EXTERNA DOS PRESSUPOSTOS FÁTICOS DA LEGITIMIDADE DO DIREITO.....	38
2.1 Prévio diagnóstico habermasiano da modernidade	40
2.2 A modernidade em Max Weber	42
2.3 A burocracia em Max Weber	44
2.4 O posicionamento habermasiano sobre a leitura de Max Weber.....	46
2.5 A teoria da modernidade em Jürgen Habermas.....	49
2.6 A categoria do direito.....	49
2.6.1 Da razão prática à razão comunicativa	49
2.6.2 - O agir comunicativo.....	51
2.6.3 Dimensões da validade do direito.....	55
2.6.4 O Direito como mediun da tensão entre facticidade e validade: positividade e aceitabilidade racional.....	59
3 – DIREITO E MORAL NA PERCEPÇÃO HABERMASIANA.....	64
3.1 O conceito weberiano de racionalidade do direito.....	64
3.2 A desformalização do direito a luz de três interpretações diferentes.....	69
3.3 A racionalidade de processos institucionalizados por intermédio do direito.....	70
4 – PARA A IDÉIA DE ESTADO DE DIREITO.....	75
4.1 O entrelaçamento entre direito, moral e política.....	75
4.2 A substituição do direito racional pela idéia de Estado de Direito.....	78
4.3. A fundamentação do direito.....	80
CONCLUSÕES.....	89
REFERÊNCIAS.....	91

INTRODUÇÃO

A temática que gira em torno da legitimidade é de suma importância para o estudo do Direito. Com isso, antes de apresentar o caminho que este trabalho percorrerá, explicitando o ponto de vista dos autores aqui presentes, é necessário abordar o problema da legitimidade como forma de justificativa para as argumentações procedentes.

A legitimidade é uma categoria que permite ser estudada por meio de diversas sugestões advindas da teoria política. Sua elasticidade lhe permitiu sobreviver aos tempos modernos e pressupõe-se que terá vida longa dentro das estruturas sociais. Com isso, tem-se questionado sobre os fundamentos da legitimidade do poder político, bem como da ordem jurídica, diante das inúmeras configurações que ela apresenta ao longo do tempo.

Justificar a existência e atuação de um poder, assim como a sua aceitação por parte dos destinatários, é tema historicamente tratado. Jean-Jacques Rousseau (1987, p. 25) afirmava que “o mais forte nunca é suficientemente forte para ser sempre o senhor, senão transformando sua força em direito e a obediência em dever”. Essa preocupação de outrora em encontrar fundamento para a obediência geral parece transpor as barreiras do tempo e encontra acolhida nos dias atuais. A modernidade e todas as inovações que dela decorrem necessitam intensamente de bons argumentos para fundamentar a legitimidade do poder político e dos ordenamentos que estruturam a sociedade.

Guglielmo Ferrero (1998, p.81) entende bem a questão da problemática da legitimidade do poder e das ordens jurídicas, pois “os princípios de legitimidade são justificações do Poder (...); entre todas as desigualdades humanas, nenhuma tem tanta necessidade de se justificar ante a razão como a desigualdade estabelecida pelo Poder”. Disso decorre que se todo poder tem como aspiração a continuidade no tempo, nada mais favorável à obtenção de consentimento que se coadunar com os valores morais difusos na comunidade política. O pronto reconhecimento racional dos princípios legitimadores do poder neutraliza a tensão permanente, evidenciada em momentos históricos, da relação mando e obediência.

O século XVIII que inaugura o Estado de Direito também trás consigo a problemática reconfigurada da legitimidade que passa a se entrelaçar com a questão da legalidade. Direito e lei, legitimidade e legalidade identificam-se acentuadamente. Isso favorece sobremaneira no curso do século XX os estudos de Max Weber, que elabora um modelo de legitimidade racional - legal. Seu modelo representa e descreve os Estados que se

configuram a partir do direito positivo. Isso favorece ordens de domínio circunscritas por modelos jurídicos racionais – formais, abstratos, gerais e marcados pela impessoalidade.

Por ser um marco nas ciências sócias é de Max Weber que se extrai o *conceito* de legitimidade. Ao que parece, Max Weber não se preocupa com a questão fundante da validade da ordem jurídica. Ao estabelecer *as formas de dominação* sua preocupação repousa mais nos motivos que levam os sujeitos a obedecerem a uma ordem de domínio posta.

Assim, os “modos de crença na legitimidade” se configuram na principal forma de se obter estabilidade, bem como manter o poder político de forma duradoura. São os elementos *fáticos* que se sobrepõem aos elementos *normativos* de cunho valorativo. Nesse ponto pode-se arriscar afirmar que essa perspectiva é marcada pela neutralidade axiológica no que diz respeito à legitimidade da dominação.

Para tanto, necessário se torna explicitar o entendimento do autor de *Economia e Sociedade* com relação aos termos *poder* e *autoridade*. O poder (*Macht*) e a dominação (*Herrschaft*) significam, respectivamente, em suas palavras:

[...] la probabilidad de imponer la própria voluntad, dentro de una relacion social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad. Por *dominacion* debe entenderse la probabilidad de encontrar obediência a um mandato de determinado contenido entre personas dadas (WEBER, 1997, p. 43).

Disso decorre que o poder, em Max Weber, significa a probabilidade de um indivíduo impor, no âmbito de sua relação social, sua própria vontade, mesmo sendo essa resistida. A seu turno, a *dominação* se perfaz na probabilidade de se conseguir a obediência diante do conteúdo de um mandato, de forma que aquele que age sob esse manto de obediência o faz como sendo uma espécie de máxima do seu agir. Em seguida o autor explica que o conceito de poder é sociologicamente amorfo, ou seja, no *poder*, basta que alguém se coloque na posição de impor sua vontade diante de uma dada situação. Já com o *domínio*, há a necessidade de maior precisão, pois só pode significar a probabilidade de que um mandato seja obedecido.

Para tanto, o autor faz a ressalva de que, nesse ínterim de dominação, os motivos dessa submissão podem ser os mais diversos possíveis. O que chama a atenção é a afirmativa da necessidade de “Un mínimo de *voluntad* de obediência, o sea de *interés* (externo o interno) en obedecer, es esencial em toda relacion de autoridad.” Nesse ponto, parece que Max Weber

ao preferir encetar pelo caminho da facticidade para explicar a relação que se estabelece entre dominação e submissão, não fica adstrito ao ponto de vista normativo axiológico dependente de impulsos humanos proveniente da vontade.

Além disso, toda dominação que se exerce sobre uma pluralidade de homens requer um quadro administrativo, onde se dará uma atividade destinada à execução de ordens gerais e concretas. Para tanto, o que move esse quadro administrativo são motivos dos mais diversos. Max Weber (1997, p.170) afirma que motivos puramente materiais, afetivos ou racionais ajustados a valores não são suficientes para que haja uma probabilidade de dominação persistente. É necessário então despertar e promover a “crença em sua legitimidade”. Dessa forma, (idem) afirma que: “Por eso, parece adecuado distinguir las clases de dominación según sus pretensiones típicas de legitimidad”, o que remete aos três tipos puros de dominação legítima, a saber, nas palavras do autor:

De carácter *racional*: que descansa em la creencia em la legalidade de ordenaciones estatuídas y de los derechos de mando llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal); De carácter *tradicional*: que descansa em la creencia cotidiana em la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y em la legitimidad de los señalados por esta tradicion para ejercer la autoridad (autoridad tradicional); De carácter *carismático*: que descansa em la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y las ordenaciones por ella creadas o reveladas (llamada) (autoridad carismática). (WEBER, 1996, p.172).

Os três tipos puros de dominação legítima que o autor diagnostica se perfazem em princípios legitimadores que irão apresentar diferentes formas de manifestação em contextos de ordens de dominação específicos. Em Max Weber, as formas ideais típicas de crença na legitimidade percorrem o caminho dessas três formas, uma vez que são verificadas historicamente. Ressalte-se, desde já, que seu critério racional-legal será o critério preponderante nos Estados modernos configurados por um direito positivo.

No critério racional-legal proposto pelo autor, a legitimidade se funda na crença de ordens objetivas e legalmente constituídas, o que circunscreve o âmbito de sua validade e vigência. Assim, se justificará a existência de um corpo administrativo profissionalizado e especializado que terá como tarefa precípua zelar pela obediência às normas de direito positivo. Essas mesmas normas e esse mesmo *corpo administrativo* obedecerão a procedimentos formais e regulares. A legitimidade do poder dependerá da sua atuação conforme as regras de direito positivo e não na pessoa do titular. A legitimidade se aproxima demais da legalidade do direito positivo na modernidade afastando cada vez mais a pessoalidade do poder e a tradição.

Para não deixar de mencionar a importância das demais formas elaboradas é importante ressaltá-las, uma vez que o panorama de pesquisa sempre se limita à modernidade ocidental, pois as formas *tradicionais* e carismáticas encontram-se presentes e vivas nas culturas do oriente. Assim, a legitimidade de caráter tradicional, pode ser interpretada como a crença nas tradições sacras, costumeiramente estatuídas e desde há muito presentes que outorgam legitimidade aos encarregados de em nome dela exercerem o poder. Com relação ao caráter *carismático*, é a personalidade, a veneração à pessoa que suscita fascínio que gera a adesão aos seus comandos, uma vez que pode ser considerado como predestinado a certas missões de heroísmo.

Assim sendo, a legitimidade em seu modelo adotado pela modernidade e precisamente detectado nos estudos do autor, a saber, a de tipo racional-legal que funda sua legitimidade em ordenamentos positivados de normas gerais, abstratas e impessoais é o ponto de partida que pretende ser desenvolvido. Mais precisamente com relação às *normas de direito* a questão da legitimidade também pode ser indagada. Se a modernidade retira a legitimidade do poder por meio de sua proximidade relacional com a legalidade das normas de direito, por sua vez, como se legitima essas mesmas normas de Direito?

O Direito passa a ser instrumento do poder e a legitimidade de todo exercício de poder se torna temerária diante da cambialidade destas normas. A fundamentação de determinada forma de poder é sempre dependente de um contexto regulado por normas de direito mutáveis. Diante disso, pode-se afirmar que há a necessidade de fundamentação superior, onde para ser legítimo o direito positivo necessita estar atrelado a pressupostos de ordem moral? As sociedades modernas altamente complexas e especializadas garantem sua coesão somente com normas de direito positivo, coercitivas e impostas pelo Estado? Considerando a moral e o direito como sistemas de normas, é possível afirmar que eles atuam de forma autônoma regulando campos de atuação próprios e independentes?

Essas são algumas indagações que aparecem quando há a pretensão de se dedicar sobre o tema que considerara a relação entre moral e direito como sendo de suma importância para fundamentar a questão da legitimidade. Certamente que todo começo é pautado por inúmeras questões. No entanto, acredita-se que conforme as questões levantadas forem obtendo suas respostas, outras tantas irão surgir no horizonte de pesquisa. Mas uma coisa é certa: a dificuldade de se manter uma resposta eficaz por muito tempo. Essa temeridade é típica da filosofia. Na busca por verdades – ou mesmo “a verdade”, se é que ela pode ser encontrada!– surgem formulações variadas, que pretendem explicar, de alguma forma, por vezes, as demandas da razão.

Como seres dotados de inteligência e razão necessitamos de respostas, mesmo que elas não convençam muito. Por se tratar de um trabalho da área do direito, mais especificamente do *saber jurídico*, é necessário ajustar as coisas muito bem, mesmo que de forma inicial, pois o direito assim exige. Não se pode deixar de mencionar que tanto a filosofia, quanto a sociologia, no que toca sua relação com o direito, são fundamentais para a compreensão do fenômeno moral e jurídico. São fontes de produção teórica que ao mesmo tempo em que fazem a leitura de uma determinada realidade, *propulsionam* mudanças sociais relativamente marcantes.

Dessa forma, não há como estudar o fenômeno do direito, bem como a relação da moral com o jurídico (direito positivo) sem levar na devida consideração esses dois campos do saber. Tal justificativa se dá, pois a maioria dos autores que constam deste trabalho tem suas teorias enquadradas nessas áreas. Diante da vastidão de assuntos que pode ser analisada na pretensão de expor a questão da legitimidade do direito e suas relações com a moral, e as exigências de um trabalho acadêmico, o tema tem de ser limitado.

Assim, no *capítulo um*, é feita a *leitura interna dos pressupostos normativos da legitimidade do direito*. Os pressupostos normativos internos do direito dizem respeito a moral e a própria positividade, uma vez que, contrapõem entre si, quando da materialização em normas do agir, o elemento valorativo. Inicia-se pela questão da base moral. Buscou-se o referencial kantiano que sem dúvida inaugura uma nova forma de conceber as questões que giravam em torno do direito e da moral, notadamente com a elaboração do *imperativo categórico*. No entanto, para essa abordagem considera-se a leitura de autores como Norberto Bobbio e Jean-Christophe Merle no intuito demonstrativo de leituras diversas que se apresentam no horizonte especulativo de pesquisa.

Em seguida trata-se do apogeu de neutralidade conteudístico do direito positivo na concepção formulada por Hans Kelsen, que dissolve o significado justificador da legitimidade clássica em simples questão de validade objetiva do sistema jurídico. Nesse ponto a pesquisa voltou-se diretamente para a sua teoria pura do direito no intuito de extrair diretamente do autor sua abordagem sobre a moral e o direito positivo. Outros autores no decorrer do trabalho corroboram e contribuem para o desenvolvimento do assunto, para sequencialmente estabelecer as formas de conceber a relação entre direito e moral que culminam em diversas teorias modernas.

A contribuição de Dimitri Dimoulis decorre da objetividade com que apresenta e comenta as diversas correntes que se formaram na atualidade. Um pretensioso de que são, pregam a separação do direito e da moral em áreas distintas. Por outro lado, há os que

visualizam uma conexão necessária. Os legados de Immanuel Kant e Hans Kelsen proporcionam nos dias de hoje embates teóricos marcantes e que sem dúvida servem para explicar e legitimar ações em diversas sociedades devido a adaptabilidade que autores americanos e europeus conseguem fazer.

No *capítulo dois* o foco volta para a *leitura externa dos pressupostos fáticos da legitimidade do direito*. Nesse ponto privilegia-se o referencial teórico de Jürgen Habermas que coloca o direito como *médium* da tensão existente entre a facticidade dos procedimentos, decisões e normas jurídicas e a idealidade verificada na pretensão de aceitabilidade pelo que ele chama de comunidade de direito. É certo que o legado deste autor é vasto e, desde já, adverte-se o leitor da dificuldade de se extrair uma só perspectiva da sua produção teórica pelo fato de ser um autor que forma idéias do começo ao fim de suas obras. Tem-se a impressão em muitos momentos que a coesão do tema abordado não será possível. No entanto, recorre-se a ajuda de leitores brasileiros que se debruçaram na obra de Jürgen Habermas, embora não sejam muitos, na intenção de suprir tal dificuldade. Como será observado, para se falar de um determinado tema, em Jürgen Habermas há a necessidade de se falar em vários outros.

Nesse capítulo apresenta-se um diagnóstico habermasiano da modernidade feito a partir da *releitura* que o autor faz de Max Weber. Em seguida apresenta-se o caminho traçado por Jürgen Habermas para chegar à categoria do direito em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, obra que na versão brasileira se apresenta em volumes, na qual, mais uma vez, o direito se situa como *médium* da tensão existente entre fatos e normas e se encontra inserido dentro do contexto de um *agir comunicativo*.

No *capítulo três*, ainda apoiado no referencial habermasiano, entra em cena a idéia de Estado de Direito o que remete necessariamente à questão política. Daí, como conseqüência, o entrelaçamento entre direito, moral e política tratado pelo autor. Há também processos que são institucionalizados pelo direito e que por isso adquirem racionalidade própria. Nesse capítulo Jürgen Habermas faz uma abordagem desformalizante do direito com base em três abordagens distintas.

Por fim, a configuração da legitimidade ou fundamentação das normas de direito no *capítulo quarto*, que Jürgen Habermas apresenta no posfácio de Direito e Democracia, mais precisamente no volume II. Há autores que criticam Jürgen Habermas por ter elaborado uma teoria utópica, bem como os que acreditam no potencial emancipatório de uma razão comunicativa pautada pelo entendimento capaz de formar opinião e vontade pública nas sociedades modernas. É certo que com o fim das energias utópicas o mundo moderno se

depara com uma realidade histórica “acinzentada” que parece caminhar para todos os sentidos sem, no entanto, chegar a lugar nenhum. Uma boa dose de utopia favorece mudanças ou mesmo melhoras sociais indispensáveis cada vez mais nos dias de hoje.

Não se trata de uma obra acabada, e sim em fase de desenvolvimento. Os enciclopedistas de outrora ousavam honrosamente abarcar em suas obras o máximo de conhecimento possível, o que a modernidade não permite. Assim, tardio no ouvir e no pesquisar, e mais tardio ainda no escrever, este trabalho pretende acender uma fagulha de interesse e debate nos que se interessam pelo assunto.

1 – LEITURA INTERNA DOS PRESSUPOSTOS NORMATIVOS DA LEGITIMIDADE DO DIREITO

A leitura interna dos pressupostos normativos do direito recai sobre a questão moral e a positividade, pois, ambas podem ser cristalizadas em normas do agir humano e serem captadas pelo direito. Normas de cunho moral e normas de cunho positivo contrapõem-se, frente às formulações que serão apresentadas, diante do elemento axiológico que erradica ou não na base das normas de direito. Cada conjunto de normas possui seu âmbito de atuação, pois guiam as ações humanas tanto privadas quanto coletivas. Pode-se perguntar pela justificativa de seguimento de certas normas, ou o que me faz agir desta ou daquela maneira? Certamente que a visão dessa indagação procura alcançar não só sujeito solipsista, mas aquele integrado numa comunidade moderna.

O referencial kantiano e kelseniano formam a base de pesquisa desse capítulo. O intuito é explicitar a forma com que esses autores fundamentaram suas teorias. O pensamento crítico permite concordar que representaram uma época e foram suficientes para legitimar ordens de convívio. Ainda hoje elas fundamentam muitas ações.

1.1 A questão da moral

Com a pretensão de evidenciar posicionamentos acerca da moral valer-se-á do marco histórico do pensamento Europeu denominado Iluminismo, ou Idade Moderna*. Nesse período de transposição teocêntrica para a antropocêntrica floresce a razão e junto com ela o aumento das desconfianças e das dúvidas com relação à religião. Tudo passa a estar sujeito a verificação de ordem racional e procura-se com mais sagacidade as origens do conhecimento.

O Estado e a autoridade confundem-se no horizonte do *Leviatã* formulado por Thomas Hobbes. O individualismo e o legalismo passam a ser a tendência da época e são utilizadas para validação do sistema jurídico. O que merece ser caracterizado nesse período são formulações mais explícitas acerca da liberdade e o uso da razão humana longe das amarras da religião.

Em se tratando da moral nesse período, o prussiano Christian Thomasius (1655-1728) polêmico professor de filosofia de Leipzig, por ensinar em alemão ao invés do latim,

* O Iluminismo ou Século das Luzes muito usado entre nós recebe na França a partir do século XVIII a denominação *dès Lumières*; na Alemanha, *Aufklärung*; na Inglaterra o termo usado é *Enlightment*.

com sua obra expoente *Fundamenta Júris Naturae et Gentium*, publicada em 1705 irá apresentar critérios distintivos ente a moral e o jurídico. Embora para alguns, Thomasius não possua uma envergadura tão grande, ele antecipa questões que posteriormente, embora com fundamenta o diversa, serão retomadas por Immanuel Kant como moral e direito (REALE & ANTISERI, 1990, p. 817-818).

Conforme a leitura de Miguel Reale (1999a) para Christian Thomasius a a o humana possui duas fases. Uma delas se passa no plano *interno* da vida ou plano da consciência. Neste plano interno o homem faz seu próprio julgamento e recorre a si mesmo, não havendo outro foro a recorrer.   uma instância única, a qual recorre para determinar os valores atinentes ao seu agir. Temos aqui a *moral*, marcada pela subjetividade daquele que decide praticar alguma a o.

A outra fase se passa no plano *externo* ao da consciência, o que envolve a sociabilidade. No plano externo, a saber, do *direito*, o homem não está mais s . Suas a es são pelos demais membros da sociedade tuteladas. Fala-se, então, em intersubjetividade, o que demanda a presença do outro. Como o direito, por meio dos atos jurídicos,   de natureza exterior ele permite a interferência do Poder Público, no sentido de fidelidade a um comportamento, ditado pela vida em comum. O direito, nesse sentido,   visto como algo coerc vel e pode ser exigido pela força física.

Mas Christian Thomasius reconhece que o direito não se realiza somente pela força, pois existem os atos voluntários e espontâneos. Com isso, são caberia a força física ou, de expressão mais técnica, a *coa o* quando a espontaneidade ou encontro de valores entre o preceito moral e o jurídico determinarem condutas contrárias ao exigido pelo direito.

Esse pensamento permite que a coa o seja excluída do direito sem afetar sua natureza. Já o mundo da moral não pode ser concebido com a presença da coa o. A moral   incompatível com a violência, com a força, ou seja, com a coa o, mesmo quando juridicamente organizada (REALE, 1999 b, p. 46).

Assim, do legado de Christian Thomasius pode-se aferir que o direito se *compatibiliza* com a coa o, diferentemente do que ocorre com a moral que necessita da adesão voluntária dos obrigados. Nota-se, então, que a moral caracteriza-se pela interioridade, ou seja, se passa no plano interno da consciência do homem sendo assim subjetiva e não se coadunando com a coa o, pois tem como marca a espontaneidade do obrigado.

A seu turno o direito será marcado pela exterioridade, a saber, dependerá da sociabilidade, da intera o, sendo por isso bilateral e perfeitamente *compatível* com a coa o em determinados casos. Por isso, o que distingue a conduta moral   esta pertinência do ato  

pretensão do sujeito que age. Quando nosso comportamento se conforma com a regra moral e nós a recebemos espontaneamente como regra autentica e legítima de nosso agir, nosso ato é moral (REALE, 2003, p. 226).

Como ponto de partida para a compreensão da moral, embora de forma geral, o pensamento de Christian Thomasius é de grande relevância. É certo que daí em diante muitas serão as formulações e críticas que os mais diversos autores irão formular. Mas, é certamente a partir de Immanuel Kant (1724-1804) que a concepção sobre a moral irá ganhar novos contornos. Suas formulações servirão de base, como servem, para inúmeros estudos. De uma forma ou de outra, ao se falar da moral, principalmente relacionando-a com o direito, Immanuel Kant é o marco mais significativo.

Para compreender a teoria moral em Immanuel Kant há a necessidade de se levar em consideração o conjunto de sua obra. O filósofo de Königsberg deixou um legado vasto e complexo que demanda um estudo mais apurado para os que desejam se aprofundar no assunto. Contudo, pode-se fazer de forma objetiva algumas considerações no intuito de melhor entender a questão da moral.

Como um bom leitor de Immanuel Kant, o italiano Norberto Bobbio (1909-2004) com sua obra *Direito e Estado no Pensamento de Immanuel Kant* (2000), será o referencial na busca de entendimento sobre a relação existente entre moral e o direito. Dentre as obras que Immanuel Kant escreveu, notadamente a que mais interessa, é a intitulada *Fundamentação Metafísica dos Costumes*, de 1785, na qual o autor trata da questão relativa à moral. Desde já, é oportuno salientar que Immanuel Kant é um autor que apresenta muitas definições. Estas, por sua vez, são fundamentais para o entendimento de quaisquer de suas obras.

Por *metafísica*, Immanuel Kant designa o saber filosófico puro, ou seja, um saber não-físico que não se apóia nem na experiência externa, nem na experiência interna do indivíduo. Dessa forma, a metafísica é um saber *a priori*, ou seja, derivado do intelecto puro. Por outro lado, *costumes* liga-se a complexidade de leis gerais e de regras de conduta que disciplinam a ação do homem como ser livre. Assim, o homem se adapta a outro tipo de legislação que não as da natureza: adapta-se à legislação moral. É assim que, como bem assevera Norberto Bobbio (2000, p.84) “somente uma metafísica dos costumes, como estudo dos princípios racionais *a priori* da nossa conduta, pode satisfazer a exigência de expor os fundamentos da doutrina moral”.

Preliminarmente, ao entendimento da moral kantiana, coloca-se a clássica questão que sempre permeia o estudo de quem tenta diferenciar o direito da moral. Trata-se de compreender a *ação moral*. Da leitura de Norberto Bobbio (2000, p. 87-88) Immanuel Kant

nos apresenta três requisitos fundamentais da ação moral, a saber: (1) a ação moral é a que é realizada não para obedecer a certa atitude sensível, a certo interesse material, *mas somente para obedecer à lei do dever*. Não pode haver impulsos diversos que o próprio dever. Trata-se do dever pelo dever; (2) a ação moral é aquela que é cumprida não por um fim, *mas somente pela máxima que a determina*. Afastam-se aqui os objetos de nosso desejo como felicidade, saúde, prazer; (3) a ação moral é aquela que não é movida por outra inclinação a não ser o *respeito à lei*. E essa lei é a lei moral.

Diante desses requisitos, Norberto Bobbio extrai o entendimento de legalidade, ou de ação legal. Tem-se a moralidade, ou ação moral, quando esta é cumprida *pelo dever* e afastando de si outros interesses que não o do *puro dever*, por outro lado se tem a ação legal quando praticada em *conformidade ao dever*, segundo uma inclinação ou interesse *diferente do puro respeito ao dever*. É interessante ressaltar que essa distinção se apresenta como simplesmente formal, pois se relaciona com a forma de obrigar-se e não quanto ao conteúdo das ações. Essas ações ainda recebem de Immanuel Kant outra conotação: internas e externas. De certa forma, isso nos remete ao legado de Christian Thomasius, como referido anteriormente, se bem que com contrastes especiais.

Vale aqui aproveitar uma passagem de Immanuel Kant que Norberto Bobbio (2000, p.91) utiliza para esclarecer mais precisamente sua reflexão:

As leis da liberdade chamam-se morais para distinguir-se das leis da natureza. Enquanto se referem somente às *ações externas* e à *conformidade à lei* chamam-se jurídicas; se, porém, exigem ser consideradas em si mesmas, *como princípios que determinam as ações*, então são *éticas*; dá-se o nome de *legalidade* à conformidade das ações com as primeiras e de *moralidade* à conformidade com as demais.

Assim, a legislação jurídica é uma legislação *externa* às próprias leis da razão pura, pois requer a adesão dos obrigados independentemente da intenção de quem as pratica. É um dever externo da vontade e por isso mesmo não é totalmente livre. Ao contrário da legislação jurídica, a legislação moral é considerada *interna*, pois se vincula a uma adesão íntima das próprias leis da razão pura. Aqui prevalece a lei da liberdade de não ser constrangido a agir dessa ou daquela forma, mas sim, recorrer ao foro íntimo, ou seja, interno, agindo livre de qualquer impulso.

Esse pensamento está inserido numa época marcada pelos Estados Absolutistas. Estes, por sua vez, possuíam como práticas não só impor suas determinações aos seus súditos controlando seus comportamentos, mas também de conformar suas mentes. Fica claro

perceber que essas formulações são elaboradas com o intuito de romper com essa hegemonia imposta pelo poder do Estado. Se não era possível tornar o homem livre, ao menos fisicamente, era possível mostrar-lhe que existia dentro dele um domínio próprio onde ele é seu próprio senhor e legislador, daí se falar em *legislação interna*.

Immanuel Kant, conforme indica o autor, irá chamar a faculdade de adequação às leis que nossa razão dá a nós mesmos de *liberdade moral*. Uma liberdade onde os impedimentos são colocados por nós mesmos, por nossos próprios desejos. É uma relação subjetiva do homem com o homem na qual ele se auto-responsabiliza. Por sua vez, a *liberdade jurídica* será concebida como a faculdade de agirmos externamente estabelecendo uma relação com o próximo. São destes que provém os impedimentos de nossas ações. A partir desse momento, a responsabilidade se perfaz numa relação intersubjetiva do homem com os outros homens.

Por mais um momento no vasto mundo dos conceitos kantianos, surgem mais dois conceitos que Norberto Bobbio considera como implícitos na doutrina kantiana e que se somam nas considerações relativas à distinção entre moral e direito, a saber: *autonomia* e *heteronomia*. Por *autonomia* se entende a faculdade de dar leis a si mesmo, do que decorre que a vontade moral é por excelência uma vontade autônoma. Por *heteronomia* se entende que essas leis não são dadas por nós mesmos, são determinadas pelos mais diversos impulsos.

Como bem esclarece Bárbara Freitag (2003, p. 50):

A autonomia é definida no contexto da liberdade e em contraposição à heteronomia. A heteronomia é exemplificada por Kant como o funcionamento da natureza segundo leis alheias à nossa vontade. A autonomia refere-se a leis (morais) fixadas pela nossa vontade. Os termos *Fremdbestimmung* (determinação alheia) e *Selbstbestimmung* (autodeterminação) caracterizam essa oposição entre heteronomia e autonomia.

Na autonomia (moral) pode-se deduzir que há a necessidade de conformação absoluta entre a lei produzida e a vontade pura daquele que se obriga, o que não ocorre na heteronomia (direito) onde não há essa necessidade de conformação absoluta com a vontade, ou seja, com a consciência. Objetivamente compreendido esses conceitos, já se pode falar no que Kant denomina de *imperativo*. Como afirma Miguel Reale (1999 a, p.559): “a moral Kantista está toda centrada no conceito de imperativo”. Sendo assim, continuando no caminho traçado por Norberto Bobbio (2000, p.104-105) utiliza-se das palavras do autor:

Todos os imperativos são expressos pela palavra *dever* e indicam com isso a relação entre uma lei objetiva da razão e uma vontade que, segundo a sua constituição subjetiva, *não é necessariamente determinada por essa lei*. Eles dizem que seria bom fazer uma tal coisa ou não, mas o dizem a uma vontade que nem sempre faz uma coisa porque lhe foi apresentada como boa para ser feita.

Disso resulta o *imperativo categórico*, como sendo o que prescreve uma ação boa por si mesma e a exemplo disso temos a afirmativa: *você não deve mentir*; e o *imperativo hipotético* que prescreve uma ação boa para alcançar certo fim como: *você não deve mentir se almeja ser promovido*.

Segundo Bárbara Freitag (2003, p.50) para Immanuel Kant esses imperativos expressam a necessidade de agir segundo certas regras, pois os imperativos hipotéticos não têm valor moral, uma vez que formulam somente regras de ação para lidar com as coisas, e nesse caso são técnicos, ou para lidarem com o bem-estar, sendo, por isso, pragmáticos.

Somente os imperativos categóricos possuem para Kant valor moral, pois exprimem a necessidade de agir segundo uma lei geral, exigindo um comportamento racional que todos devem seguir (2003, p. 51). Não resta dúvida que nesse ínterim é o imperativo categórico, como um de seus conceitos fundamentais, que representa o núcleo de sua teoria moral. Ele é o instrumento indispensável da razão prática para fazer uso adequado da vontade dos homens.

Como os demais autores de sua época, Immanuel Kant estuda os clássicos da filosofia grega e cristã. Porém sua doutrina marca uma ruptura com a moralidade extraída dessas bases. Assim nos esclarece a autora (2003, p. 49) que:

A ruptura com os gregos acontece quando Kant não aceita [...] a felicidade ou o interesse de cada um como princípio norteador da ação moral. Essa precisa estar integralmente calcada na razão. A ruptura com os teólogos ocorre quando Kant, como todos os filósofos da Ilustração, não aceita a versão do pecado original, da revelação divina e, portanto, a idéia de uma natureza essencialmente má e perversa.

Isso decorre de seu entendimento a respeito da natureza humana. Esta é essencialmente racional e, dessa forma, a razão é quem deve oferecer a base de todo princípio que guia as ações morais. Com esse imperativo, a saber, *age de modo que a máxima de tua vontade possa servir simultaneamente como princípio de uma legislação geral*, fica expresso a necessidade de agir segundo certas regras, notadamente as ditadas pela razão do homem. Somente o imperativo categórico dessa natureza é que possui um valor moral.

Para os que se dedicarem exclusivamente a estudar a moral uma coisa é certa: a moral pode ser estudada desde a antiguidade até nossos dias. Em filosofia do direito o tema é,

sem dúvida, um dos mais intrigantes e intrincados diante das inúmeras contribuições que os mais diversos autores apresentam.

A preocupação em se distinguir a moral do direito expressa forte tendência de liberdade. Seja em decorrência da estática e uniforme característica do pensamento religioso medieval que aprisionou o homem dentro de si mesmo, seja em decorrência de governos despóticos que não se satisfaziam apenas com o domínio corporal de seus súditos.

Como visto, a contribuição de Immanuel Kant é inestimável. Apresenta-nos distinções fundamentais que ajudam a compreender claramente a moral e o direito. A relação *interna e externa*, seja sob o ponto de vista da *legislação* criada, ou sob o ponto de vista da *liberdade* somados ao critério da *autonomia e heteronomia* e sem deixar de lado o *imperativo categórico* formam, sem dúvida, a mais apurada teoria que servirá de base para as construções teóricas da modernidade.

Nestes termos, sob o ponto de vista da moral o homem legitima suas ações desde que a razão pura, independente da experiência anterior ou posterior, lhe dite uma regra que, sob a forma de um dever e por esse dever, seja cumprida. Por outro lado, será carente de legitimidade a ação moral que sofrer influências externas que possam impor mesmo que da forma mais simples um determinado fim fruto de qualquer desejo. De tal sorte a liberdade de agir conforme o ditame da razão pura estará contaminado desde que não seja o dever por ela criado.

O Direito ganha com isso a possibilidade de ter inúmeras formas de legitimação. Sendo um instrumento do Estado de Direito, os inúmeros fins a que se propõe lhe proporcionarão a base para a atuação retórica e argumentativa que fará florescer as mais criativas formas de legitimação. Por isso se falará sempre em crise de legitimidade na Democracia representativa.

Os fins das ações controladas ou regulamentadas pelo direito certamente, conforme os ensinamentos de Immanuel Kant, não gozam da mesma firmeza e seriedade que o fim proposto para as ações morais. O direito encontra dificuldade de se legitimar em uma *razão última* e incontestável. Por isso, surgem diversas correntes de pensamento umas pretendendo unir o direito à moral, outros pregando a separação.

As questões fundamentais acerca da moral com a chegada de Immanuel Kant sofreram uma profunda modificação. Ele inova de forma surpreendente a compreensão moralista de sua época que permanece até hoje. O interesse maior esta no relacionamento travado com o direito. Dessa forma, é necessário continuar no assunto, porém apresentando uma visão de seu conceito de direito. Entrementes, buscar-se-á nesse ponto uma explicitação

diferenciada do conceito de direito em Immanuel Kant na ótica de Jean-Christophe Merle, que irá apresentar dois conceitos de direito.

1.2 Duas visões do conceito de direito em Immanuel Kant

Antes de tratar do direito positivo e de seus desdobramentos é interessante ressaltar dois conceitos de direito em Immanuel Kant na perspectiva elaborada por Jean-Christophe Merle em recente obra intitulada *A moral e o direito em Immanuel Kant* (2007). Tal referência é caracterizada pela perspicácia crítica, principalmente com relação aos chamados *autores kantianos*. É certo, pois, que o autor expressa seu ponto de vista que pode ser igualmente refutado por outros do mesmo gênero, no entanto, não deixa de apresentar um conteúdo, embora breve, muito significativo.

O autor adverte de início que devemos a Immanuel Kant, mais precisamente na sua *Doutrina do direito*, um conceito liberal de direito. Dessa forma, temos “o direito como coexistência das liberdades empíricas de acordo com a lei universal de igualdade de direitos dos sujeitos” (MERLE, 2007, p.99). Prossegue o autor com a afirmação de que esse conceito “não se refere a um fundamento moral exigente”, mas sim a mera “reciprocidade” (idem) na coexistência das liberdades empíricas. Por outro lado, embora não se refira a um fundamento moral exigente, o conceito parece não contradizer a moral, diante da exigência do imperativo categórico como uma lei geral.

A *Metafísica dos costumes* de Immanuel Kant se divide em *Doutrina do direito* e *Doutrina da virtude*. Ambas têm em comum o fato de derivarem do mesmo princípio, a saber, o imperativo categórico. No entanto, diferem entre si uma vez que na *Doutrina do direito*, a execução do dever se dá pela presença da coação como motivo determinante, ao passo que na *Doutrina da virtude* a execução de um dever se dá pelo próprio dever de executá-lo. Assim, é que o “direito deve providenciar a coação [...] tanto a ameaça da coação quanto o emprego da coação para o cumprimento de todo dever ético que possa ser cumprido por meio da coação” (MERLE, 2007, p.103).

Aqui surge uma controvérsia. Certo de que para Immanuel Kant são as *ações* e não as *máximas* que podem se fazer cumprir por meio da coação, o autor se vale do questionamento feito por Bernard Ludwig em *Kants Rechtslehre* a respeito da diferença fundamental de conteúdo das leis jurídicas e o imperativo categórico para expor o que acredita dever ser o procedimento para a determinação do direito. A indagação se justifica

quando a intenção do agente não é acessível à legislação exterior e por isso não pode ser, e nem é, permitido que seja levado em consideração. Com isso, não se pode dirigir demandas à sua ação moral.

O autor (2007, p.103) alerta para o fato de que há de se complementar esse questionamento feito por Bernard Ludwig, que embora diante das impossibilidades por ele mencionadas, também afirma que é possível, por meio da coação externa, que as ações praticadas possam conviver com uma legislação universal “sem ter que influenciar as máximas da pessoa interessada”.

Dessa forma, o autor afirma que com base na terceira fórmula do imperativo categórico, a saber, “age segundo a máxima que possa simultaneamente fazer-se a si mesma lei universal”, tem-se que se o direito deriva do imperativo categórico e ao mesmo tempo é competente para a discricionariedade deixada por ele para exercer a coação. Assim, propõe que o procedimento para determinar o conteúdo do direito, em suas palavras, deve ser feito em três passos, a saber:

O primeiro passo deve se estabelecer as máximas que passam no teste do imperativo categórico. O segundo passo deve ser examinar a que ações essas máximas devem conduzir (como ações, entendo aqui tanto ações quanto omissões); essas ações são então moralmente ordenadas. O terceiro passo deve ser examinar qual dentre essas ações pode ser imposta por meio de coação; o direito deve, então, providenciar, com a ameaça da coação ou com o exercício da coação, a efetivação dessas ações (MERLE, 2007, p. 104).

Com isso, a crítica do autor se direciona a uma complementação da afirmação de Bernard Ludwig. Como dito anteriormente, é possível por meio da coação externa que as ações praticadas possam conviver com uma legislação universal *sem ter que influenciar as máximas da pessoa interessada*. Agora se trata de uma legislação universal “das máximas, isso é, o imperativo categórico pode obter essa convivência parcialmente através da coação – sem ter que influenciar as máximas da pessoa interessada” (2007, p.104). Para Jean Merle, o posicionamento do autor que crítica deixa uma fissura onde o direito pode ser considerado como igualdade de tratamento dos sujeitos de direito perante a lei, ou seja, a concessão dos mesmos direitos a todos.

Outro ponto interessante destacado pelo autor é a distinção que Immanuel Kant fez dos deveres de direito e dos deveres da virtude. Explica que a legislação externa não é possível em relação aos deveres da virtude, pois o dever nesse caso é um fim em si mesmo. Isso se dá pela impossibilidade da legislação externa fazer com que a pessoa estabeleça um fim para si, pois tal ocorrência é decorrência de um ato interno da mente. Assim, quando o

imperativo categórico correspondente ordena ações externas “essas ações são juridicamente ordenadas, isto é, são externas e podem ser determinadas por coação” (2007, p.107).

Lançando mão da seguinte indagação, a saber, “qual o verdadeiro âmbito do direito em Kant?” Jean Merle responde tendo como base uma constatação em relação ao imperativo categórico. Em seus termos (2007, p. 108-109):

O imperativo categórico certamente não pode determinar *a priori* as máximas particulares proibidas, ordenadas e permitidas, pois o julgamento moral das máximas e das ações pressupõe o conhecimento de suas características empíricas e de seu contexto. Ao contrário, é sempre possível determinar, a partir do imperativo categórico, se uma máxima ou uma ação é contrária ao dever ou é ordenada ou somente moralmente permitida. Além disso, toda máxima, não importa quão geral e indireta possa ser, sempre diz respeito a ações externas.

Dessa forma, se possuímos uma máxima de vida e nos depararmos com uma situação particular onde a ação externa pode ser averiguada em grau de compatibilidade ou não com essa máxima pode-se dizer, conforme afirma o autor (2007, p.109) que “as ações externas, considerando todos os aspectos de seus contextos, são, de acordo com o imperativo categórico, moralmente proibidas, ordenadas ou simplesmente permitidas”.

As ações externas podem ser influenciadas pela coação e são alvos de julgamentos morais e de direito. Salienta o autor que esses julgamentos “sempre devem ser idênticos” (idem). Embora não explique o porquê de tal igualdade no julgamento, afirma que:

quando refletimos sobre o fato de o imperativo categórico expressar proibições e ordens sobre aspectos do modo de vida pessoal, aspectos esses que não dizem respeito aos direitos nem aos interesses legítimos de outros indivíduos, então nos parece a concepção de direito de Kant pouco liberal e muito estranha (MERLE, 2007,p.109)

É feita uma observação quanto a interpretação liberal da *Doutrina do direito*. Para o autor essa interpretação liberal se baseia em dois equívocos. O primeiro deles leva em conta que a derivação do conceito de direito em Immanuel Kant a partir do imperativo categórico foi subestimada. Para tanto cita Markus Willaschek que afirma que Kant em lugar algum afirma que o princípio do direito pode ser derivado do imperativo categórico, uma vez que ele não faz menção na *introdução à Doutrina do direito*.

Em segundo lugar, a interpretação liberal de Immanuel Kant, conforme Jean Merle se apóia numa interpretação minimalista da segunda fórmula do imperativo categórico, uma vez que “ele tem a opinião de que os deveres de promoção da humanidade podem se relacionar somente a um fim, e não a ações externas, por isso não podem representar uma

legislação externa” (2007, idem). Nesse caso, o que se relaciona com um *fin em si mesmo* é a *conservação da humanidade* que se sujeita a legislação externa.

Prossegue o autor afirmando que:

o conceito liberal de direito e uma independência genuína do direito em relação a moral não podem ser obtidos somente mediante a coação como motivo do cumprimento, mas primeiro por um juízo independente, isto é, quando o conteúdo do direito não seja derivado do imperativo categórico [...] o conceito liberal de direito como coexistência das liberdades externas de acordo com a lei de igualdade de tratamento contém integralmente exigências normativas (a proteção da existência de todos os indivíduos, a igualdade perante a lei etc.); muitas ordens jurídicas válidas como direito positivo não correspondem a esses critérios, isto é, elas os violam (MERLE, 2007, p.113).

O conceito liberal de direito é deduzido de escritos kantianos sobre a *República* de Platão a qual o autor nos apresenta a seguinte transcrição: “Uma constituição, que tenha por finalidade a máxima liberdade humana, segundo leis que permitam que a liberdade de cada um possa coexistir com a de todos os outros (não uma constituição da maior felicidade possível, pois essa será a natural consequência) é, pelo menos, uma idéia necessária, que deverá servir de fundamento não só a todo o primeiro projeto de constituição política, mas também a todas as leis (...)”¹.

Outra passagem kantiana também tem a pretensão, na ótica do autor, de provar o conceito liberal de direito, a saber: “(...) uma sociedade em que *a liberdade sob leis exteriores* está unida em maior grau possível ao poder irresistível, isto é, uma *constituição civil* perfeitamente *justa*”.²

Assim, temos na perspectiva do autor³ dois conceitos de direito em Immanuel Kant, a saber, um conceito liberal e outro derivado do imperativo categórico, que indica outro

¹ A citação Kantiana reproduzida (p.114) conforme indicação bibliográfica do autor consta em: Kant, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 3.ed. Lisboa; Calouste Gulbenkian, 1994, pp. 310-311.

² Desta vez a citação Kantiana reproduzida conforme indicação bibliográfica do autor consta em: Kant, Immanuel. *Idéia de uma historia universal com propósito cosmopolita*. Trad. Artur Morão. In: *A paz perpetua e outros ensaios*. Lisboa: Edições 70, 1995, pp.21-37.

³ Nesse interim, embora o autor não trate do assunto de forma explícita, abre-se espaço para complementação. A quinta proposição inserida na obra kantiana “*Idéia de uma História Universal de um ponto de vista Cosmopolita*”, organizada por Ricardo Terra, 1986, pp. 14-15, estabelece que “o maior problema para a espécie humana, a cuja solução a natureza a obriga, é alcançar uma sociedade civil que administre universalmente o direito. Como somente em sociedade e a rigor, naquela que permite a máxima liberdade, e conseqüentemente, um antagonismo geral de seus membros e, portanto, a mais precisa determinação e resguardo dos limites desta liberdade – de modo a poder coexistir com a liberdade dos outros”. Isso nos remete a quarta proposição (idem, . 13-14) que explica esse *antagonismo dos homens em sociedade*, a saber, em suas palavras: “Eu entendo aqui por antagonismo a *insociável sociabilidade* dos homens, ou seja, a tendência dos mesmos a entrar em sociedade que

conceito de direito incompatível com o conceito liberal. Conforme pode ser constatado o conceito liberal de direito pode ser visto em diversas obras Kantianas enquanto o conceito derivado do imperativo categórico só conta com a *Doutrina do direito na Metafísica dos costumes*.

Para concluir esse tópico que tentou demonstrar a existência de dois conceitos de direito em Immanuel Kant, destacam-se as palavras do autor:

Que o conceito de direito na Doutrina do direito seja mais extensamente desenvolvido que em outros escritos deveria contar menos que a repetição do conceito liberal de direito em um contexto sistemático. De um ponto de vista sistemático, o conceito de liberal de direito é mais convincente que o outro. Na verdade, ele reforça a independência do direito em relação a moral, estende o alcance da coação, do cumprimento do direito ao estabelecimento de um estado de direito e não exige que *A metafísica dos costumes* seja dividida em duas partes (MERLE, 2007, p. 114).

Com isso, deixa-se de lado por um pouco a visão costumeiramente divulgada do conceito de direito derivado do princípio categórico, para voltar os olhos à uma perspectiva que abrange outras obras kantianas e sistematicamente apresentam um conceito liberal de direito. Certamente que não se trata de uma novidade acadêmica, no entanto, com o intuito de

está ligada a uma oposição geral que ameaça constantemente dissolver essa sociedade. Esta disposição é evidente na natureza humana. O homem tem uma inclinação para *associar-se* porque se sente mais como homem num tal estado, pelo desenvolvimento de suas disposições naturais. Mas ele também tem uma forte tendência a *separar-se* (isolar-se), porque encontra em si ao mesmo tempo uma qualidade insociável que o leva a querer conduzir tudo simplesmente em seu proveito, esperando oposição de todos os lados, do mesmo que sabe que está inclinado a, de sua parte, fazer oposição aos outros. Esta oposição é a que, despertando todas as forças do homem, o leva a superar sua tendência à preguiça e, movido pela busca de projeção (*Ehrsucht*), pela ânsia de dominação (*Herrschaft*) ou pela cobiça (*habsucht*), a proporcionar-se uma posição entre companheiros que ele não *atura* mas dos quais não pode *prescindir*. Dão-se então os primeiros verdadeiros passos que levarão da rudeza à cultura, que consiste propriamente no valor social do homem; aí desenvolvem-se aos poucos todos os talentos, forma-se o gosto e tem-se início, através de um progressivo iluminar-se (*Aufklärung*), a fundação de um modo de pensar que pode transformar, com o tempo, as toscas disposições naturais para o discernimento moral em princípios práticos determinados e assim finalmente transformar um acordo extorquido *patologicamente* para uma sociedade em um todo *moral*. Sem aquelas qualidades da insociabilidade – em si nada agradáveis –, das quais surge a oposição que cada um deve necessariamente encontrar às suas pretensões egoísticas, todos os talentos permaneceriam eternamente escondidos, em germe, numa vida pastoril arcádica, em perfeita concórdia, contentamento e amor recíproco: os homens, de tão boa índole quanto as ovelhas que apascentam, mal proporcionariam à sua existência um valor mais alto que o de seus animais; eles não preencheriam o vazio da criação em vista de seu fim como natureza racional. Agradeçamos, pois, a natureza pela intratabilidade, pela vaidade que produz a inveja competitiva, pelo sempre insatisfeito desejo de ter e também dominar! Sem eles todas as excelentes disposições naturais da humanidade permaneceriam sem desenvolvimento num sono eterno. O homem quer a concórdia, mas a natureza sabe mais o que é melhor para a espécie: ela quer a discórdia. Ele quer viver cômoda e prazerosamente, mas a natureza quer que ele abandone a indolência e o contentamento ocioso e lance-se ao trabalho e a fadiga, de modo a conseguir os meios que ao fim o livrem inteligentemente dos últimos. Os impulsos naturais que conduzem a isto, as fontes da insociabilidade e da oposição geral, de quê advém tantos males, mas que também impelem a uma tensão renovada das forças e a um maior desenvolvimento das disposições naturais, revelam também a disposição de um criador sábio; e não a mão de um espírito maligno que se tenha intrometido na magnífica obra do Criador ou a estragando por inveja”. Assim, a insociabilidade dos homens é forçada a disciplinar-se, por meio de um artifício imposto (união civil) e o homem se vê necessitado a este estado de coerção a fim de desenvolver suas inclinações naturais.

emprestar ao trabalho novas formas de se observar a relação entre direito e moral essa contribuição se torna oportuna.

Diante desse quadro relacional apresentado até o momento que basicamente se concentra no legado kantiano pode-se passar para outra perspectiva interna na leitura do direito, mais propriamente o direito positivado.

1.3 O direito positivo

No âmbito do Estado Absolutista as características históricas eram marcadas pelo império da lei e do individualismo, e isso representava a submissão total dos homens aos comandos provenientes do soberano. A intenção era garantir a coesão social e a segurança de todos em contraposição ao teórico estado natural onde o homem agia de forma livre e desregrada bem como temeroso em relação às condutas de seu próximo.

É nesse Estado Absolutista que se torna possível a convivência pacífica entre todos, porém, ele o faz detendo o monopólio da produção jurídica. Foi por um tempo necessário e eficiente, contudo, essa mesma sociedade que corroborou seu desenvolvimento gradativamente vai percebendo que tal configuração, que permitiu a uns poucos a acumulação de riquezas, foi se tornando uma ameaça.

Com o surgimento do Estado Liberal as coisas se invertem. Agora é o poder absoluto que precisa ser controlado. Determinar os limites de sua interferência se fez necessário num ambiente de crescente capitalização de uma sociedade de mercado comandada pela classe burguesa. O Direito nesse contexto se conforma a uma produção jurídica em forma de legislação, o que de certa forma se configurava num princípio legitimatório, onde o jurídico não necessitava se ajustar a nenhum ideal valorativo para se tornar propriamente jurídico. A partir do século XIX a terminologia *positivismo jurídico* foi desenvolvida a partir de estudos realizados pelas ciências humanas que empregavam um enfoque positivista às suas pesquisas.

Segundo Dimitri Dimoulis (2006, p 67-71) tal afirmação não procede. O positivismo jurídico tem suas raízes no termo *ius positivum*, traduzido com mais transparência para *juspositivismo*. Preocupado com o estudo do direito posto (e imposto) termos relacionados com a positividade do direito indicavam, já no século XII, o direito criado e imposto pelo legislador. Por isso, nos domínios do direito são desenvolvidos estudos voltados ao direito posto por uma autoridade e em decorrência disso se afirma sua validade.

Para Dimitri Dimoulis, Thomas Hobbes (1588-1679) é considerado o mais importante precursor do positivismo jurídico. Isso se dá em decorrência de que, para Thomas Hobbes, existe a possibilidade de identificar e analisar o direito de forma objetiva com independência em relação ao posicionamento valorativo empregado pelo observador. Ademais, o critério que determina a juridicidade reside, para Hobbes, no potencial de imposição efetiva e coativa na sociedade. Assim, a legitimidade do direito positivo se encontrava nesse potencial de ordenação e pacificação social. As premissas positivistas foram ganhando espaço juntamente com a monopolização do poder político pelos Estados que foram se configurando na forma capitalista que subsumia de forma bem proveitosa a forma racional de criação e aplicação do direito.

Dessa forma, para Dimitri Dimoulis os primeiros representantes do positivismo jurídico do século XIX se deram por meio da *École de l'exégèse* uma vez que se posicionavam no sentido de que todo o direito é positivo, e somente o direito positivo é direito. Na Alemanha da época, a Escola Histórica do Direito também é considerada como precursora do juspositivismo, uma vez que reagiam contra as pretensões universalistas do direito apregoadas pelos jusnaturalistas.

Contudo, ao se referir ao direito positivo, ou ao positivismo jurídico, deve-se considerar que existem dois grandes autores modernos que formam a base desse extrato cultural, a saber: Hans Kelsen e Hebert Hart. Esses autores são levados na devida conta (e às vezes não) quando se quer abordar o positivismo jurídico, diante da originalidade de suas formulações. Certamente que possuem base referencial para suas construções, no entanto, na atualidade não há como não utilizá-los, mesmo no caso dos pós-positivistas que pretendem superar o positivismo jurídico, mas lhe faltam melhores fundamentos. Por isso, dentre os autores acima, elege-se a formulação kelseniana da teoria pura do direito, para abordar tematicamente o direito (positivo).

1.4 O normativismo positivo de Hans Kelsen

O jurista e filósofo austríaco Hans Kelsen (1881-1973) é conhecido por ter desenvolvido uma teoria do direito que se tornou de forma bem acentuada um paradigma dominante. Ele elabora a *Teoria Pura do Direito* (1934)⁴ do alemão *Reine Rechtslehre* obra

⁴ A primeira edição alemã da obra foi publicada em 1934, sendo que em 1960 ocorreu a publicação da segunda edição. Neste trabalho utilizaremos a versão brasileira traduzida por João Baptista Machado, 6ª edição da editora Martins Fontes, 1998.

central de seu pensamento entre nós, não esquecendo que é autor de inúmeras obras significativas.⁵

Como é certo, Hans Kelsen (1998) faz abstração das forças sociais que criam o direito. Com isso, o objeto de análise da ciência do direito recai sobre o funcionamento do ordenamento jurídico por meio das normas jurídicas. Em sua busca por uma pureza metodológica no estudo do direito, ou seja, na sua visão puramente jurídica do direito, o autor pretende isolar o fenômeno jurídico de quaisquer interferências, sejam elas sociais, políticas ou morais.

Por isso, afirma que;

Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 1998, p.1).

Embora não negue a conexão existente entre o direito e o que ele chama de *elementos estranhos* que, como bem se sabe, recai sobre os aspectos sociais, morais e políticos, Hans Kelsen intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.

As normas sociais que regulam a conduta dos homens entre si não se resumem apenas a normas jurídicas. Paralelamente existem outras normas sociais, que nas palavras de Hans Kelsen (1998, p.67) “podem ser abrangidas sob a designação de Moral”. As normas jurídicas são disciplinadas pela ciência jurídica enquanto as normas morais são disciplinadas pela Ética e ambas são dirigidas ao conhecimento e descrição de normas sociais.

Em decorrência, quando não se faz uma clara distinção entre ambas, seja em relação aos limites existentes, seja confundindo a moral com a ética, a pureza de método da ciência jurídica é posta em perigo. Interessante ressaltar uma crítica kelseniana a respeito do aspecto interno e externo como critério de distinção entre a moral e o direito. Para o autor (1998, p. 68) essa concepção:

⁵ A título de ilustração podem ser destacadas entre os escritos de Kelsen: *Problemas Capitais da Teoria do Direito Político, desenvolvidos do ponto de vista da proposição jurídica (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz)* de 1911; *O problema da soberania e a teoria do direito internacional (Das Problem der Souveränität und die - Theorie des Völkerrechts)* de 1920; *Teoria Geral do Direito e do Estado (General Theory of Law and State)* de 1945; *O que é Justiça? (What is Justice?)* de 1957 e *Teoria Geral das Normas (Allgemeine Theorie der Normen)* de 1979.

frequentemente seguida, de que o direito prescreve uma conduta externa e a Moral uma conduta interna não é acertada. As normas das duas ordens determinam ambas as espécies de conduta. A virtude moral da coragem não consiste apenas no estado de alma de ausência de medo, mas também numa conduta exterior condicionada por aquele estado. E, quando uma ordem jurídica proíbe o homicídio, proíbe não apenas a produção da morte de um homem através da conduta exterior de um outro homem, mas uma conduta interna, ou seja, a intenção de produzir tal resultado. A conduta ‘interna’, que a Moral, diferentemente do Direito – segundo o ponto de vista de muitos filósofos moralistas –, exige, deverá consistir em uma conduta que, para ser moral, terá de ser realizada contra a inclinação ou – o que é o mesmo – contra o interesse egoístico.

Assim entendido, somente as condutas realizadas contra as inclinações egoísticas é que terão valor moral, devendo, dessa forma, agir por outros motivos. A moral está, neste caso, ligada aos *motivos* da conduta. Entrementes, Hans Kelsen não se satisfaz com isso, pois:

A norma de uma moral que apenas se refere aos motivos da conduta externa é imperfeita ou incompleta: apenas pode valer em combinação com as normas que prescrevem a conduta externa, e também estas normas têm de ser normas morais. Nem toda e qualquer conduta pode ser moral por ser realizada contra a inclinação ou o interesse egoístico [...] Uma conduta apenas pode ter valor moral quando não só o seu motivo determinante como também a própria conduta correspondam a uma norma moral. Na apreciação o motivo não pode ser separado da conduta motivada (KELSEN, 1998, p.70).

Dessa forma, não se pode conceituar a moral limitando-a a um agir que ignore o interesse egoístico e outras inclinações, o que diante do que já foi explicitado aparenta um paradoxo. Entretanto, de forma simples e direta Hans Kelsen (1998, *idem*) o resolve, ao afirmar que “somente se o conceito de Moral for assim delimitado é que Moral e Direito se podem distinguir”, ficando a moral relacionada à conduta interna e o direito à conduta externa.

Mas ao tratar da vigência de uma norma jurídica reconhece que ela depende de sua efetividade social, pois uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada é ineficaz. Entretanto, apenas para que não gere contradições posteriores, nesse ponto, acrescenta Luiz Fernando Barzotto (2007, p. 57) valendo-se das palavras de Kelsen que:

[...] o Sollen, longe de ser independente do Sein, coloca-se a reboque deste: afinal, somente se a conduta real dos homens corresponde geralmente ao significado subjetivo dos atos dirigidos a tal conduta, o seu sentido subjetivo é considerado também objetivo.

Respectivamente o *Ser* e o *Dever-ser* na doutrina de Hans Kelsen impõem, àqueles que pretendem estudá-los de forma apurada, certa atenção quanto a esse aspecto. É comum a referencia a esses dois *mundos* como distintos, porém em certos momentos é necessário ter cautela, pois como visto, por vezes, a dependência entre eles se torna necessária. Por outro lado, a *coação* é o critério decisivo para a definição do direito, pois não existem, para Hans Kelsen, ordens sociais desprovidas de sanção uma vez que o Estado é essencialmente uma ordem de coação centralizadora e delimitada no seu campo territorial de validade.

Tanto é assim que para distinguir o direito da moral a coação é determinante, pois:

O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral [...] quando se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não institui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme as normas e na desaprovação da conduta contrária as normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física (KELSEN, 1998, p.71).

As concepções de Hans Kelsen denotam sua intenção de deixar bem claro que o direito, embora se relacione com a moral, não pode ser incluído na sua caracterização enquanto ciência positiva. O direito positivo a partir de sua formulação ganha novos contornos e pode ser auto-legitimado diante da fonte permissiva-produtora da norma fundamental.

A norma fundamental (*Grundnorm*) kelseniana é o pressuposto de validade de todo o ordenamento jurídico. Se o direito é concebido como uma ordem normativa, “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma” (1998, p.215). Essa norma Fundamental não é posta por nenhuma autoridade, o que levaria a indagar quem está acima de tal autoridade, por isso, ela é *pressuposta* como última, mais elevada e representante da base de validade das demais normas.

A legitimidade e a juridicidade de qualquer norma dependem do que prescreve a norma fundamental. Trata-se de uma norma transcendental que permite a existência de um ordenamento, no caso o ordenamento jurídico, que fundamenta a própria Constituição. Toda produção normativa dentro do ordenamento jurídico obedece a uma lógica oferecida pela própria arquitetônica desse ordenamento. No que chamamos rotineiramente de *escalonamento de normas* destacam-se aquelas que disciplinam a produção das demais. Desde que obedecidos os procedimentos pré-estabelecidos para tanto a norma-produto ingressa no ordenamento jurídico com validade e legitimidade.

É a *dinâmica jurídica* que diferentemente da *estática jurídica* não se ocupa, como esta, da relação existente entre normas, mas sim, do processo de criação e reprodução de normas dentro do ordenamento jurídico. Nesse sentido salienta Fabio Konder Comparato (2006, p. 362) que:

O Direito como sustentou Kelsen é uma construção escalonada de normas (eine normative Stufenbau), em que as inferiores tiram a sua validade das superiores, até se atingir aquele primeiro pressuposto lógico-transcendental, que é a norma fundamental. A vida jurídica dispensa completamente, portanto, o juízo ético. Toda ordem jurídica, pelo simples fato de existir e funcionar segundo uma regularidade lógica interna, é necessariamente justa.

Isso demonstra que no positivismo jurídico formulado por Hans Kelsen a legitimidade de qualquer ordenamento jurídico não precisa extrair sua força de um juízo ético que remeta a valores externos ao próprio ordenamento, como os costumes, a política, ou neste caso a moralidade. Tal ordenamento retira sua legitimidade de critérios internos a sua lógica de funcionamento, como visto, respeitando o procedimento pré-estabelecido para a produção normativa. Em decorrência da ideologia do positivismo jurídico começa a surgir uma produção maciça de legislação codificada tendo como ponto de referência a Constituição. A concepção de Constituição como garantia dos abusos de poder se torna gradativamente o principal instrumento de estruturação do Estado, notadamente no que abrange a política e a economia. Torna-se volumosa, cheia de divisões e passível de alteração, porém mantém como necessidade de sua própria existência um mínimo inatingível por ela mesma.

A legitimidade e legalidade se entrelaçam no desenvolvimento ideológico positivista e isso proporciona a formulação e a execução de conteúdos normativos moralmente incompatíveis e indesejáveis, mas que *devem ser obedecidos*. Daí a crítica severa de Fábio Konder Comparato (2006, p. 363) ao afirmar que “os positivistas do direito contribuíram, decisivamente, para o surgimento, no séc.XX, de um dos piores monstros que a humanidade jamais conheceu em toda a sua longa história: o Estado Totalitário”.

Contudo, ainda que costumeiramente se evidencie o uso da tese positivista Kelseniana como instrumento legitimador da política de governo totalitária alemã do século XX, há os que apresentam outra visão. Dimitri Dimoulis (2006, pp. 257-264) destaca que o regime nazista não introduziu importantes modificações no ordenamento jurídico alemão, mas sim o reinterpreto de maneira particular. Ademais, possuíam um discurso ideológico que pretendia instituir um Estado de Justiça, deixando de lado o Estado de Direito, em decorrência de uma moralidade Hitleriana própria. Contrariava frequentemente a visão positivista fazendo

referência a valores do povo alemão e podiam contar com juizes fortemente politizados que buscavam adequar as normas com a situação do momento.

Assim, pode se concluir com mais precisão e menos generalizações repetitivas que a teoria positiva de Hans Kelsen não pode continuar sendo taxada como o alicerce de fundamento do regime nazista. Ainda que tenha servido aos interesses da época, tal rotulação se deve mais ao uso indiscriminado e desviante de uma leitura equivocada da teoria Kelseniana.

Hans Kelsen elaborou uma teoria lapidar. Pode ser manipulada pelos governos de diversas formas. A crítica acima revela tal fato. Assim, Michel Villey (2008, pp.185-186) argumenta no seguinte sentido:

Para Kelsen, o jurista deve lidar com as normas existentes 'efetivas', quaisquer que sejam; podem ser indiferentemente as normas do direito hitleriano ou do regime stalinista ou da República de Weimer. O jurista é neutro; pouco importa que esses textos visem a dominação da raça germânica sobre o mundo, a eliminação dos burgueses, a expansão das liberdades. A justiça não os julga. Ela os registra.

A racionalização da vida se fortalece, pois o homem pode deixar de lado a justificativa moral de suas ações em troca de uma pretensa legalidade do direito, corroborada pela força coercitiva do Estado. As convicções morais são lançadas no arcabouço das argumentações racionais do direito positivo.

1.5 Da relação entre direito e moral na modernidade.

Do exposto até o momento a respeito da moral e do direito podemos constatar que ambos podem ser estudados separadamente ou em estreita conexão diante da riqueza de conteúdo que possuem. Rotineiramente se assiste a intermináveis controvérsias acerca da polêmica que gira em torno da distinção entre ambas as categorias. Dessa forma, na atualidade formaram-se correntes de pensamentos, ou mais propriamente teorias, umas tendentes a incluir a moral no estudo do direito, outras a manter uma separação dita necessária para que se possa compreender o fenômeno jurídico.

Assim, passaremos a denominar a primeira de *moralismo jurídico* e a segunda, como já sedimentada no mundo jurídico, de *positivismo*. A corrente moralista se apóia na tese de que o elemento valorativo de origem moral, num sentido mandamental, influi tanto na validade quanto na interpretação das normas jurídicas. Nas palavras de Gustav Radbruch

(2004, p. 66) “a moral, por um lado, é o fim do direito, e, por outro, exatamente por isso, é fundamento de sua validade obrigatória”.

Adotando uma conduta normativa, o direito deve estabelecer um vínculo com a moral. Todos os participantes ativos da vida jurídica seja ele criador, aplicador ou julgador devem considerar a moral na tomada de decisões. A análise de obras de autores moralistas levou mais uma vez Dimitri Dimoulis (2006, pp. 85-99) a distinguir entre duas versões muito interessantes da tese da conexão entre o direito e a moral.

A *primeira* delas o autor denomina de *moralismo jurídico moderado*, que mantém o sistema jurídico aberto à moral e, por isso, recebe desta as suas influências. Essa versão que permite tanto a correção como o afastamento de normas jurídicas pelo uso de princípios ou valores morais possui duas dimensões, uma relacionada à *interpretação* e outra relacionada à *validade* das normas jurídicas.

No que interessa à interpretação, o aplicador deve fazer uso de valores morais mesmo na ausência de determinação expressa nesse sentido. Assim, o julgador deve adaptar a norma aos requisitos de correção moral fazendo uso de princípios jurídicos que podem não revestir a forma escrita e explícita, mas que se destacam pela flexibilidade e abertura das exigências morais.

A dimensão relacionada à validade é marcada por certa radicalidade, a saber, pretende que normas de direito que contrariem as exigências morais percam a validade. O autor deixa claro que essa opinião não é sustentada pelos jusnaturalistas modernos, sendo usada de forma relativa em casos extremos onde a imoralidade é latente.

A *segunda* versão que Dimitri Dimoulis apresenta é denominada de *moralismo jurídico radical*. Essa versão, como já se pode deduzir, afirma a união conceitual entre direito e moral de forma necessária e contínua. Por isso, se tem a afirmação do autor de que “o direito em vigor sempre incorpora a moral da comunidade em seu conceito e não se limita a receber influências morais, ‘vindas de fora’ para corrigir ou invalidar pontualmente normas jurídicas”, fazendo com que o direito não tenha sentido sem a moral.

Essa posição tem como expoente o filósofo americano do direito Ronald Dworkin (1931-) para quem, explica o autor, entender, definir e aplicar o direito é uma tarefa inseparável da reflexão moral e sua aplicação, não sendo, pois, desejável separar direito da moral. Nesse ponto há de se ressaltar a influência sempre presente e viva do pensamento de Immanuel Kant. Por outro lado, diferentemente dos adeptos do moralismo jurídico temos a corrente do *positivismo jurídico* que adota uma visão separatista, ou seja, não prega a necessária conexão entre o direito e moral.

Para essa corrente moral e direito são fenômenos normativos diferentes e não se fala em necessária conexão entre eles. Daí a afirmação de Hebert Hart encontrada em Dimitri Dimoulis (2006, p.99) de que “não é uma verdade necessária que o direito reproduz ou satisfaz certas exigências da moralidade, mesmo se frequentemente isso ocorre de fato”.

Contudo, o tema não é pacífico. Existem as inevitáveis e necessárias divergências. Numa tentativa de apresentar múltiplas definições e de estabelecer critérios de definição, o autor (2006, p.73-74) se vale dos cinco critérios elaborados por Hebert Hart que, sendo aceitos, mesmo que um só faz com que um autor se classifique como juspositivista, a saber: (1) o direito é um conjunto de mandamentos humanos (commands of human beings); (2) o direito (positivo) não está necessariamente vinculado à moral (no necessary connection); (3) o estudo do direito em vigor independe das análises sobre a sua origem, seu papel na sociedade e sua avaliação moral; (4) O direito é um sistema fechado e lógico que oferece resposta para todos os casos concretos, mediante deduções lógicas com base em normas jurídicas validas aplicadas independentemente de considerações políticas, éticas ou culturais; (5) Os juízos morais não podem ser fundamentados objetivamente e por essa razão é impossível que o direito se vincule à moral.

É interessante ressaltar que as definições de Hebert Hart, como adverte Dimitri Dimoulis, podem ser combinadas entre si permitindo dezenas de formulações possíveis. Ademais, é possível inserir nelas a presença do Estado e a capacidade do sistema jurídico em garantir a segurança jurídica como critérios de definição. Contudo, não se pode negar que tal formulação é abrangente e serve de base para que se possa caracterizar um dado fenômeno jurídico como positivista. Fica claro na observância dos conceitos expostos que a moral não se incorpora na atividade que o positivista pretende desempenhar.

De sorte, o exposto até o momento pretendeu explicitar os dois grandes sistemas normativos existentes nas sociedades, a saber: o direito e a moral. Destaca-se a existência de características próprias e da autonomia, mas guardam entre si uma estreita ligação. É exatamente essa estreita ligação que proporciona, no estudo do fenômeno jurídico, a possibilidade da criação das mais diversas teorias. Uma pretende isolar o fenômeno jurídico em sua positividade deixando o aspecto moral à parte. Outros pretendem uní-los no intuito de melhor explicar (e aplicar) o direito de forma pragmática.

2 – DIREITO E MORAL: LEITURA EXTERNA DE SEUS PRESSUPOSTOS LEGITIMATÓRIOS

Nesse ponto a atenção se volta ao tratamento da legitimidade do direito no contexto das formulações contemporâneas. A leitura externa se relaciona diretamente com os aspectos sociológicos do direito, a saber, um sistema normativo de regras que a seu modo produz coesão social e ameniza expectativas de comportamento. Adverte-se desde já que não será possível uma leitura externa isolada de seus elementos internos, principalmente no que se inclina à moral e a uma nova forma de racionalização. Aliás, como se verá adiante a moral e o direito se encontram novamente de forma determinante para o presente estudo.

Para tentar demonstrar como o direito se legitima nas sociedades de nosso tempo elege-se a especulação filosófica do alemão Jürgen Habermas como referencial teórico principal dessa nova etapa do trabalho. A tentativa é explicitar sua maneira de ver e de problematizar questões pontuais como a moral, o direito e a legitimidade das normas de direito positivo sob o prisma de sua teoria crítica da sociedade. Assim, algumas noções preliminares são relevantes para localização do assunto.

Jürgen Habermas, nascido em 1929 na cidade de Düsseldorf, desenvolveu seus estudos em Göttingen, Zurique e Bonn, nas áreas de Filosofia, História, Psicologia, Literatura alemã e Economia. É conhecido como sendo membro da “segunda geração” da Escola de Frankfurt, onde ingressou como assistente de Theodor Adorno no Instituto de Pesquisa Social. Professor da Faculdade de Heidelberg a partir de 1962, porém, em 1964 assume a cadeira de Sociologia e Filosofia da Universidade Johann Wolfgang Goethe, em Frankfurt, ocupada anteriormente por Horkheimer.

Sua grande evidência como herdeiro da escola de Frankfurt se dá em decorrência da nova visão que emprega sobre a teoria crítica da sociedade e, por isso, chega a ser advertido por estar invertendo a relação mundo social e razão. Conforme a leitura de Bárbara Freitag, (2004, p.106) no pensamento crítico da escola, não é a organização racional dos procedimentos sociais que cria a razão, conforme pretendia Habermas, e sim ao contrário, a razão preexistente nos sujeitos que organiza racionalmente o mundo.

Autor de inúmeras obras⁶ e no exercício da atividade intelectual nos dias de hoje, prosseguiu os estudos do Instituto, mas com nuances bem diferentes do pensamento

⁶ Entre os principais escritos de Habermas podemos destacar algumas versões em língua portuguesa com os seguintes títulos: Mudança Estrutural na Esfera Pública; Conhecimento e Interesse; Para a reconstrução do

dominante. Proclamava o fim da filosofia da consciência e a necessidade de uma mudança radical do paradigma para libertar o debate sobre a razão de certas aporias. Nesse ponto Celso Luiz Ludwig, (1997, p.70) esclarece que:

Neste novo paradigma não se identifica mais o sujeito na sua relação com objetos para conhecê-los e domina-los (paradigma da consciência). O sujeito passa a ser visto como o interlocutor que se obriga historicamente a entender-se com outros *sujeitos*, entender-se sobre o que pode significar conhecer objetos e *dominar* objetos. O enfoque prevalente se dá não na ótica da autoconsciência do sujeito como *fundamento* ou *atividade*, mas na intersubjetividade reconhecida, em que os atores são sujeitos capazes de linguagem e ação.

Com isso, posicionava-se no sentido de que a premissa que vinculava o conhecimento racional à dominação fizera com que o projeto dos ideais modernos de emancipação social não obtivesse êxito. Como se trata de um autor cujo horizonte especulativo é abrangente, pois suas obras retratam tal afirmativa, surge a necessidade de concentração num dado aspecto, notadamente no tema que gira em torno das seguintes afirmações: como se configura, ou deveria configurar a legitimidade do direito, como sistemas de normas, numa época de sociedades não metafísicas? Qual o ponto de vista, a saber, a proposta habermasiana de um agir comunicativo pautado pela formação discursiva da vontade? Onde se localiza a moral com o abandono das tradições que influenciavam a formação normativa de regras sociais?

Ao longo da tentativa de explicitar essas indagações, certamente surgirão outras questões que servirão como base de compreensão. Dessa forma, passa-se a tratar desses assuntos de forma mais objetiva, concentrada nas obras habermasianas e valendo-se de importantes contribuições de autores que se dedicam a essa vertente de estudo.

2.1 Prévio diagnóstico habermasiano da modernidade

A teoria da modernidade em Jürgen Habermas é marcada pela tentativa de superação dos paradigmas até então dominantes para explicar o processo de reificação que se tornou evidente nas sociedades modernas. Para tanto, neste tópico, parte-se dos estudos realizados

Materialismo Histórico; Teoria da Ação Comunicativa, na versão espanhola; Direito e Democracia: entre facticidade e validade vol. I e II; A inclusão do Outro, O Discurso Filosófico da Modernidade; O Futuro da Natureza Humana, Consciência Moral e Agir Comunicativo; Diagnóstico do Tempo; O Ocidente Dividido; Agir Comunicativo e Razão Descentralizada; Crises de Legitimação no Capitalismo Tardio; Era das Transições; Pensamento Pós-Metafísico; Direito e Moral, dentre muitos artigos e entrevistas.

por Lucia Aragão em seu texto intitulado *Habermas: filósofo e sociólogo de nosso tempo* (2002) onde a autora apresenta uma síntese profícua da vida intelectual do autor em questão e dedica um capítulo ao assunto referente a modernidade em Jürgen Habermas.

Jürgen Habermas abandona o ponto de vista marxista da oposição de classes, determinante que era para a dinâmica interna da monetarização e burocratização das relações sociais, em prol das análises de Max Weber sobre o processo de modernização cultural e social. Para tanto, prefere fazer sua própria leitura do legado weberiano, numa tentativa de superação da própria leitura feita pelos membros da escola de Frankfurt.

Assim, a autora explica que o paradigma marxista passa a ser abandonado por Jürgen Habermas, pois se tornara insuficiente para explicar o processo de reificação latente nas sociedades atuais. Em conseqüência, surge em Max Weber uma nova proposta que vê na oposição de classes efeitos que vão para além da situação de classe, ou seja, irradiam-se para as sociedades em geral. Ademais, como membro da escola de Frankfurt, igualmente não se contentava com a releitura Luckácsiana de Max Weber. Tal releitura que cominou numa *teoria da consciência de classe* foi substituída por uma *teoria da cultura de massa* formulada por Horkheimer e Adorno.

A teoria da consciência de classe pregava a tomada de consciência da classe operariada da sua situação de classe expropriada em decorrência da transformação da força de trabalho em mercadoria. Essa situação de classe era a causa da reificação das relações sociais. Jürgen Habermas, então, acredita que os frankfurtianos se enveredaram por um beco sem saída. Isso em decorrência da não localização das causas da deformação dos contextos do mundo vital, estruturados comunicativamente na hipertrofia da racionalidade instrumental.

Com isso, Jürgen Habermas indica três posições que em sua opinião são mais adequadas para analisar a *coisificação do humano*, a saber, a não total perniciosidade da razão instrumental, pois possui pontos positivos do ponto de vista da integração sistêmica, embora não da integração social; o estudo da razão comunicativa coordenadora das ações e por fim a lógica interna aos processos comunicativos permitiria opor resistência à colonização do mundo vital. Dessa forma, as sociedades deveriam ser submetidas tanto a análise funcional da racionalidade sistêmica, quanto a análise estrutural da racionalidade comunicativa.

Lucia Aragão (2002, p.157) afirma que Jürgen Habermas:

de um só golpe, pretendia conseguir ultrapassar as limitações tanto das análises quanto das soluções propostas por todos os pensadores anteriores, desde Marx, passando por Weber, Luckács, Horkheimer e Adorno, e também Marcuse. É uma enorme empreitada [...].

Diante dessa constatação, para que se possa esboçar uma compreensão da proposta habermasiana há a necessidade de percorrer, embora objetivamente, a teoria weberiana da modernidade, como propõe a autora. Isto se dá porquanto partindo de Max Weber, as esferas de ação humanas são tomadas de forma autônoma, sendo elas, obedientes a tipologias distintas de racionalidade.

2.2 A modernidade em Max Weber

Max Weber a partir de seu estudo sobre a sociologia das religiões pôde apresentar um modelo de racionalização da sociedade marcado por uma ética protestante. Daí escrever *Ética protestante e o espírito do capitalismo* (1904-1905) onde a *diferenciação da economia capitalista e do Estado moderno proporcionam a modernização da sociedade européia antiga*. Nesse caso um sistema é responsável pela estabilização do outro e o direito formal surge como meio de organização e interação interna dos dois sistemas.

Assim, será comumente citado o *processo de desencantamento do mundo* que propiciou o surgimento do racionalismo ocidental. Nas palavras de Lucia Aragão (2002, p.158):

É este processo em que as esferas de valores culturais, a saber, a ciência e a tecnologia, a arte e a literatura, o direito e a moralidade, foram se diferenciando das visões de mundo religioso-metafísicas – transmitidas pelos gregos e, acima de tudo, pelas tradições judaico-cristãs, e se instituindo como campos autônomos de saber e, posteriormente, como sistemas culturais de ação – que se coloca como fator explicativo determinante para o surgimento da era moderna no Ocidente. Nessa diferenciação, surgem três esferas de valores, uma cognitiva, uma expressiva e uma moral, cada uma das quais segue sua própria lógica e desenvolve uma tensão com os demais elementos da cultura, correspondente a esse esforço de autonomização.

A esfera moral em Weber se destaca enquanto racionalismo ético e jurídico. O termo *racionalização* pode ser designativo também para a *autonomia* crescente do direito e da moralidade, bem como para as doutrinas legais e éticas. Trata-se da autonomia em relação as visões religiosas e metafísicas em que se baseavam. Com isso, o direito formal ganha espaço juntamente com uma ética profana da convicção e da responsabilidade. Há também em Weber, como expõe a autora, a racionalização das visões de mundo e, diante da racionalização religiosa, a “transposição da racionalização cultural em racionalização societal” (2002, idem).

Uma conduta de vida metódica associada a uma ética vocacional dos funcionários governamentais e empresários, mais as medidas organizacionais oriundas do direito formal são fatores que favorecem a racionalização societal e perfazem as condições iniciais de modernização. Esses fatores estão alicerçados nas mesmas estruturas de consciência, a saber, representações legais e morais pós-tradicionais. Essas estruturas são corporificadas nas instituições do direito formal e podem ser visualizadas na configuração do sistema judicial, na organização do comércio e na administração do governo.

Diante disso, “a ética protestante traduziu-se em orientações de ação ascético-profissionais das classes que deram origem ao capitalismo, além de motivações que atingiam o sistema de personalidade” (2002, p.159). As orientações de uma ação racional objetivada em fins pode se expandir nos domínios econômicos e administrativos da vida. Esse processo racional fruto do processo de desencantamento das cosmovisões de mundo se deu em decorrência da diferenciação ou autonomia das esferas de valor.

Lucia Aragão afirma que a racionalização weberiana encampa toda a extensão do conhecimento empírico, de capacidade preditiva, de domínio instrumental e organizacional de processos empíricos. Dessa forma, a autora exemplifica com generosidade os desdobramentos empíricos característicos do Ocidente, a saber,

A ciência natural moderna, que traduz o conhecimento teórico de forma matemática e testa-o com o auxílio de experiências controladas; e a especialização da atividade científica nas universidades; a produção escrita de produtos literários para o mercado e a institucionalização da arte em teatros, museus, periódicos, etc.; a música harmônica na forma de sonatas, sinfonias e óperas, e os instrumentos orquestrais (órgãos, piano e violino); o uso da perspectiva linear e aérea na pintura, e os princípios de construção na grande arquitetura; a jurisprudência científica, instituições de direito formal e a administração da justiça através de funcionários especializados; o comércio regulamentado pelo direito civil e a empresa capitalista orientada para o lucro, pressupondo separação entre o doméstico e o negócio, tendo a seu dispor a contabilidade racional, organizando o trabalho formalmente livre do ponto de vista da eficiência, e utilizando o conhecimento científico para incrementar a fábrica e a organização do negócio; finalmente, a ética econômica capitalista, que é parte de uma conduta racional de vida (ARAGAO, 2002, p.159).

Esse diagnóstico de situações de fato proporcionadas pela nova forma de racionalização, sobretudo instrumental, pode ser entendido como uma leitura das transformações de época experimentadas pelas sociedades do Ocidente. No entanto, porque o Ocidente? Essa indagação que Max Weber fez a si próprio não possui uma resposta simples. De uma forma geral verifica-se como determinante o politeísmo dos valores da cultura

ocidental, a oposição entre ética e a religião de um lado e religião, ciência e arte de outro, como vocações antagônicas.

Essas esferas representam núcleos cognitivos que entram em descompasso, pois há uma ciência produtora de uma compreensão científica do mundo que serve como referência do processo histórico de desencantamento das visões tradicionais. Com isso surge uma aristocracia egoísta que domina a cultura racional. Também há nesse ínterim a formação de uma ética universalista que apregoa princípios universalistas que indicam uma fraternidade que pode ser desenvolvida no seio da sociedade.

A vida metódica entra em choque com os elementos estéticos expressivos da cultura bem como com as orientações de valores de cunho libertador que fazem surgir estilos de vida como a boemia, a cultura do amor, do sexo e do erotismo. A autora destaca como importante para a constituição das sociedades modernas as esferas de valores culturais. Elas permitem a diferenciação valorativa entre sistemas que representam esferas da vida. Racional e irracional, no que tange a valores, geram uma tensão, pois a autonomia decorrente da racionalização permite um desenvolvimento apoiado na lógica interna do próprio sistema.

O processo de racionalização cultural permitiu o desenvolvimento de uma ciência do direito, bem como da arte e da moral de forma autônoma. Diante disso foi possível surgir uma nova forma de organização social, notadamente uma sociedade com modo de produção capitalista. Esse “espírito capitalista” é corroborado por uma ética vocacional e um direito formal e uma economia racional finalística. Dessa forma, sistema de produção capitalista e Estado moderno são elementos inseparáveis nas sociedades modernas.

Prossegue a autora afirmando que em Weber o sistema capitalista de produção e o Estado moderno formam um molde institucional que se torna possível diante do alargamento da “ação razão-intencional a todos os níveis da sociedade, começando pela cultura, se solidificando no sistema de personalidade, até alcançar a sociedade, através das novas instituições que ali se constituem e lhe dão sua feição mais definida” (2002, p.161).

Uma consequência dessa nova racionalização pode ser observada na crescente burocratização que preocupa Max Weber no sentido da intensificação da reificação das relações sociais. Para tanto é pertinente não deixar de lado alguns comentários a esse respeito antes de abordar a releitura habermasiana de Max Weber.

2.3 A burocracia em Max Weber

A burocracia em Max Weber é considerada como uma especificidade da administração moderna no intuito de solucionar muitos de seus problemas. Intimamente ligada aos tipos de dominação legítima, conforme visto anteriormente, mais precisamente na dominação de tipo racional-legal que depende de um aparelho administrativo capaz de fazer valer as regras de direito positivo impostas, a burocracia atua na base da administração dessa forma de dominação. Para explicar esse fenômeno, Norberto Bobbio (1998, pp. 125-128) parte de certas perspectivas, que levam em conta a burocracia como conceito, como modelo histórico e ligado a teorias seculares da burocracia.

Na primeira perspectiva, leva-se em consideração a existência de *regras abstratas* que vinculam o administrador, os dominados e o próprio dominante. Com isso, a legitimidade das ordens liga-se aos limites impostos por quem as emite e por aquele que está incumbido de executá-las. Nasce aí uma *relação de autoridade* marcada por posições hierárquicas inseridas em contextos delimitados de competência funcional que distingue a pessoa do cargo na mais estrita formalidade possível de realização dos atos. Essas pessoas que compõem a burocracia administrativa assumem suas posições diante de qualificações técnicas específicas.

Na segunda perspectiva apresentada, a burocracia como *modelo histórico* ganha forma dinâmica aonde é considerada a existência de um modelo de racionalidade legal, o desenvolvimento de uma economia monetária e a expansão qualitativa e quantitativa das funções administrativas. Assim, decorre na modernidade efeitos que podem ser visualizados na concentração dos meios de administração entre os que detêm o poder, o nivelamento das diferenças sócias de outrora, ou seja, o recrutamento do pessoal obedece a regras abstratas e iguais para todos e por fim os potenciais conflitos inerentes a um sistema de domínio legal-burocrático.

Por fim, a terceira perspectiva que considera as *teorias seculares da burocracia* refere-se a pré-condições históricas que são satisfeitas ou não dependendo do rumo específico a burocratização pretende seguir em cada caso histórico. Norberto Bobbio chama a atenção nesse ponto, uma vez que, prezam pela amplitude configurada na obra weberiana que tem como exemplo os delineamentos traçados por Max Weber a respeito da burocracia patrimonial chinesa, o surgimento e manutenção da burocracia na Europa ocidental e as especificidades da administração da Inglaterra.

Dessa forma, a burocratização se perfaz mais uma vez num dos elementos chave para a compreensão da teoria da modernidade em Max Weber. É um quadro onde o sistema social passa a ser auto-regulável permitindo que empresas privadas organizem a produção econômica e a administração pública seja transformada em burocracia pública. Com isso

surtem organizações altamente flexíveis do ponto de vista interno e externo e esses instrumentos lhe permitem atuar em outras áreas de domínio social.

Como exemplo dessa organização constata-se a emergência da empresa capitalista que proporciona um distanciamento em relação à vida privada de seus membros. Neste caso há uma nítida distinção entre o contexto da vida privada em relação à da organização que precisa se tornar independente das tradições culturais em geral, fornecendo seus próprios meios de obtenção de legitimação para que possam atuar. Há também a necessidade de independência em relação às práticas sociais, a qual é obtida com a cisão do social em duas esferas de ação, a saber, ação racional com respeito a fins e a ação racional com respeito a valores.

Diante dessa cisão do social em duas esferas de ação ocorre a perda das convicções partilhadas coletivamente. O desencantamento do mundo com o enfraquecimento das cosmovisões religiosas e metafísicas se perfaz num processo onde a razão objetiva se reduz à razão subjetiva. A cultura que emprestava um arsenal de convicções para garantir integração e reconciliação de interesses particularísticos não conserva mais esse poder. Assim, temos a *tese da perda de sentido* das tradições. O que antes representava uma razão justificadora, arraigada no poder integrador da tradição mítica e religiosa cede lugar a uma nova forma de racionalização altamente técnica e burocratizada. Isso se adequa perfeitamente aos novos tempos de predomínio do sistema capitalista de produção.

Ao lado da *tese da perda de sentido das tradições*, há também a *tese da perda de liberdade do homem* em decorrência dessa crescente burocratização, assunto este que será explicitado no tópico referente a teoria da modernidade em Jürgen Habermas. Diante desse quadro a racionalização moderna poderá ser considerada desigual e serem detectadas práticas sociais mais racionais que outras. Ademais, deve se levar em conta a “impossibilidade de uma definição unívoca do racional em Weber, pois, devido ao antagonismo dos valores últimos, há irreduzível heterogeneidade dos fins em função dos quais medimos a irracionalidade de uma prática” (ARAGÃO, 2002, p.164).

2.4 O posicionamento habermasiano sobre a leitura de Max Weber.

Em Jürgen Habermas o paradoxo de nossa época não se encontra na diferenciação de dois tipos de *orientação da ação*, mas sim na diferenciação entre dois *princípios de associação*. Para ele, em Max Weber, a análise dos sistemas de ação social, sob a ótica da

razão instrumental, excludente da razão moral-prática e estético-prática que torna a orientação por valores irracional sob o ponto de vista da orientação finalística, é um fator problemático. Some-se a isto o paralelo estabelecido entre sistema de modernização social capitalista e racionalização societal em geral.

Com isso, a pretensão habermasiana adota um perfil reconstrutivo que Lucia Aragão (2002, p.166) nos apresenta da seguinte forma:

Esta reconstrução implicaria separar, analiticamente, a racionalização dos contextos da ação comunicativa, de um lado, e a emergência dos subsistemas da ação racional econômica e administrativa, de outro, concebendo as divergências de orientação entre as duas tendências como fruto da oposição entre princípios de integração societal distintos, a saber, o *princípio de integração social*, responsável pelo desenvolvimento da lógica da racionalização comunicativa, ou pela diferenciação das esferas do mundo vital entre cultura, sociedade e personalidade; e o *princípio de integração sistêmica*, provocador da institucionalização dos sistemas econômico e administrativo.

Trata-se de uma dupla perspectiva, pela qual a sociedade moderna pode ser retratada, que combina os conceitos da teoria da ação com os conceitos da teoria sistêmica. Com relação aos conceitos da teoria da ação, estes deveriam ser estendidos a uma teoria da ação comunicativa ligada ao *conceito de sociedade enquanto mundo da vida* estruturado diferencialmente em cultura, sociedade e personalidade. Os conceitos da teoria social se desdobrariam em dois níveis de autonomia crescente de seus contextos de ação integrados sistematicamente, em relação aos contextos do mundo vital integrado comunicativamente.

Nesse sentido, entende a autora (2002, p.167) que:

A pressuposição de Habermas é a de que um mundo vital, progressivamente racionalizado, é desmembrado e tornado dependente dos domínios de ação complexos, formalmente organizados, da economia e da administração estatal. Essa *mediatização* do mundo da vida pelos imperativos sistêmicos assume a forma de uma *colonização interna* – isto é, de uma patologia social – quando os *desequilíbrios* das crises na reprodução material do mundo vital (crises sistêmicas) só podem ser evitados à custa de perturbações na sua reprodução simbólica, isto é, como crises ameaçadoras da sua identidade, experimentadas subjetivamente.

Com o estabelecimento dessa relação teórica entre teoria da ação e teoria sistêmica Jürgen Habermas pretende fundar sua teoria da modernidade que tenta explicar a emergência das sociedades capitalistas modernas do Ocidente.

2.5 A teoria da modernidade em Jürgen Habermas

As sociedades pré-capitalistas de tipo feudal possuíam capacidade de orientação limitada, o que ameaçava a continuidade dessas sociedades. Com o surgimento das sociedades capitalistas surgem instituições modernas, a saber, a economia e a administração, que são mais apropriadas para solucionar os problemas de reprodução material crescente. Isso se dá em decorrência da presença do Estado que pôde institucionalizar o mecanismo do dinheiro, bem como criar uma ordem legal privada para os burgueses. Surge, em decorrência, um processo econômico despolitizado, livre de valoração moral e proporcional ao Estado territorial.

Essas instituições modernas, por outro lado, *corporificam* estruturas de consciência mais avançadas que antes. A institucionalização da ação racional com respeito a fins, feitas pelo direito positivo e pela ética vocacional, fez surgir orientações das ações condizentes com a configuração societal capitalista. O direito positivo teve que substituir sua base de validade, antes centrada na tradição, por uma base guiada por argumentos racionais. Com essa mudança de base o direito positivo se torna autônomo em relação a moral tradicional, daí falar em moral pós-tradicional do direito positivo.

Quanto à ética vocacional, esta foi responsável por formar uma consciência moral baseada em princípios que se constitui numa base motivacional abrangente das esferas da vida social. Lucia Aragão (2002, p.169) detecta que “a institucionalização dos mecanismos *dinheiro e poder* para a organização econômica e administrativa demandou a positivação e formalização do direito”

Além disso, conforme a autora, para Jürgen Habermas – apoiado na análise weberiana – há, nas visões de mundo racionalizadas da modernidade, um potencial cognitivo disponível para a transformação social. Dessa forma:

A existência de estruturas de visões de mundo disponíveis nas religiões ocidentais permitiria uma diferenciação das esferas de valores culturais, que possuem lógica interna própria, e a introdução de representações legais e morais pós-tradicionais. Esta seria uma *condição necessária* para a interpenetração da ética e das questões mundanas, ou seja, para a transformação da ordem profana, de modo que se poderia perceber a afinidade entre “a ética protestante” e “o espírito do capitalismo” (ARAGÃO, 2002, p.170).

Também conta nessa tentativa de explicar e emergência da empresa capitalista na modernidade algumas condições suficientes que possibilitaram a institucionalização e

estabilidade das estruturas de racionalidade pós-tradicional. Dessa forma, Jürgen Habermas apresenta a localização das cidades medievais, a estruturação da Igreja Católica, a lei canônica exemplar, a disputa entre poder religioso e secular, os direitos políticos dos cidadãos e por fim a descentralização do poder político numa sociedade que apresentava uma cultura quase homogênea, como sendo essas condições.

Assim, Jürgen Habermas pretende identificar as *fases do processo de aprendizagem social* com o *processo histórico*. Para o autor, em Max Weber o processo de racionalização desencadeou um processo de aprendizagem. Esse processo de racionalização atingiu as esferas da cultura e da personalidade e, por conseguinte as ordens institucionais. Com isso, “as esferas de ação formalmente organizadas (economia e administração capitalistas) só puderam se liberar dos contextos do mundo vital *depois* que as próprias estruturas desse mundo da vida se diferenciaram suficientemente” (ARAGÃO, 2002, p.170).

Para finalizar esse ponto, nas palavras da autora:

A juridificação das relações sociais requer alto grau de generalização de valores, desprendimento extensivo da ação social de contextos normativos e separação entre moralidade e legalidade na vida ética concreta. O mundo da vida tem que ser racionalizado a tal ponto, que as esferas da ação eticamente neutralizadas possam ser regulamentadas legitimamente por processos formais de decretação e justificação de normas. Para isso, a tradição cultural deve ter chegado ao ponto em que as ordens legítimas não precisam mais recorrer aos fundamentos dogmáticos firmemente apoiados na tradição; e as pessoas podem agir autonomamente dentro de escopos de contingências marcados por esferas de ação normativas abstrata e geralmente, de tal modo que possam mudar de contextos de ação definidos moralmente para o entendimento mutuo, para as esferas de ação legalmente organizadas, sem ameaçar suas identidades próprias (ARAGÃO, 2002, p.171).

Entrementes, nas sociedades modernas essa crescente burocratização e monetarização serão responsáveis por paradoxos inevitáveis. Conforme a leitura de Jessé Souza em *Patologias da modernidade: um dialogo entre Max Weber e Jürgen Habermas* (1997, p. 104) a tese weberiana, na visão de Jürgen Habermas, é constituída na sua formação básica por dois fenômenos, a saber, as teses de perda de liberdade e de perda de sentido.

A tese da perda da liberdade está relacionada com as esferas da economia e da política. No mundo moderno essas esferas são as principais responsáveis pela *intensa burocratização da sociedade*. Dessa forma, com esse alargamento expansivo da burocratização que atinge praticamente todas as esferas da sociedade, surge um efeito reverso, pois *os espaços de ação individuais reduzem-se crescentemente*.

Por outro lado, verifica-se uma perda de “*conteúdo ético*” nas relações sociais. Seja no mundo do trabalho, no cultural e nas relações de poder, uma lógica externa e estranha aos homens é imposta sobre a totalidade das esferas que perfazem a vida social. Uma cobertura na camada das esferas da vida com esse perfil se expressa na tese da perda de sentido.

Esclarece o autor que para Jürgen Habermas essas teses fazem sentido na atualidade, por isso, não perderam em atualidade. Uma é consequência da outra e ambas estão relacionadas com o processo de racionalização, conseqüentemente a racionalização societária e a racionalização cultural. Para tanto, propõe uma *interpretação alternativa do processo de racionalização ocidental no intuito de negar a ausência de saídas para o paradoxo da modernidade*.

A nova roupagem Habermasiana transforma a tese da perda da liberdade em favor da *colonização do mundo vivido* e a tese da perda de sentido por um *enfraquecimento ou empobrecimento do mundo vivido*.

Jessé Souza (1997, p.43), explica que para Jürgen Habermas, o mundo vivido significa:

o lugar transcendental do indivíduo no qual ele está desde sempre inserido, e em relação ao qual é impossível uma atitude de distância. Ele é também o lugar que permite as condições de possibilidades do entendimento e da crítica.

Com isso, a tese da colonização do mundo vivido é explicada com a ajuda da tese da diferenciação que afirma que a substituição da ética pelo direito significa a institucionalização dos meios regulativos. Isso irá implicar numa exigência de adaptação no que diz respeito a padrões formais circunscrevendo campos de atuação organizados. Essa crescente monetarização e burocratização da força de trabalho embora provoquem rompimentos nas formas de vidas tradicionais proporciona um ganho em *eficiência* que pode ser observado numa melhora na resolução dos problemas atinentes à reprodução material do mundo vivido. Com relação à tese Habermasiana da fragmentação do mundo vivido, Jessé Souza a vê como uma derivação modificada da tese da perda de sentido, uma vez que:

o empobrecimento ou a fragmentação do mundo vivido afirma que a apropriação e a elaboração profissional e especializada da tradição cultural a partir de cada um dos três aspectos de sua validade, que surgem como consequência das esferas de valor culturais, cria um abismo entre a cultura dos especialistas e da massa que representa, na prática, a desintegração do elo orgânico de apropriação da crítica da tradição herdada no contexto da prática cotidiana (SOUZA, 1997, p.111).

Tanto Max Weber, quanto Jürgen Habermas concordam com a crescente burocratização e monetarização do mundo moderno. Ademais, a Ciência e a técnica estão voltadas para além da reprodução material, pois são fontes de dominação e poder nas superpotências mundiais. Além disso, concordam com a perda do conteúdo ético das relações tão fortemente caracterizados das sociedades tradicionais. Entretanto, o que para Weber representa as conseqüências das patologias da modernidade em Habermas é o que permite a exposição da seletividade e contingência do processo de modernização ocidental, o que prejudicariam a atualização do potencial de racionalidade existente nas sociedades modernas.

Esse diagnóstico da modernidade em Jürgen Habermas ilustra a tentativa do autor em superar paradigmas e posicionamentos. Certamente que suas formulações não se esgotam nessas breves passagens. A pretensão aqui foi explicitar o fato de que se trata de um autor cujas formulações se entrelaçam intensamente. Seria arriscado, como o é, partir diretamente para o ponto que se pretende, ou seja, suas considerações sobre o direito e a moral nas sociedades modernas, sem considerar alguns pontos essenciais de sua doutrina. Tanto é assim, que já se pode redirecionar o foco do trabalho na tentativa de demonstrar a localização e função do direito conforme sua teoria.

Para chegar à categoria do direito em Jürgen Habermas percorrer-se-á as etapas da razão prática à razão comunicativa, do agir comunicativo, as dimensões da validade do direito e por fim apresentar o direito como mediun da tensão entre facticidade e validade que aborda a positividade e aceitabilidade racional.

2.6 A categoria do direito

2.6.1 Da razão prática à razão comunicativa

Jürgen Habermas escreveu em 1992 a obra intitulada *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Esta tradução em língua portuguesa é dividida em dois volumes dos quais se utiliza nesse momento o primeiro volume. Nele Jürgen Habermas entende que a razão prática pretendia orientar o indivíduo em seu agir e para tanto se valia do direito natural como forma inequívoca de configurar normativamente a ordem política e social. Com a teoria do agir comunicativo o autor pretende substituir a razão prática pela comunicativa. A pretensão ao mesmo tempo em que converge a razão para o *médium* lingüístico, também se configura numa forma de aliviar a ligação exclusiva com o elemento moral.

O *médium* lingüístico é um ponto chave de sua teoria. Com ela há a possibilidade de desenvolvimento da razão comunicativa que ao contrário da razão prática não necessita de um ator sujeito ou macrosujeito sóciopolítico institucionalizador das ações. A razão prática tem como modelo o sujeito. Quando se quer sair da singularidade que o sujeito pressupõe, esse continua a integrar a razão prática, porém na sua forma superdimensionada. Daí se falar em macrosujeito, no sentido de uma sociedade organizada sob a forma de Estado, onde os sujeitos representam as partes que entre si forma o todo.

Dessa forma a razão comunicativa “não pode ser vista como capacidade subjetiva, capaz de dizer aos atores o que eles devem fazer” (2003, p.20), assim:

A razão comunicativa, ao contrario da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir. Ela possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual (HABERMAS, 2003, idem).

Esses pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual não estão relacionados com uma orientação obrigatória do agir, do tipo dever ser, mas com as idealizações inevitáveis que são pressupostas por aqueles que buscam o entendimento de algo que existe no mundo. Com isso, aquele que fala tem de utilizar expressões que possam ser entendidas por meio de proposições verdadeiras e corretas para que se alcance o entendimento.

Por isso a razão comunicativa visa o entendimento e para tanto emprega o que Jürgen Habermas denomina de *enfoque performativo*. Tal enfoque possibilita que a argumentação discursiva da vontade seja aberta à possibilidade de crítica e de problematizações. Uma vez que “não é informativa, nem imediatamente prática” (2003, p.21) a razão comunicativa liga-se a pretensões de validade, a saber, à inteligibilidade, à verdade, à veracidade, e a retidão. Dessa forma, ela não pode determinar como se deve agir.

De uma forma ampla pode-se afirmar com segurança com base nos escritos de Jürgen Habermas que ele utiliza a razão comunicativa no “âmbito de uma teoria reconstrutiva da sociedade” (2003, idem) modificando o conceito de razão prática. É a concepção *normativista* da razão prática que Habermas combate. Para o autor:

Teorias normativas expõe-se a suspeita de não levarem na devida conta os duros fatos que desmentiram, faz tempo, a autocompreensão do moderno Estado de direito, inspirada no direito racional. Pelo ângulo da objetivação das ciências sociais, uma conceituação filosófica que insiste operar com a alternativa: ordem estabilizada através da semântica de transição da baixa modernidade, que se tornou obsoleta a partir do momento em que se passou

de uma sociedade estratificada para sociedades funcionalmente diferenciada (HABERMAS, 2003, p.22).

Dessa forma, Jürgen Habermas afirma que a moralidade fundada em princípios necessita de complementação por meio do direito positivo e que questões de teoria do direito vão além de determinados conceitos oferecidos por uma razão normativa. Assim sua teoria do direito e do Estado de Direito apoiada no princípio do discurso mesmo que incorpore questionamentos tradicionais visa um novo caminho (2003, p.23).

2.6.2 - O agir comunicativo

É por meio da teoria do agir comunicativo que Jürgen Habermas tentará assimilar a tensão existente entre facticidade e validade, pontualmente pelo fato de que “o conceito do agir comunicativo atribui às forças ilocucionárias da linguagem orientada ao entendimento a função importante de coordenação da ação” (2003, p.25).

No entanto, ocorre que quando a teoria do agir comunicativo se lança nessa tarefa, permanece uma ligação entre sociedade e razão, fruto do pensamento clássico, que é visto como “um nexos entre circunscrições e coerções pelas quais transcorre a reprodução da vida social”. Por outro lado, a teoria do agir comunicativo “não abandona a idéia de condução consciente da vida” (2003, idem).

Para Habermas isso irá produzir um problema, pois “como explicar a possibilidade de reprodução da sociedade num solo tão frágil como o é o das pretensões de validade transcendentess?” Essa indagação é por ele solucionada utilizando o médium das normas direito positivo moderno, uma vez que:

As normas desse direito possibilitam comunidades extremamente artificiais, mais precisamente, associações de membros livres e iguais, cuja coesão resulta simultaneamente da ameaça de sanções externas e da suposição de um acordo racionalmente motivado (HABERMAS, 2003, p.25).

Mas o que se entende por *agir comunicativo*? Segundo Habermas o conceito de agir comunicativo leva em conta o entendimento lingüístico como mecanismo de coordenação da ação. Como existe uma tensão entre facticidade e validade no interior da linguagem, bem como em seu emprego efetivo, ou seja, nos atos de fala em si, essa tensão é estabilizada de modo particular pela capacidade de integração social que o direito positivo fornece (2003, p.35).

Lançando mão da seguinte indagação: “como é possível coordenar entre si os planos de ação de vários atores, de tal modo que as ações de um partido possam ser *engatadas* nas do outro?”, o conceito de agir comunicativo se torna mais evidente, pois Jürgen Habermas explica que:

Tal engate contínuo reduz o jogo das possibilidades de escolha, duplamente contingentes, a uma medida que possibilita o entrelaçamento menos conflituoso possível de intenções e ações, portanto o surgimento de padrões de comportamento e da ordem social em geral. Enquanto a linguagem é utilizada apenas como médium para a transmissão de informações e redundâncias, a coordenação da ação passa através da influência recíproca de atores que agem uns sobre os outros de modo funcional. “Tão logo, porém as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel de coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária de integração social (HABERMAS, 2003, p.36).

Essa influência recíproca entre os atores pode ser vista sob a ótica do enfoque *objetivador*, pois nesse caso os atores pretendem alcançar seu próprio sucesso. Entretanto, para que a linguagem assuma a posição de fonte primária da integração social há a necessidade de que o enfoque passe a ser de tipo *performativo*.

A partir do momento que os atores tentam negociar suas pretensões comuns sob as bases do enfoque performativo as forças ilocucionárias da ação são liberadas e passam a coordenar as ações e “na resposta afirmativa do destinatário a uma oferta séria resultam obrigações que se tornam relevantes para a integração” (2003, *idem*). Dessa forma, o agir comunicativo proporciona aos falantes e ouvintes que se propõem a estabelecer atos de fala, e com isso obterem um consenso sobre algo no mundo, a possibilidade de atingirem o entendimento.

No entanto, para se chegar à categoria do direito positivo realizador de integração social por meio da tensão existente entre facticidade e validade Jürgen Habermas emprega um método que ele denomina de *reconstrutivo*. Esse método que reconstrói as condições da integração social passa por três categorias, a saber, *mundo da vida, as instituições arcaicas e sociedade secularizada*.

Ele explica que “o mundo da vida forma o horizonte para situações de fala e constitui, ao mesmo tempo, a fonte das interpretações, reproduzindo-se somente através de ações comunicativas” (2003, p.41). Nota-se, nesse ponto, que a razão comunicativa é construída, ou desenvolvida, por meio de ações comunicativas, dentro do mundo da vida. É por meio do mundo da vida que nós, atores falantes e ouvintes, de forma imperceptível e

direta, obtemos uma certeza imediata que segundo o autor “pode ser descrita como uma forma condensada, e mesmo assim, deficiente, de saber e de poder” (2003, *idem*).

Ocorre que ao fazermos uso desse saber, o fazemos de forma irreflexiva e não nos damos conta de que ele pode ser falso, ou seja, conter em si a potencialidade de poder vir a ser contra-argumentado. Assim, para que esse saber venha a ter sua pretensão de validade criticada há a necessidade de ser proferido, de ser transformado em atos de fala que são cambiados entre os atores das ações.

Quando isso ocorre “ele se decompõe enquanto pano de fundo do mundo da vida”, porém Jürgen Habermas faz uso do “nivelamento da tensão existente entre facticidade e validade” (2003, pp. 42-43). Tal nivelamento está relacionado com a *dimensão da validade*, uma vez que dessa dimensão é extinto o momento contrafactual de idealizações que ultrapassam o que é factual e poderia chocar-se com a realidade, mas é preservada a fonte na qual o saber implícito extrai a força de convicções.

Dessa forma, ao agirmos comunicativamente o mundo da vida nos fornece um pano de fundo que se configura em uma espécie de saber absoluto e inquestionável. No entanto, quando esse saber é confrontado com pretensões de validade levantadas pelo atores por meio dos atos de fala um determinado consenso sobre algo no mundo resta prejudicado.

Esse prejuízo, por assim dizer, faz com que as pretensões de validade levantadas pelos atores fiquem sujeitas a aceitabilidade. Nesse ponto surge o risco de dissenso que estará sempre presente no mecanismo de entendimento, diante disso, Jürgen Habermas adverte que: “os participantes das interações tem que atribuir-se reciprocamente a consciência de seus atos, ou seja, tem que supor que eles são capazes de orientar seu agir por pretensões de validade” (2003, p.38).

Uma vez conscientes disso, os participantes das interações podem contar com a possibilidade de, uma vez que estão inseridos no mundo da vida, contar com o agir comunicativo pautado pela busca de entendimento e podem deixar de lado o enfoque objetivador da busca do *melhor para si*. Por outro lado, as instituições arcaicas representam uma nova figura que “também estabiliza expectativas de comportamento” (2003, p.42). No entanto, destaca-se desde já, que essas instituições arcaicas mediante sua forma de agir impõem limites à comunicação, bem como deixa à margem a possibilidade de problematizações.

Ocorre que, essas instituições arcaicas – e Jürgen Habermas se vale mais precisamente das sociedades tribais que se caracterizam pela presença de uma autoridade fasciosa –, o saber se mistura a narrativas míticas e a ações rituais. Devido às restrições que

a comunicação sofre em decorrência de estarem presas a essas instituições, bem como a cerimonialidade exigida para determinados atos, os conteúdos descritivos mantêm a validade autoritária inerente, pois esses elementos formam uma roupagem que os protege.

Essas instituições detentoras de poder que se valem da ameaça de um *poder vingador* e da força de *convicções aglutinadoras* utilizam as sanções humanas apenas em segundo plano como forma de punição aos que transgridem as determinações da autoridade soberana. Essa autoridade que Jürgen Habermas chama de *cogente e obrigatória* é a fonte de legitimidade que fundamenta as cerimônias e os rituais e mantém coeso o grupo social.

Disso resulta que:

A integração de coletividades sociais através de um agir que se orienta por pretensões de validade só foi assegurada a partir do momento em que o risco de dissenso pôde ser interceptado na própria dimensão de validade. Ainda hoje em dia nossas reações, profundamente arraigadas, em relação ao tabu do incesto, fazem lembrar que, nos domínios nucleares de sociedades organizadas pelo parentesco, a estabilidade de expectativas de comportamento teve que ser garantida através de convicções apoiadas numa autoridade fasciniosa, ao mesmo tempo intimidante e atrativa [...] (HABERMAS, 2003, p. 43).

Pode-se aferir, dessa forma, que a autoridade fasciniosa das instituições arcaicas retira sua legitimidade do elemento fático, revestido de misticismo e da ritualidade, presente no conjunto das tradições que essas sociedades carregam e preservam. Com a secularização esse poder místico pode ser desconsiderado e a integração social pode se guiar por uma pretensão de validade que comporta em si a possibilidade de dissenso.

Quando se fala em sociedades secularizadas já se pode perceber no horizonte temático a presença do Direito. Essa nova configuração societária só pode ganhar espaço com um processo de desencantamento das sociedades sacralizadas que ofereciam um campo para ações extremamente limitado e racionalmente precário. A integração social garantida por meio do poder exercido pelas figuras sacras ou míticas entrou em processo de decomposição com a eminência das sociedades modernas marcadas pela complexidade e pluralidade.

As interações estratégicas de sociedades arcaicas perdem espaço em prol das ações comunicativas que podem ser realizadas, ao contrario da forma aglutinadora, agora de forma autônoma. Em decorrência disso, surge a indagação de como manter a validade da ordem social diante desse novo quadro? Para Jürgen Habermas (2003, p.45) “em sociedades organizadas em forma de Estado, a ordem normativa natural é reformulada em normas de direito”.

Contudo, essa tarefa não é fácil. Surge nesse novo terreno de interação social um mundo da vida onde a potencialidade do dissenso se torna mais evidente diante da pluralidade de possibilidades decisórias. As certezas desse mundo da vida já não se encontram mais em bases firmes e inatacáveis. Jürgen Habermas vê a solução desse impasse, mesmo que *em última instância* no agir comunicativo uma vez que:

o fardo da integração social se transfere cada vez mais para as realizações de entendimento de atores para os quais a facticidade (coação de sanções exteriores) e a validade (força ligadora de convicções racionalmente motivadas) são incompatíveis, ao menos fora dos domínios de ação regulados pela tradição e pelo costumes (HABERMAS, 2003, p. 45).

Essa dupla via entre o agir estratégico voltado ao sucesso das pretensões de validade postas e o agir comunicativo inclinado ao entendimento, intersubjetivamente compartilhado e liberto do egocentrismo, formam duas dimensões que se excluem mutuamente. O agir estratégico transforma todos os componentes da situação em fatos que são valorizados à luz das preferências dos próprios atores (2003, p.47).

Dessa forma, fica difícil alcançar um reconhecimento intersubjetivo e para tanto se recorre à força do fático que impõem limites e obrigações formando assim um contexto de validade. Por isso, “o ator, no enfoque de alguém que age estrategicamente, sente-se obrigado a adaptar objetivamente seu comportamento à linha desejada” (2003, *idem*). O grande peso de tal forma de coordenar as ações está em desenvolver uma força integradora de âmbito social.

Para o autor isso só é possível na base de pretensões de validade normativas reconhecidas intersubjetivamente, pois os que coordenam suas ações pautadas pelo entendimento negociam suas pretensões de validade de forma a serem reconhecidas subjetivamente. Daí se alcançar com mais segurança uma integração reconhecida socialmente, e dessa forma válida.

Diante desse método reconstrutivo que percorreu o mundo da vida, as instituições arcaicas e as sociedades secularizadas, pode-se explicitar de forma direta o que Habermas denomina de “dimensões da validade jurídica” típicas de sociedades modernas.

2.6.3 Dimensões da validade do direito

Ao tratar da dimensão do jurídico na modernidade, Jürgen Habermas se vale do conceito de legalidade de Immanuel Kant que tem como referencial o tema dos direitos

subjetivos. Na sua interpretação, “Kant tomara como ponto de partida direitos naturais subjetivos, que concediam a cada pessoa o direito de usar a força quando suas liberdades de ação, juridicamente asseguradas, fossem feridas” (2003, p. 48). Essas pessoas podiam impor entre si os seus direitos subjetivos numa especie de reconhecimento recíproco.

Com a passagem do direito natural para o direito positivo, essa reciprocidade se alarga e passa a valer também em relação ao Estado a fim de evitar determinados abusos quanto à vida e a propriedade. Essa ampla abrangência não descaracterizava o direito enquanto subjetivo, mas sim, os complementava. Na sua maneira de ver, para Immanuel Kant o direito funda uma relação interna entre coerção e liberdade e possui em si uma autorização para o uso desta coerção desde que a liberdade de cada um se encontre ameaçada. Portanto, “essa relação interna entre o poder geral e recíproco de usar a força e a liberdade de cada um se manifesta na pretensão de validade do direito” (2003, p.49).

Assim o direito começa a ser entendido como uma instituição que, com base na possibilidade do uso de uma coerção organizada e aplicada pelo Estado, pode garantir a liberdade das pessoas de um modo geral, garantindo assim *a liberdade*. Um comportamento é legal desde que a ação esteja conforme os ditames da lei, o que exclui as razões morais da ação, e nesse ponto a questão que toca à legitimidade se vê reduzida a comandos que carregam em si um forte potencial para o uso da coerção. Como vimos anteriormente, a moral não se coaduna com essa possibilidade de coerção externa a ponto de determinar uma ação.

Jürgen Habermas entende que um comportamento conforme as regras de direito e carente de reconhecimento moral forma um paradoxo. A resolução para tal paradoxo se dá com o auxílio do conceito de legalidade proposto por Immanuel Kant, a saber, “normas de direito são, ao mesmo tempo e sob aspectos diferentes, leis da coerção e leis da liberdade” (2003, p.49).

Assim, na doutrina habermasiana há um vínculo: da validade do direito positivo à sua validade social ou fática expressa pelo termo alemão (*Geltung*), e à sua validade ou legitimidade (*Gültigkeit*). Essa dupla vinculação no “*sentido*” da validade atua com o fator clarificador, uma vez que considera como direito apenas aquilo que obtém força mediante procedimentos jurídicos estruturados para tanto, o que é pouco para uma pretensa teoria da sociedade.

A validade social abrange a questão da aceitação fática e geral daqueles que Habermas denomina de *membros do direito* e nesse ponto se torna uma *facticidade artificial* sancionatória diferentemente de uma facticidade tradicional. Essa facticidade artificial conta

com o aparato do Estado como força aglutinante que dispõe de um aparato judiciário e político potencialmente integrador.

No aspecto da legitimidade das regras o fator mensurador é determinado pela “resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade, e o que conta, em última instância, é o fato de terem surgido num processo legislativo racional ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais” (2003, p.50).

Por isso, Jürgen Habermas afirma que:

A legitimidade de uma regra independe do fato dela conseguir impor-se. Ao contrario, tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a fê dos membros da comunidade de direito na legitimidade, isto é, na fundamentabilidade das respectivas normas. Outros fatores tais como, por exemplo, a intimidação, o poder das circunstâncias, os usos e o mero costume, precisam estabilizar uma ordem jurídica substitutiva, e isto se torna tanto mais imperioso, quanto mais fraca for sua legitimidade (HABERMAS, 2003, pp.50-51).

Com isso, os *membros do direito* ficam diante da possibilidade de guiar suas ações utilizando um enfoque *objetivador*, ou seja, voltado ao sucesso de sua pretensão egocêntrica e, desde que transgrida normas, irá se deparar com a regra de direito como uma barreira fática, que limita externamente e pode ser prevista, com conseqüências no campo jurídico.

Por outro lado, os *membros do direito* podem optar pelo enfoque *performativo*, típico da teoria da ação comunicativa. Agora não é mais o sucesso pessoal, mas sim o entendimento alcançado em comum que proporcionará o sucesso da ação, pois “a regra amarra a sua ‘vontade livre’ através de uma pretensão de validade deontologica” (2003, p.51). As normas de direito se configurarão nesse enfoque como expectativas obrigatórias de comportamento para serem trabalhadas racionalmente e de forma recíproca. A validade jurídica, ou em outras palavras das normas de direito, se apóiam na legalidade do comportamento geral, ou seja, numa obediência à norma que pode ser imposta coercitivamente e que prevê sanções, e na legitimidade oriunda do próprio respeito à lei.

Uma vez que os membros do direito respeitam a lei por se tratar de um acordo racionalmente motivado, o que lhe empresta validade, e não impõe uma obediência pelo motivo não coercitivo do dever, Habermas afirma que “o ordenamento jurídico deve tornar possível a qualquer momento a obediência às suas regras por respeito à lei” (2003, p.52), mas adverte que tal modo de validade traz conseqüências para a normatização jurídica como a questão relativa à legitimidade do direito positivo.

Como Jürgen Habermas entende que o reconhecimento mútuo de direitos não pode ser garantido suficientemente pelo ordenamento jurídico, que para tanto necessita também de leis legítimas que equanimize as liberdades de forma que, e aqui se vale da expressão Kantiana *a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos*, há a necessidade de complementação a ser feita pelo legislador político no caso de leis positivas, o que não ocorre com leis morais, pois “preenchem esta condição per si” (2003, idem).

Nesse ponto Jürgen Habermas insere mais um elemento que faz parte da dimensão da validade do direito, a saber, o processo legislativo, e para tanto assevera que “as leis coercitivas devem comprovar sua legitimidade como leis da liberdade no processo de legislação” (2003, p. 53). Mas como isso é possível?

Uma comunidade jurídica livremente associada possui um sistema jurídico que por sua vez possui um processo legislativo, que Jürgen Habermas denomina de *processo da legislação* que constitui o “lugar propriamente dito da integração social” (2003, idem). Esse processo é responsável pela produção normativa que irá formar um conjunto significativo de regras de direito positivo. Os participantes desse processo da legislação não atuam como sujeitos privados e isolados. Pelo contrário há a necessidade de atuarem com cidadãos, membros dessa comunidade jurídica, fazendo uso de seus direitos de comunicação e de participação política para que o processo legislativo seja eficiente do ponto de vista da legitimação.

Atuando com essa roupagem os membros dessa comunidade jurídica podem chegar a um acordo sobre os princípios normativos que irão regular a convivência, não se valendo exclusivamente das forças aglutinadoras das tradições. Dessa forma, se constrói um entendimento segundo regras reconhecidas intersubjetivamente, o que empresta legitimidade ao resultado do processo de legislação. Essa formação intersubjetiva do entendimento pelos participantes do processo de legislação resultante de normas jurídicas onde os direitos subjetivos – no caso os de comunicação e de participação política – não são mais os de *sujeitos jurídicos isolados* justifica o fato de que:

O conceito de direito moderno – que intensifica e, ao mesmo tempo, operacionaliza a tensão entre facticidade e validade na área do comportamento – absorve o *pensamento democrático*, desenvolvido por Kant e Rousseau, segundo o qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora de ‘vontade unida e

coincidente de todos' os cidadãos livres e iguais (HABERMAS, 2003, p.53).

Por isso, falamos em processo democrático da legislação que para Jürgen Habermas gera a expectativa de que por esse caminho a “legislação fundamente a suposição de aceitabilidade racional das normas estatuídas” (2003, p.54). Isso faz com que na posituação do direito não se manifeste a facticidade de deliberações arbitrárias, mas sim a vontade legítima de sujeitos autônomos. O processo legislativo ressalta sua importância, pois permite por meio de seus procedimentos e instituições que a liberdade comunicativa se desenvolva.

Luiz Moreira (2004, p.126), comenta que “somente quando pudermos ter no Direito a compreensão de que suas normas contêm uma manifestação racional e livre de nossas vontades, ele se transformará em fonte primária de integração social”. Diante do fato de assumir a tensão interna entre fato e norma é que se pode outorgar ao direito moderno a responsabilidade pela integração social.

2.6.4 O Direito como mediun da tensão entre facticidade e validade: positividade e aceitabilidade racional

Jürgen Habermas utiliza como pressuposto de suas formulações, dentre outros aspectos, a guinada analítica da linguagem que teve como precursores Frege e Pierce. O que merece destaque aqui é o fato de que esses autores fizeram uma espécie de fusão, ou em outros termos, uma ligação intrínseca entre as idéias e a linguagem, abandonando a relação clássica de ligação ontológica.

Com essa ligação tanto a facticidade dos signos representativos e das expressões lingüísticas que são utilizadas no cotidiano estão intimamente relacionadas com a universalidade do significado e da validade em termos de verdade. O que importa é a transposição feita por Jürgen Habermas dessa nova posição para sua *teoria da ação* e consequentemente para o *direito*. Com isso afirma que existe um “nexo interno entre validade de uma proposição e a prova de sua validade para um auditório amplamente alargado” (2003, p.56).

Como as proposições carregam em si idealizações, a validade em termos de verdade precisa ser comprovada diante dos eventuais questionamentos ou problematizações que por ventura surgirem, como realmente acontece no seio de uma sociedade. Uma coisa se exprime

quando se afirma que um dado proferimento é válido, outra coisa é a sua pretensão à verdade. A saída se encontra na possibilidade de regate discursivo de suas pretensões.

No entanto, com o auxílio do agir comunicativo a tensão existente entre facticidade e validade, que faz parte da dimensão da validade da linguagem, “emigra para o mundo dos fatos sociais” (2003, idem). O agir comunicativo que utiliza a linguagem orientada pelo entendimento para que os atores possam coordenar suas ações desencadeia essa tensão por meio de pretensões de validade não mais como um momento factível de eventos significativos e de processos de fala, mas sim como um momento da facticidade social.

Esclarece Luiz Moreira (2004, p.127) que o projeto Habermasiano é o de “eliminar qualquer esfera metafísica que se possa constituir como imediatamente informativa para o conceito de idealidade”. Agora a idealidade está ligada a facticidade social por meio do agir comunicativo e pode recusar uma fundamentação transcendente.

A aceitação de pretensão de validade diante desse novo quadro fica sujeita a um contexto histórico. Entretanto, não se descarta a possibilidade de falência dessas pretensões de validade, expressas por Jürgen Habermas como *validade falível*, diante da possibilidade de serem desvalorizadas por argumentos melhores e processos de aprendizagem que modificam o contexto. Pode ser afirmado nesse ponto que a transposição da idealidade das pretensões de validade para a facticidade da vida social fica sujeita as contingências do contexto histórico de uma sociedade.

Jürgen Habermas afirma que podemos ter duas reações quando nos deparamos com convicções que se tornam problemáticas, a saber, “ou as apoiamos, lançando mão de argumentos, ou as rejeitamos” (2003, p.56). Explica mais adiante que lançar mão de argumentos possibilita uma troca discursiva que resgata pretensões de validade criticáveis.

Os argumentos podem agir de forma a fortalecer convicções ou abalá-las, pois os “argumentos que colocam em evidência os resultados de processos de aprendizagem capazes de transformar o contexto e também podem soterrar standards de racionalidade exercitados” (2003, pp.57-58). Luiz Moreira (2004, p.128) corrobora esse posicionamento ao afirmar que com a problematização de convicções a aceitação não refletida é suspensa e surgem as indagações a respeito da sua racionalidade.

Para explicar, por outro lado, como não é possível se chegar de modo definitivo a estabilização de expectativas de comportamento, Jürgen Habermas se vale daquele conceito de *validade falível*. No entanto, por ser *falível* e não *falida*, essa validade guarda em si um momento de estabilidade que afasta a possibilidade de dissenso generalizado podendo se falar, assim, em integração social.

Ora, dissenso e integração social são conceitos paradoxais. Até o momento Jürgen Habermas busca explicar como se chega a integração social, mas não abandona o fato da ocorrência de dissenso, o que é muito coerente. Inevitavelmente surge a questão que gira em torno desse paradoxo, a saber, como se chegar à integração social diante da possibilidade de dissenso alimentado pela tensão existente entre facticidade e validade?

A saída é o fator preponderante que se pretende evidenciar no pensamento de Jürgen Habermas desde o início, ou seja, a *positivação do direito moderno*, pois nas suas palavras:

Ora, a positivação completa do direito, antes apoiado no sagrado e entrelaçado com a eticidade convencional, vai apresentar-se como uma saída plausível do paradoxo e como um mecanismo, com o auxílio do qual uma comunicação não-circunscrita pode aliviar-se das realizações de integração social sem se desmentir: através dele inventa-se um sistema de regras que une e, ao mesmo tempo, diferencia ambas as estratégias, a da circunscrição e a da liberação do risco do dissenso embutido no agir comunicativo, no sentido de uma divisão de trabalho (HABERMAS, 2003, p. 59).

Como esclarecimento é importante ressaltar que comunicação não-circunscrita, para Jürgen Habermas, significa a liberação do mecanismo comunicativo. Tal conceito é assimilado mais facilmente quando o autor afirma que a comunicação circunscrita é aquela permeada por certezas inquestionáveis que não se relacionam com argumentos disponíveis comunicativamente e dessa forma podem ser mobilizados de forma intencional (2003, p.58). Assim, a importante tarefa do direito moderno reside no fato de atuar de forma substitutiva àquelas instituições tradicionais que cultuavam a figura da autoridade sagrada. Nessa configuração a organização do comportamento tinha como base a limitação da comunicação devido a inquestionabilidade das pretensões levantadas.

Com a positivação do direito, tem-se um “equivalente funcional” (2003, p.59), pois o que era convicção passa a ser sansão. O direito moderno “libera os motivos que acompanham a obediência a regras, porém impõe respeito” (2003, idem). Em qualquer caso, o dissenso desestabilizador é neutralizado em decorrência da não possibilidade de problematizações. Contudo, o direito moderno tem a capacidade de modificar o tipo de validade. Jürgen Habermas entende que na validade jurídica, contrariamente às convicções ligadas a uma autoridade fasciniosa, “a aceitação da ordem jurídica é distinta da aceitabilidade dos argumentos sobre os quais ela apóia a sua pretensão de legitimidade” (2003, ibidem).

Os membros do direito, ou na forma mais comum os cidadãos de um Estado de direito, são ao mesmo tempo emissores e destinatários das regras que estabelecem. Uma vez

que podem agir de forma livre na formação da opinião e da vontade política liberam um processo de legitimação que faz parte do sistema jurídico. Como a comunicação fluente é contingente e não possui forma determinada o processo de legitimação necessita dessa institucionalização jurídica.

Mesmo diante dessas contingências Jürgen Habermas entende que o “risco constante da contradição é prolongado discursivamente e transformado na força produtiva de uma formação política, presumivelmente racional, da opinião e da vontade” (2003, p.60). O que é um aspecto positivo do vantajoso que caracteriza o agir comunicativo. Em decorrência dessa *divisão de tarefas* que o direito moderno proporciona na realização de integração social juntamente com o agir comunicativo, duas características se evidenciam, a saber, a positividade e a pretensão à aceitabilidade racional, que pode ser entendida como legitimidade racional.

Com a positividade um sistema jurídico é produzido. Este, por sua vez, possui capacidade integradora, pois forma uma realidade social *artificial* embora seja da natureza dessas normas que compõe o sistema jurídico, a modificabilidade ou mesmo substituição total. Daí a afirmação de que “a validade do direito positivo aparece como expressão da pura vontade” (2003, *idem*). Essa vontade é possibilitadora da durabilidade das normas. Positividade e pretensão à legitimidade é uma união que empresta força ao direito. A positividade se vale da coerção como fator que possibilita a aceitação mínima da regra. A pretensão à legitimidade, por sua vez, advém de uma autolegislação trabalhada com a formação discursiva da vontade e da autonomia política de membros de uma comunidade jurídica livre. Esse elo torna as regras racionalmente aceitáveis (2003, p.61).

Isso fica dependente de um poder político organizado na forma de Estado que pode impor legitimamente o direito, pois:

No Estado de Direito a prática da autolegislação dos cidadãos assume uma figura diferenciada institucionalmente. A idéia do Estado de coloca em movimento uma espiral da auto-aplicação do direito, a qual deve fazer valer a suposição internamente inevitável da autonomia política contra a facticidade do poder não domesticado juridicamente, introduzida no direito *a partir de fora* (HABERMAS, 2003, p. 61).

O Estado atua como uma instituição que possibilita e complementa o elo entre positividade e legitimidade das regras, além do mais, entende Luiz Moreira (2004, p.132) que “esse Estado representaria uma evolução na luta contra a subjugação do poder autoritativo,

em termo do ordenamento jurídico, que funde a sanção e a liberdade pela ameaça de sua colonização por um aparato ilegítimo”.

Uma última observação será feita nesse ponto. Para Jürgen Habermas (2003, pp.61-63) o direito como fator de integração social não age sozinho. Para tanto, conta com a interferência das esferas do *mercado*, representadas pelo dinheiro, e do *poder* advindo da administração. Esses sistemas coordenam as ações de forma objetiva, sem a ajuda consciente dos participantes da interação, e são também responsáveis pela integração social. No entanto, também se valem do processo de institucionalização do direito e, sob a forma jurídica, esses sistemas legitimam interesses que não são, por vezes, bem *filtrados*, por serem mais fortes.

É assim que o direito irá conferir aparência de legitimidade a um poder ilegítimo. Nas sociedades modernas o direito é a principal fonte de integração social e carrega o peso da reprodução social cada vez mais acelerada. O que se pretende explicitar, para não adentrar em tão vasto assunto, é que Jürgen Habermas (2003, p.63) afirma que esses sistemas “devem permanecer ligados ao processo integrador da prática social de autodeterminação dos cidadãos”.

3 – DIREITO E MORAL NA PERCEPÇÃO HABERMASIANA

3.1 O conceito weberiano de racionalidade do direito

No segundo volume de *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Jürgen Habermas dedica capítulo um às implicações existentes entre direito e moral. Para tanto, parte de estudos feitos sobre a racionalidade do direito em Max Weber e o inicia lançando a indagação: como é possível a legitimidade através da legalidade? (2003, p. 193).

A polêmica desencadeada com a tese weberiana se exprime na verificação de que as sociedades modernas do ocidente exercem o poder de forma legal. É essa *fé na legalidade* na condução do poder que torna a legitimidade dependente de formas jurídicas preestabelecidas. Dessa forma, é possível emprestar um caráter racional à dominação legal sem apelar para questões tradicionais ou carismáticas. Em suma, “a racionalidade que habita na forma do direito [...] legitima o poder exercido nas formas legais” (2003, idem).

Afirma Jürgen Habermas (2003, idem) que para Max Weber o direito desde que conforme ao “processo institucionalizado juridicamente” é fruto do “Poder Legislativo”, sendo este legitimado democraticamente ou não. Esse conceito positivista afasta a questão moral além do umbral de uma vinculação implícita, em prol de uma legitimidade apoiadas entre procedimentos formais do próprio direito.

Em Max Weber o direito possui uma racionalidade própria. A relação moral e direito é perigosa no sentido de comprometer a legitimidade da dominação legal. Para Luiz Moreira (2004, p.66) “Weber interpreta o atrelamento do Direito à Moral como uma possibilidade de perda de sua racionalidade”.

Conforme os postulados de Max Weber a materialização do direito formal burguês gera, por sua vez, uma dominação tipicamente legal. Entretanto, Jürgen Habermas não vê na passagem para o Estado social um processo de juridificação quantitativamente alargado por prescrições jurídicas, o que é certo. Como pretende uma teoria da sociedade, e não do direito, sua visão alcança uma mudança nas funções e estruturas internas do sistema jurídico em decorrência de um Estado que intervém, regula e compensa (2003, pp.194-195).

Com essa mudança estrutural o direito passa a ser utilizado como um instrumento de justiça social material que carrega em si elementos morais, o que para Max Weber, como vimos a pouco, destrói a racionalidade formal do direito. Jürgen Habermas entende que Max Weber segue com esse posicionamento uma direção falsa (2003, p.195).

Para Max Weber as qualidades formais do direito são resultados do trabalho sistemático dos doutrinadores com formação acadêmica que construíram esse formalismo a partir de três idéias, a saber: uma estruturação sistêmica de proposições jurídicas ordenadas, analisadas e controláveis; forma legal abstrata e geral; vinculação da justiça e da administração à lei.

Com essas três características que determinam o racionalismo formal do direito temos conseqüentemente um ordenamento jurídico marcado pela hierarquia das leis, onde se pode falar com Hans Kelsen na existência de uma norma fundamental que gera validade a todas as outras normas do ordenamento. Também numa contextualização mais abrangente e menos particularista da força do jurídico e por fim a inserção de princípios de justiça com alta carga de moralidade que tornam as leis mais legítimas.

O Estado social marcado por uma mudança estrutural diante da crescente juridicização “estremecem a autocompreensão liberal do direito formal” (2003, p.197) que tinha um corpo jurídico ordenado e auto-orientado pela norma. Com isso, surge a necessidade de uma pré-compreensão reconstrutiva pautada por princípios que não pode ser vista diretamente no texto da lei.

Luis Moreira (2004, p.67) faz uma consideração nesse ponto ao afirmar que:

Quebrada a unidade ordenadora do corpus jurídico, quebra-se, também, a orientação redundante de uma prescrição que é imediatamente dada na norma. Agora, a orientação por princípios remete à consideração da vontade política do legislador. Na interpretação da lei não é mais suficiente o acesso restrito à literalidade, mas é mister uma interpretação reconstrutiva que aponte a política que se quer alcançar com a positivação. É necessário que se determine o espírito da lei, isto é, a finalidade política que pretendeu alcançar o legislador, pois elementos que pertencem à religião, à moral, à ética, assumem forma jurídica.

Essa crescente materialização proporcionou a perda de sentido racional do direito. Como o direito retira sua racionalidade de seus elementos formais, para Max Weber, esses elementos formais são racionais, pois são moralmente neutros (HABERMAS, 2003, p.197). Isso se explica com a ajuda dos três significados que o autor empresta ao termo *racional*.

Primeiramente, Jürgen Habermas expõe que o termo racionalidade em Max Weber tem um significado inerente à *regra*, a saber, para que um determinado agir alcance o sucesso é necessário que se aja conforme certas regras. Isso se torna mais evidente quando o homem, no domínio da natureza, emprega determinadas técnicas de domesticação. Agindo dessa

forma a racionalidade de regras se transforma mais especificamente numa *racionalidade instrumental* usada como meio para consecução de fins.

Em segundo lugar, tem-se uma ação guiada por uma *racionalidade de fins*. Esse tipo de racionalidade possui um conteúdo permeado por orientações valorativas de cunho material, como no caso de particulares que negociam interesses econômicos. Por último, Max Weber entende como racionalidade o trabalho intelectual de especialistas que se debruçam sobre cosmovisões religiosas, idéias morais e jurídicas, o que denomina de *racionalidade científico-metódico* (HABERMAS, pp.197-198).

Para Jürgen Habermas, essas qualidades podem ser consideradas como racionais do ponto de vista de uma neutralidade moral. Em suas palavras:

Ora, a estruturação sistemática do corpo do direito depende: a) da racionalidade científica de especialistas; b) de leis públicas, abstratas e gerais que asseguram espaços de autonomia privada para a busca racional – em termos de fins – de interesses subjetivos; c) da institucionalização de processos para o emprego estrito e a implementação dessas leis, possibilitando a ligação, conforme a regras, portanto calculável, entre ações, fatos e conseqüências jurídicas, especialmente nos negócios organizados no âmbito do direito privado. Por conseguinte, a racionalidade do direito formal burguês derivaria de três tipos de qualidades formais (HABERMAS, p.198).

No entanto, o autor duvida que esses três tipos de racionalidade sejam suficientes para conferir força legitimadora à legalidade de um poder exercido conforme o direito. Diante disso, resolve explorar essas qualidades formais e apresenta novos elementos que podem contribuir para a questão relativa à legitimidade de um poder exercido mediante a legalidade e neutro moralmente.

Assim, Jürgen Habermas fala em *segurança jurídica* que se realiza a partir do momento do estabelecimento de leis gerais e abstratas e por processos estritos da justiça e da administração (2003, pp.198-199). A segurança jurídica confere a possibilidade de previsão dos atos estatais relativos principalmente à vida, liberdade e a propriedade.

A segurança jurídica nesse sentido se transforma num *valor* que atua junto com os demais valores que habitam no seio da sociedade, uma vez que os cidadãos podem agir com segurança e previsibilidade. Em seguida, ele aborda a questão da qualidade formal das leis, e assevera que: “A forma clássica da lei abstrata e geral não legitima um poder exercido em tais formas pelo simples fato de esse poder preencher certas exigências funcionais para a busca autônoma, privada e racional de interesses próprios” (2003, p.199).

Essa generalidade e abstração da lei garante uma aplicação igualitária – ao menos genericamente – e possibilita que determinados privilégios privatistas deixem de utilizar o expediente legal como forma legítima de existência. Essa qualidade do formalismo legal só pode adquirir legitimidade e ser considerada racional desde que princípios de cunho moral sejam levados em consideração.

Já o trabalho dos doutrinadores e juristas que Max Weber denomina de científico-metódico que sistematiza o direito não é suficiente para “explicar a eficácia legitimadora da legalidade” (2003, *idem*). Não basta que o trabalho científico seja exercitado sobre as normas de direito para que se torne legítimas. Pode, no entanto, contribuir para a legitimação quando o direito, transformado em positivo, necessitar de fundamentação.

Sem bases consuetudinárias a moderna ciência empresta uma validade pós-tradicional ao direito, mas ao mesmo tempo, essas bases consuetudinárias, fazem parte de um ordenamento jurídico resultante de princípios. Embora possa haver colisão desses princípios, a solução se dá por meio de um exame discursivo que se vale dos próprios princípios. Fala-se, então, na possibilidade de *resgate discursivo* onde a moralidade entra em cena e pode trazer a questão da legitimidade com mais evidência.

Assim, e para que não haja deturpações na interpretação, Jürgen Habermas (2003, pp200-201) conclui que:

[...] as qualidades formais do direito, pesquisadas por Weber, sob condições sociais especiais, só poderiam ter garantido a legitimidade da legalidade na medida em que se tivessem comprovado como ‘racionais’ num sentido pratico-moral. Weber não reconheceu esse núcleo moral do direito formal burguês enquanto tal, porque ele sempre entendeu as idéias morais como orientações valorativas subjetivas; os valores eram tidos como conteúdos não racionalizáveis, inconciliáveis com o caráter formal do direito. Ele não fez distinção entre valores que, no interior de determinadas tradições e formas culturais de vida, se *recomendam* como mais importantes que outros valores, e a validade deontológica de normas que obrigam indistintamente todos os destinatários. Ele não introduziu uma linha demarcatória entre os variados conteúdos valorativos concorrentes e o aspecto formal da obrigatoriedade ou validade de normas. Numa palavra, ele não levou a sério o formalismo ético.

Pode-se destacar que a falta de consideração do conteúdo moral no direito formal acaba por gerar crises de legitimidade, uma vez que permitem conteúdos modificáveis e acaba por prejudicar a própria obrigatoriedade da norma. Uma vez baseado numa validade deontológica, a legitimidade das normas de direito positivo, encontram-se em bases onde os conteúdos sofrem maiores restrições quanto a sua modificabilidade o que possibilita uma maior adesão dos destinatários.

Quando Max Weber afirma que “A natureza e a razão são a medida material para aquilo que é legítimo”, conforme Jürgen Habermas, ele confunde o *natureza e razão* com conteúdos de valor que o direito formal teria se separado (2003, p.201). Nesse ponto, Max Weber não considera que o modelo do contrato social possibilita aos membros de uma comunidade de direito regular suas ações democraticamente por meio de uma fundamentação procedimental que se vale do Direito.

Diante de tal procedimento as decisões que se estabelecem no seio da comunidade jurídica podem ser justificadas racionalmente. Com isso, Jürgen Habermas pretende com as teorias procedimentalistas da moral e do direito deixar claro que “os limites entre o direito e moral não podem ser estabelecidos unicamente como auxílio dos conceitos ‘formal’ e ‘material’ ” (2003, p.202). Ao invés disso, a relação interna entre moral e o direito é o que permite explicar a legitimidade da legalidade, e não uma racionalidade autônoma que se encontra nos preceitos jurídicos e que desconsidera a moral. Os princípios de cunho moral possibilitam, assim, uma sustentação legitimante às qualidades formais desse direito liberal burguês.

Modernamente os sistemas de direito devem levar em conta o conceito de *processos institucionalizados juridicamente*. Punições bem como a definição de comportamentos estabelecidos pelo direito são insuficientes. Além dessas normas há aquelas que disciplinam a produção das demais, sendo, por isso, organizativas e de autorização. Com isso há uma norma que regula a produção de outras normas e que, por sua vez, é igualmente estatuída por outra norma. Nesse processo as decisões jurídicas que se tornam obrigatórias necessitam ser fundamentadas. E para tanto se institucionalizam discursos jurídicos que atuam externamente ao processo jurídico e ao mesmo tempo são limitados internamente pela necessidade de se construir bons argumentos. Esses discursos jurídicos institucionalizados, modificáveis argumentativamente, não podem atuar num espaço de regras jurídicas fixas.

Dessa forma, os discursos jurídicos seguem padrões formais ordenados e também ficam sujeitos a argumentações de cunho moral. Jürgen Habermas (2003, p.203) assevera que:

As qualidades formais do direito são encontráveis na dimensão de processos institucionalizados juridicamente, e esses processos regulam discursos jurídicos que, por seu turno, são permeáveis a argumentações morais, então pode-se adotar 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 pratico-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental.

Assim, a legitimidade da legalidade fica dependente de um procedimento jurídico aberto e flexível que considere o âmbito de uma moralidade veiculada por uma argumentação discursiva. Com isso, pode-se falar em um processo racional de construção do direito moderno.

3.2 A desformalização do direito a luz de três interpretações diferentes

Max Weber embora não tenha presenciado certas transformações ocorridas no âmbito jurídico, teve seu diagnóstico referente à *desformalização do direito* inserido na autocompreensão dos juristas. Jürgen Habermas (2003, p.204-206) aponta quatro tendências que confirmam tal diagnóstico, a saber, um direito reflexivo, a marginalização, os imperativos funcionais e a moralidade versus positividade do direito.

O *direito reflexivo* representa uma desformalização na medida em que o próprio ordenamento possibilita aos sujeitos de direito a possibilidade de resolverem suas disputas. O sujeito pode autonomamente se orientar e regular seus assuntos. Aqui, a rigidez legal conta com uma alternativa, que hoje se encontra na possibilidade de composição de litígios via arbitragem. Jürgen Habermas se expressa no sentido de “delegação do poder de negociação para partidos em disputa e a introdução de processos quase-políticos da formação da vontade e do compromisso”.

A *marginalização* se refere às lacunas existentes no sistema jurídico, a qual tem de ser preenchida, o que evidencia o papel do poder judiciário. Mesmo com o monopólio estatal de produção, aplicação e julgamento do que pertence ao direito, é possível uma parcela de atuação à margem do Estado. A obrigatoriedade e a coerção são postas de lado por negociações cambiadas entre os membros da comunidade jurídica. Como é impossível uma previsão completa das ações humanas, essa impossibilidade se transforma num dado positivo para o legislador, pois surge espaço para resoluções não estatais de conflitos.

Os *imperativos funcionais* são conseqüências do mecanismo regulador proporcionado pelo direito. A juridificação do Estado social instrumentaliza o direito para servir às finalidades do legislador político. Preceitos econômicos concorrem com bens sociais, ou em outros termos, um sistema concorre com o outro e o legislador político utiliza o direito funcionalmente com um intuito integador.

Por último a *oposição entre moral e direito positivo* que alimenta a crise de legitimidade da legalidade. Como cada governo possui sua ideologia, a normatividade do

direito fica sujeita às vicissitudes de políticas transitórias. Mas também há um apelo para uma normatização moralizada que gera mais obediência e estabilidade. É um paradoxo que se instaura por meio do confronto dessas tendências.

Assim, o autor de *Direito e Democracia* (2003, p.206) conclui que:

Todas essas tendências podem ser colocadas sob o item da “desformalização” do direito. Ao mesmo tempo, porém, elas são objetos da crítica do direito, sob o item pejorativo da “juridificação”. Nesse ponto também, o debate atual toma Weber como ponto de partida, pois seu questionamento da racionalidade da forma do direito visava a medidas para um direito, ao mesmo tempo correto e funcional. Nesta medida, sua discussão ajuda a entender os problemas que envolvem a legitimidade decorrente da legalidade.

Não resta dúvida que as normas de direito não podem ser consideradas como suficientes à integração social. A própria configuração do ordenamento jurídico possibilita o surgimento de institutos desformalizados. É o caso das justiças especiais, tribunais arbitrais e o próprio processo legislativo que inevitavelmente favorece o surgimento de lacunas, que deixam margem à atuação discricionária. Diante disso, o direito conta com o auxílio de institutos, que podem ser considerados não totalmente desformalizados, mas com *formalização baixa*, na tarefa de integração social.

3.3 A racionalidade de processos institucionalizados por intermédio do direito

Conforme a construção teórica de Max Weber o direito possui em seu interior uma racionalidade autônoma que se vale de um formalismo próprio. É igualmente marcado por uma neutralidade moral que fundamenta a força legitimante da legalidade. Jürgen Habermas, depois de analisar a referida construção, parte do pressuposto crítico de que “um poder exercido nas formas do direito positivo deve a sua legitimidade a um conteúdo moral implícito nas qualidades formais do direito” (2003, p.214).

Esse conteúdo moral legitimante, por sua vez, é dependente de processos institucionalizados que garantem um resgate discursivo das argumentações. A literalidade da lei, bem como a jurisdição e a legislação política não podem ser as únicas fontes dessa legitimidade. Jürgen Habermas afirma que se deve procurar um direito *regulador* para se obter êxito tanto na aplicação da justiça quanto na administração do Estado.

Todavia, para a identificação da base racional dos processos jurídicos é necessário analisar a questão da imparcialidade, pois é ela que forma o núcleo da razão prática, por isso, afirma que:

Quando descuidamos o problema da aplicação imparcial de normas, a idéia da imparcialidade passa a ser desenvolvida inicialmente sob o aspecto da fundamentação de normas nas teorias da moral e da justiça, as quais propõem um processo que permite julgar questões práticas sob o ponto de vista moral (HABERMAS, 2003,p.214).

Recorrendo, então, às teorias da moral e da justiça, mas especificando a teoria moral, Habermas cita Karl-Otto Apel, uma vez que é com o auxílio teórico deste que a argumentação moral assume a forma de um processo eficiente na formação racional da vontade.

Nesse processo de argumentação moral se analisa as pretensões de validades hipotéticas, “pois todo aquele que deseja argumentar seriamente tem de entrar em contato com as suposições idealizadoras de uma forma de argumentação exigente” (2003, p.215). E nesse sentido, todos aqueles que de uma forma ou de outra se valem dessa prática argumentativa “tem que pressupor pragmaticamente, que em princípio, todos os possíveis afetados poderiam participar, na condição de livres e iguais, de uma busca cooperativa da verdade, na qual a única coerção admitida é a do melhor argumento” (2003, idem).

Nesse ponto esclarece Luiz Moreira (2004, p.77-78) que o projeto de Habermas se assenta na complementaridade entre o direito e a moral “de modo a instaurarem-se como procedimento”. E realmente Jürgen Habermas afirma que sua tese de um direito procedimentalista depende de uma fundamentação moral (2003, p.216). Dessa forma, a legitimidade da legalidade será bem sucedida desde que pautada por discursos morais institucionalizados nos processos de decisão jurídica.

Temos com isso dois processos complementares, a saber, o *processo jurídico* e o *processo dos discursos morais*, e a racionalidade desses processos deve garantir a validade dos resultados obtidos conforme o processo. No entanto, diferentemente do processo dos discursos morais, o processo jurídico atinge melhor essa racionalidade procedimental. Isso se explica melhor tomando como base a ótica do sujeito não-participante da comunidade de direito. A racionalidade procedimental oferecida pelo direito é dependente de critérios independentes que possibilitam a esse sujeito situado fora do âmbito das regras jurídicas a averiguação da compatibilidade de uma dada decisão com estas mesmas regras.

Com relação ao processo dos discursos morais, Jürgen Habermas afirma que neles a racionalidade é incompleta, pois somente na perspectiva de um participante é que se pode aferir a moralidade de uma decisão. É a *falta de objetividade de critérios* que impõe a

obrigatoriedade de uma ótica interna no processo dos discursos morais no intuito de se vislumbrar a racionalidade procedimental. Embora sob ótica do procedimento racional direito e moral diferenciem-se, em ambos os processos o questionamento pela validade dos resultados é comum e a relação de complementaridade encontra seu nexo nesse ponto.

Como o processo dos discursos morais não atinge uma racionalidade procedimental completa devido a falta de critérios objetivos para tomada de decisões o direito, por meio de suas regras jurídicas, assume a função de *regulador*. Como nos dizeres de Jürgen Habermas “para fundamentar normas uma moral autônoma só dispõe de processos falibilistas” (2003, p.216) a previsão de aceitação e de seguimento das normas se torna precário e “implica uma incerteza estrutural” (2003, p.217) diante do uso de regras abstratas para situações complexas.

Ademais, a fraqueza motivacional da moralidade, não permite pragmaticamente a eficácia de determinados juízos, pois sua autonomia é fator preponderante mais em domínios privados que públicos. O direito por contar com o elemento coercitivo absorve as incertezas que porventura poderiam surgir caso a regulação do comportamento ficasse a disposição de regulações estritamente morais.

Se valendo do referencial teórico de Karl-Otto Apel, Jürgen Habermas assevera que são imputáveis, também, normas morais desde que os participantes da comunidade de comunicação guiem suas ações por elas e possam esperar dos demais uma obediência geral. Embora diante dessa pretensiosa moral universalista não se possa contar com a adesão de todos os participantes, no sentido de uma obrigação geral, tal eficácia só é atingida quando essas normas “atingirem o nível da obrigatoriedade jurídica” (2003, *idem*).

Jürgen Habermas (2003, p.217-218) entende que:

Características importantes do direito positivo tornam-se compreensíveis, quando o entendemos pelo ângulo d compensação pelas franquezas da moral autônoma. Expectativas de comportamento juridicamente institucionalizadas adquirem *força vinculante*, quando acopladas ao potencial de sanção do Estado. Elas se estendem àquilo que Kant caracteriza como sendo *aspecto exterior* do agir, não abrangendo, pois, os motivos e sentimentos que não podem ser forçados. A *administração profissional* do direito público, fixado por escrito e estruturado sistematicamente, alivia as pessoas privadas do esforço exigido na solução moral de conflitos de ação.

Explicitada essa relação de complementaridade entre direito e moral, o autor intensifica essa relação complementar em um “entrelaçamento simultâneo entre moral e direito” (2003, p.218). Esse entrelaçamento se perfaz no fato de que para Jürgen Habermas a moral emigra para dentro do direito. Ela não se situa mais numa órbita transcendental de normas suprapositivas, e isso ocorre sem a perda de sua identidade. Uma vez instalada no

direito a moral abandona seus conteúdos normativos em prol de um processo de fundamentação e aplicação de possíveis conteúdos normativos.

Como ambos, direito e moral, são procedimentalizadas, é possível um controle mútuo. A argumentação jurídica institucionalizada pelo direito limita a argumentação moral de quatro formas, a saber, metodicamente pelo elo estabelecido com o direito em vigor; objetivamente pela necessidade de ter de provar-se; socialmente por meio de participações, imunidades e distribuição de papéis e por último, temporalmente, ou seja, ligado a prazos de decisão. Por seu turno a argumentação moral reserva sua lógica peculiar e com isso controla sua própria racionalidade e nesse sentido o direito positivo não pode avançar além do marco que toca a essência da moral, a ponto de freá-la (2003, p. 219).

Entretantes, a racionalidade dos processos jurídicos empresta legitimidade à legalidade por meio das normas de procedimento da decisão judicial e, mais ainda, pelo processo de legislação democrático. Nesse sentido, Luiz Moreira (2004, p.81) afirma que o procedimento parlamentar assume a perspectiva de uma racionalidade prática moral.

No entanto, não parece ser esse o verdadeiro sentido que Jürgen Habermas pretende deixar claro, pois em suas palavras:

À primeira vista, não parece plausível que o processo parlamentar contenha um núcleo racional no sentido prático-moral. Pois parece que, nele a busca de poder político e a concorrência entre interesses conflitantes é tão central, que exclui uma reconstrução crítica das controvérsias parlamentares segundo o modelo da negociação equitativa de compromissos, ou da formação discursiva da vontade, permitindo apenas uma análise empírica. Nesse ponto eu não estou em condições de oferecer um modelo satisfatório. (HABERMAS, 2003, p.220)

Por isso, o autor evoca doutrinas constitucionais que seguem um princípio reconstrutivo crítico como a de John Hart Ely. As características dessa doutrina, entre elas a regra da maioria, as normas do processo parlamentar e o modo de eleição, são examinados “tendo como parâmetro o modo como os processos de decisão parlamentar podem assegurar a consideração simétrica de todos os interesses envolvidos e de todos os aspectos relevantes de uma matéria sujeita a regulamentação” (2003, idem).

Para Jürgen Habermas essas teorias são fracas, pois os seus pontos de vista normativos são desenvolvidos desconsiderando a lógica da argumentação moral e sem a possibilidade de formação discursiva da vontade, uma vez que, a vontade intraparlamentar representa uma pequena parcela da vida pública. Por isso, assevera mais a frente que essas teorias parecem por demais *ingênuas* diante da complexidade das sociedades modernas, onde

se deve voltar os olhos para uma abertura que incorpore chances concretas de participação e não se limite ao trabalho dos representantes do momento.

Assim, merece cautela afirmar que o processo parlamentar encerra em si um núcleo pratico-moral. Somente na medida em que esse processo for aberto a um processo discursivo da vontade e permeado por uma moral que possa se entrelaçar com o direito, a legalidade poderá ser sustentada como legítima diante de um procedimento racional.

4 – PARA A IDÉIA DE ESTADO DE DIREITO

Até o momento Jürgen Habermas trabalhou com a questão relativa a legitimidade da legalidade tendo como parâmetro a construção teórica de Max Weber de forma crítica e reconstrutiva adotando uma tese baseada no processo de racionalização do direito. Dessa forma são apresentadas três conclusões, a saber, a) embora diante de uma perspectiva que considera as premissas do formalismo jurídico “a forma do direito moderno não pode ser descrita como ‘racional’, num sentido moralmente neutro”; b) a relação de complementaridade estabelecida entre direito positivo e uma justiça de tipo procedimental desde que se considere uma moralidade intrínseca no direito; c) “as medidas de uma racionalidade procedimental extremamente exigente emigram para o médium do direito” (2003, p.221).

Assim, uma sobrecarga de tensão se volta contra o sistema de direito diante de exigências normativas e funcionais. Como a sociedade é cada vez mais complexa esse sistema de direito é capaz de suportar tal tensão? Diante desse quadro problematizado e por meio da racionalidade do direito Jürgen Habermas pretende responder essa questão e para tanto passamos ao ponto onde pretende analisar em que sentido o direito moderno racional se diferenciou do complexo tradicional da política, do direito e da moral.

4.1 O entrelaçamento entre direito, moral e política.

Essa nova empreitada se vale de um resgate histórico sucinto, porém, importante para a compreensão da positivação do direito. A ramificação do direito em sagrado e profano dá início ao desenvolvimento do assunto de forma nítida. No período dos grandes impérios da antiguidade, o sistema jurídico era legitimado por um direito sagrado e administrado pelos doutores da Igreja, a saber, os teólogos.

Marcado já pela burocracia o direito se desenvolvia na prática do dia-a-dia pelo comando dos imperadores, mas sempre remetido a sua fonte divina. Essa fonte divina, ou mais especificamente o direito natural não era de competência do agente soberano. O direito romano era o influenciador do direito consuetudinário que predominava à época. A sociedade capitalista estava se desenvolvendo e os territórios se definindo.

Entre o sagrado e o profano, pouco a pouco, o profano foi aumentando seu âmbito de competência. Na Europa de tempos depois – idade média – o direito canônico da Igreja

católica, os decretos imperiais e capitulares - que tanto integravam contratos quanto eram fruto das assembleias eclesíásticas – e o famoso *Corpus Justinianum*, se misturavam ao direito costumeiro.

Jürgen Habermas reproduz a frase de Max Weber que dá a idéia geral do tema, a saber, “esse duplo reino do poder tradicional” (2003, p.231) para constatar que o direito natural ou divino representava a *moldura legitimadora* do direito profano do soberano “através das funções de jurisdição e da normatização burocrática do direito” (2003, idem).

Havia uma tensão instalada que Jürgen Habermas detecta no momento da indisponibilidade do direito pressuposto na regulação de conflitos judiciais e no da instrumentalidade do direito posto a serviço do exercício do poder. A estrutura tridimensional do direito, a saber, o direito profano, a moral religiosa e a prática política, se retrai diante dessa tensão, pois o direito positivo – burocrático – encampa cada vez mais situações da organização social.

Na verdade o que ocorre é um desmembramento dessas partes que compõem a estrutura e o aparecimento de atuações autônomas, o que também gera tensão devido a disputa por domínios que se pretendem. Porém, Jürgen Habermas direciona o tema exaltando a política como responsável por ocupar o vazio deixado pelo direito natural e passa a administrar um processo que possui no seu interior a produção, ratificação e aplicação das leis. No entanto, ressalte-se que a moral, a política e o direito, sempre estarão entrelaçados de alguma forma, pois são indispensáveis uns aos outros. As formulações futuras se ancoram e disputam espaço valendo-se de conexões e desconexões.

Nesse ponto surge a indagação habermasiana (2003, p.233) de se saber “até que ponto um direito político, modificável a bel-prazer, pode proporcionar uma autoridade com caráter obrigatório, semelhante à do direito sagrado indisponível?”. Acrescente-se, nesse ponto a capacidade de integrar a sociedade. É que agora o direito está sem sua base de validade indisponível que Jürgen Habermas chama de “reliquia metafísica” (2003, idem).

É um conceito inteiramente novo diante das antigas representações morais que chega para mudar a ordem das coisas, a saber, o conceito de norma jurídica. Ela conta com o reconhecimento intersubjetivo da obrigatoriedade de seu cumprimento e submissão aos seus imperativos. Citado por Jürgen Habermas, L Kohlberg diz que em torno desse núcleo cristaliza-se a consciência moral “convencional” (2003, p.235).

Com essa norma jurídica a autoridade do Estado pode se valer do direito como médium auxiliar de suas funções, o que gera daí por diante a inevitável burocracia. Passa a ser igualmente instrumental e indisponível para o Estado, pois pode ser usado de forma objetiva

aos seus interesses. Aliás, essa é uma orientação que se generaliza nos países Europeus durante a construção dos grandes Estados que intensificavam a comercialização. Diante disso toda “consciência moral” exerce o papel de “catalisador no processo em que se mesclam direito e moral” (2003, p. 236).

Outra questão instaurada se relaciona com a procura de um equivalente ao direito sagrado que possa emprestar ao direito um momento de indisponibilidade. Para tanto Jürgen Habermas afirma que para essa função é o *direito racional* que irá ser esse equivalente, mas ressalva dois pontos:

(a) no direito racional, articula-se um novo nível pós-tradicional da consciência moral, que submete o direito moderno a princípios e transpõe para o nível da racionalidade procedimental. (b) As teorias do contrato social foram desenvolvidas em direções contrárias porque, em alguns casos, a positivação do direito enquanto tal passou para o primeiro plano, como fenômeno esclarecido; noutros casos, o fenômeno a ser esclarecido era a necessidade de fundamentação resultante dessa positivação (HABERMAS, 2003, p. 237).

A partir do momento em que o Estado monopoliza a função legislativa o direito passa a ser o *médium* exclusivo que torna o entrelaçamento com a justiça e a moral dificultoso. Mesmo monopolizada e exclusivamente estatal o direito não apazigua a questão da fundamentação que se desloca para uma “ética profana pós-metafísica” (2003, p.238).

Com a época pós-tradicional do contrato social a figura da autonomia contratual permite aos cidadãos estabelecerem direitos subjetivos e é utilizada para moralizar o poder exercido sob os auspícios do direito positivo. Aqui temos a concordância de *todos* nas suas celebrações, o que também empresta legitimidade ao direito positivo. A racionalidade do moderno direito natural se vale de uma razão prática assentada numa moral autônoma.

Jürgen Habermas destaca as diferentes abordagens do direito racional, notadamente em Thomas Hobbes e Immanuel Kant (2003, p.239-240). Explica que para o primeiro a mutação do direito era uma questão que lhe chamava mais a atenção. No direito positivo e na política está adstrita a questão moral e o direito serve como de organização da atividade política o que gera uma “contradição performativa”. Essa contradição se torna explícita quando prega uma neutralidade moral ao mesmo tempo em que tem de convencer os submetidos ao poder soberano que há bons argumentos para isso. Em Thomas Hobbes o momento da indisponibilidade do direito é sacrificado pela positividade.

Por outro lado Immanuel Kant se preocupa mais com a fundamentação do direito em sua nova forma: positivo. É assim que sua doutrina se vale de uma teoria moral e tem no

imperativo categórico o princípio supremo da legislação, a saber, o direito subjetivo originário de cada um, que pode exigir dos demais membros da comunidade de direito o respeito pela sua liberdade, bem como, que todos os demais também reconheçam uma liberdade igual, conforme uma lei geral. O direito moralizado fruto *a priori* da razão prática, corre o risco de se desfazer em moral. Aqui o momento da indisponibilidade do direito se vincula a fundamentos morais.

Jürgen Habermas assevera ainda que na doutrina kantiana do direito, “o direito natural, fundamentado autonomamente deve assumir o lugar vazio deixado pelo direito natural metafísico-religioso” (2003, p.239). Diante da superioridade da razão prática que comanda a coordenação tanto da política quanto das regras de direito estes respectivamente perdem a competência legisladora e a positividade. Diante desse quadro Jürgen Habermas afirma que “Kant tem que retomar as premissas metafísicas da sua doutrina dos dois impérios, a fim de estabelecer uma distinção, contraditória, entre moralidade e legalidade” (2003, p.240).

Com a diferenciação do direito ocorrida de forma inevitável diante do desenvolvimento da sociedade e a configuração de grandes Estados o direito não perdeu, ou abandonou seu vínculo interno com a política e a moral. Essas esferas se emanciparam e tornaram-se autônomas, mas dependentes funcionalmente. A validade do direito ainda é deduzida, embora com nuances diferenciadas, de uma moral racional sem caráter metafísico-religioso comanda pela política do Estado legislador.

4.2 A substituição do direito racional pela idéia de Estado de Direito

É certo que a estrutura da sociedade tornada cada vez mais complexa contribuiu para a emergência do Estado de Direito. A ordem social necessitava de uma nova interpretação e com isso o direito racional clássico cai por terra. Princípios superiores de fundamentação do direito, bem como as próprias teorias contratualistas se evidenciavam ora abstratas, ora concretistas, e não conseguiam suportar a pressão do crescimento econômico típico do século XIX.

O direito privado burguês de sujeitos autônomos empregava um caráter moral a essa “liberdade” pressuposta nos contratos. Os direitos subjetivos forneciam a base de sustentação para o direito privado, mas Jürgen Habermas observa (2003, p.242) que esses direitos

subjetivos perdem espaço para uma objetividade positivista e passa a ser “purificado” de todas as associações normativistas.

Leis gerais e abstratas provenientes de um parlamento que são potencialmente limitadoras do poder soberano ganham espaço na Alemanha, mas não é um fato único e isolado. Nos países anglo-saxões o Estado de Direito desenvolveu-se sob os ideais democráticos, a saber, como “regra de direito” (*rule of law*) (1992, p.242-243). Jürgen Habermas nesse sentido afirma que a teoria Kantiana na qual a política e o direito estão submetidos aos imperativos morais foi desmentida no que se refere à doutrina do direito privado, bem como na Teoria do Estado de Direito, tanto na visão da justiça quanto na visão do legislador político. Em suas palavras:

É possível formular este problema da seguinte maneira: de um lado, os fundamentos morais do direito positivo não podem ser explicados em termos de um direito racional superior. De outro lado, porém, esses fundamentos não podem ser liquidados sem deixar um vestígio, pois isso privaria o direito do momento da indisponibilidade que habita nele (HABERMAS, 2003, p.243).

Diante desse paradoxo ficam os resquícios da necessidade de se estabilizar o ponto de vista moral, que se encontra no direito positivo, para que possam se formar juízos imparciais. Daí o reforço habermasiano de resgate de sua tese segundo a qual “a moralidade embutida no direito positivo possui força transcendente de um processo que se regula a si mesmo e que controla sua própria racionalidade” (2003, *idem*).

Isso demonstra a necessidade de se manter uma estrutura moralizante que guarde em si um momento de indisponibilidade do direito, diante da impossibilidade de se resguardar um fundamento moral de uma instância normativa que não faz mais parte dos novos tempos. Assim sendo, é insuficiente reconhecer que determinados conteúdos das normas constitucionais encerram em si princípios morais, pois ficam sujeitos as contingências da modificabilidade.

Sob o ponto de vista da legislação, mesmo as leis criadas por uma vontade parlamentar democrática tinham sua legitimidade criticada. Segundo Jürgen Habermas (2003, p. 244), Kant se valeu do conceito de autonomia de Rousseau para acomodar o ponto de vista moral da imparcialidade “no próprio processo legislativo democrático”. Na mesma ordem de coisas, o conceito kantiano de universalidade da lei – no sentido de formação unívoca de um povo – pode ser interpretado de forma diversa, a saber, de uma universalidade semântica e uma universalidade procedimental.

Dessa forma, ao se fundamentar normas há de se considerar a limitação que o ponto de vista moral exerce sobre os discursos políticos, pois no processo da legislação uma certa moralidade emigra para o direito positivo. No entanto, num processo de aplicação de normas Jürgen Habermas não vislumbra uma garantia de imparcialidade “pelo simples fato de perguntarmos acerca daquilo que todos poderiam querer, e sim pelo fato de levarmos adequadamente em conta todos os aspectos da situação dada” (2003, p.246).

Adentrando no fim dessa etapa, constata-se que Jürgen Habermas acredita, após a derrocada do direito racional, que a racionalidade procedimental, inerente ao direito, é responsável por salvaguardar ao direito um momento de indisponibilidade e estruturalmente livre de intervenções contingentes (2003, *idem*). Essa racionalidade procedimental resguarda um teor moral.

Ressalta ainda, que a pretensão de validade do direito positivo é *ambivalente*, pois se pretende válida diante de decisões competentes e diante da realidade social, o que a impede de se furtar da “contingência que cerca sua gênese, nem da facticidade da ameaça de sanção” (2003, p.247), por isso, destaca-se que:

Mesmo assim, as normas jurídicas positivas, emitidas conforme o processo pretendem legitimidade. Pois o modo de validade do direito aponta, não somente para a expectativa política de submissão à decisão e à coerção, mas também para a expectativa moral de reconhecimento racionalmente motivado de uma pretensão de validade normativa, a qual só pode ser resgatada através de argumentação. (HABERMAS, 2003, p.247).

Jürgen Habermas pretende transformar a idéia de Estado de Direito numa teoria do discurso, uma vez que leva na devida conta a realidade do direito, e com essa idéia é possível medir a autonomia do sistema jurídico. Com fundamentação institucionalizada juridicamente, por meio do processo, é possível vislumbrar uma abertura para a argumentação moral, caso contrário o direito seria autônomo para si mesmo. Na verdade o direito guarda a sua autonomia “na medida em que os processos institucionalizados da legislação e da jurisdição garantem a formação imparcial da opinião e da vontade, abrindo, assim, o caminho para a entrada da racionalidade moral procedimental no direito e na política” (HABERMAS, 2003, *idem*).

4.3. A fundamentação do direito

Fundamentar o direito não é tarefa fácil, principalmente diante da nova realidade que se afastou do caráter tradicional centrado na figura do sagrado. A sociedade moderna não

conta mais com uma base sólida de validade de suas normas positivadas. Sua legitimidade é constantemente questionada, pois agora se encontra num terreno pós-metafísico de fundamentação.

A moral e o direito positivo se relacionam de forma necessária. O direito positivo empresta a coerção exterior necessária ao cumprimento de determinadas regras e se vale do Estado como ente superior que proporciona os meios eficazes. Por outro lado, o mundo dos homens nunca se viu, desde que se pôde identificá-lo como membro de uma sociedade, adstrito a regras morais de ação.

Com o uso da razão o homem se emancipa de um universo fabuloso e pode conceber determinações para o seu agir de forma livre. É sua razão que fundamenta e empresta legitimidade a um conjunto de regras do agir, mas por outro lado, também é avocada para garantir a integração social. Daí a indagação de se saber se é possível uma razão coletiva comum? O contrato social coletivizou a razão do homem enquanto ser social sob uma pretensa base de segurança?

Ainda que não seja este o momento para se dedicar a tais respostas elas ao menos oferecem um diagnóstico da contingência da filosofia do direito. Essa contingência possibilita tanto a construção de teorias, como a reformulação crítica. Jürgen Habermas é um autor que apresenta uma reconstrução crítica da teoria da sociedade quando enceta a mudança de paradigma da filosofia centrada no sujeito.

Na pretensão de reconstruir a *autocompreensão* das ordens jurídicas da modernidade Jürgen Habermas se vale dos direitos positivados que os cidadãos intersubjetivamente reconhecem no intuito de legitimarem suas relações, retomando a questão dos direitos subjetivos que tem como primado a liberdade ao mesmo tempo em que limita a vontade.

A pretensão de legitimidade das normas de direito positivo está associada as características formais da obrigatoriedade e da sanção por parte do Estado, bem como do fato de serem produzidas por decisões modificáveis do legislador. Essas características pretendem assegurar a autonomia dos membros da comunidade jurídica. Assim, pode-se afirmar que o direito moderno, por meio e suas normas positivas e impositivas, garantem liberdade de ação.

Com isso temos o caráter ambivalente do direito que revela a seus destinatários uma dupla face, a saber:

eles podem tomar as normas do direito como simples ordens que limitam faticamente o campo de ação de um sujeito, às quais ele tenta fugir *estrategicamente*, calculando as conseqüências que podem resultar de uma infração da regra; ou assumir um enfoque performativo, considerando essas

mesmas normas como mandamentos válidos aos quais obedece por respeito à lei (POSFÁCIO, p, 307-308).

É por isso que a validade das normas está atrelada a capacidade do Estado em garantir a obediência geral, mesmo se valendo das sanções; e que se siga a lei por respeito a ela própria, o que remete à importância de pressupostos institucionais que legitimam a sua criação. Diante da indagação de se saber sobre o fundamento da legitimidade de regras que podem ser modificadas a qualquer momento pelo legislador político, Jürgen Habermas entende que a resposta está na teoria do discurso. Nas sociedades modernas, altamente diversificadas e sistematizadas, a moral pós-tradicional que sobreveio às éticas coletivamente impostas e às cosmovisões, também não consegue oferecer uma base compensatória do direito natural.

Com a teoria do discurso o processo democrático obtém força legitimadora, uma vez que atua como única fonte pós-metafísica de legitimidade. Além disso, com a teoria do discurso é possível que temas, informações e argumentações estejam à disposição para a formação política da vontade. Diante disso é possível fundamentar “a suposição falibilista de que os resultados obtidos de acordo com esse procedimento são mais ou menos racionais” (POSFÁCIO, p, 308). Aqui há dois pontos de vista que Jürgen Habermas utiliza a favor do princípio da teoria do discurso, a saber, o ponto de vista de uma *teoria da sociedade* e o ponto de vista de uma *teoria do direito*.

Quanto ao primeiro, Jürgen Habermas assevera que o direito preenche as funções de integração social e, por estar ligado ao sistema político constitucionalmente configurado, assume as perdas que se instalaram na área da integração social. Assim o direito atua como uma “*correia de transmissão*” que exerce a função de transportar “as estruturas de reconhecimento recíproco existentes entre conhecidos e em contextos concretos do agir comunicativo, para o nível das interações anônimas entre estranhos, mediadas pelo sistema” (POSFÁCIO, p, 308).

Nesse caminho o direito produz indiretamente uma outra fonte de integração social, a saber, a solidariedade. Por meio do direito é possível se estabilizar as expectativas de comportamento e com isso garantir que relações de reconhecimento recíproco entre titulares abstratos de direitos subjetivos sejam simétricas.

Quanto ao segundo ponto de vista, o da teoria do direito, a legitimidade das ordens jurídicas repousa na possibilidade de autodeterminação dos sujeitos de direito que se vêem ao mesmo tempo como produtores e destinatários das normas jurídicas. O modelo contratualista

pode ser reinterpretado em termos de uma teoria do discurso, pois nas palavras de Jürgen Habermas “a comunidade jurídica não se constitui através de um contrato social, mas na base de um entendimento obtido através do discurso” (POSFÁCIO, p, 309).

Ao estabelecer a existência de um nexo entre Estado, direito e democracia, Jürgen Habermas propõe como necessário o esclarecimento de determinadas assertivas. Tais esclarecimentos constroem de forma inteligível a fundamentação do direito, ou em outros termos, apresenta uma justificativa para a validade das normas jurídicas. Antes disso, é interessante ressaltar que:

O processo democrático carrega o fardo da legitimação. Pois tem que assegurar simultaneamente a autonomia privada e pública dos sujeitos de direito; e para formular adequadamente os direitos privados subjetivos ou para impô-los politicamente, é necessário que os afetados tenham esclarecido antes, em discussões públicas, os pontos de vista relevantes para o tratamento igual ou não-igual de casos típicos e tenham mobilizado o poder comunicativo para a consideração de suas necessidades interpretadas de modo novo. Por conseguinte, a compreensão procedimentalista do direito tenta mostrar que os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação democracia da opinião e da vontade são a única fonte de legitimação (POSFÁCIO, p, 310).

Em *primeiro* lugar, afirma que “o direito positivo não pode ser submetido simplesmente à moral”. A relação entre direito e moral não é apenas subordinativa. Embora radique na formação do direito positivo uma base que permite o trânsito da argumentação moral, essa relação é “muito mais complicada” (POSFÁCIO, p. 309-310).

Como o direito positivo causa uma divisão na autonomia sem correspondente na moral, afere-se que a autodeterminação moral é pautada por uma única via centrada nas normas que o indivíduo estabelece conforme seu próprio juízo e isso gera um caráter obrigatório. Já a autodeterminação dos cidadãos possui uma via dupla, a saber, autonomia pública e privada. Dessa forma, a autonomia jurídica, de cidadãos livres de um Estado, não coincide com a liberdade em sentido moral, pois a liberdade do sujeito que decide racionalmente e o da pessoa que decide eticamente são assumidos em conjunto.

A possibilidade de fazer tudo aquilo que não é proibido no Estado moderno está ligado aos direitos subjetivos dos membros da comunidade jurídica, pois esses direitos lhe outorgam espaços de *arbitrio legítimo*, onde podem atuar sem recorrência aos mandamentos morais. No entanto, com esse espaço garantido juridicamente é possível garantir a liberdade ética do indivíduo, pois a autonomia privada forma uma *cápsula protetora* dessa liberdade.

Nesse mesmo ponto Jürgen Habermas afirma que:

Só possui caráter moral a autonomia da qual os cidadãos, enquanto co-legisladores, devem utilizar-se para que todos possam chegar ao gozo simétrico de liberdades subjetivas. Por conseguinte, a autonomia das pessoas de direito, ao contrário da autonomia moral, que se esgota na capacidade de autoligação racional, inclui três componentes distintos: a autonomia das pessoas dos cidadãos, exercitada em comum, a capacidade para uma escolha racional e a auto-realização ética (POSFÁCIO, p, 311).

Como a autonomia jurídica possui uma dupla via que permite o uso público da liberdade comunicativa e o uso privado da liberdade subjetiva, o direito positivo necessita de uma dupla instância teórica, a saber, um legislador e um destinatário. Diferentemente da moral que encerra no mesmo sujeito esse papel. É por isso que Jürgen Habermas afirma que a autonomia das pessoas de direito é mais abrangente que a autonomia em sentido moral e por isso, o direito positivo não pode ser entendido como um caso especial da moral.

Prossegue o autor objetivando mais diferenciações a respeito da moral e do direito de forma a impedir que entre estes se introduza uma hierarquia. Jürgen Habermas fala em “universo moral” e “comunidade jurídica” (POSFÁCIO, p. 312). Com essas duas expressões pode-se verificar de início a maior abrangência da moral em relação ao direito positivo

Assim, ao se constatar que o universo moral é um território sem fronteiras sociais e históricas e que pode englobar todas as pessoas naturais protegendo a inerente integridade delas de forma individual. Ademais a moral se esgota em conflitos interpessoais, pois sua força coercitiva não ultrapassa os limites de individualidade.

Na comunidade jurídica, que implica a idéia de localização espaço-territorial onde se encontram sujeitos de direito que assumem o status de portadores de direitos subjetivos, a proteção por parte do direito depende da aquisição desse status. Os assuntos jurídicos sofrem uma limitação, pois dizem respeito ao comportamento externo. Contudo, são mais abrangentes devido ao fato de poderem regular programas de governo que atingem a todos.

Os discursos morais estão presentes quando da formação da vontade política do legislador democrático, mas essa formação da vontade depende e muito de uma rede de discursos e argumentações. Com isso a legitimidade das normas de direito e dos resultados legislativos dependem de argumentos diferentes dos necessários à legitimidade de mandamentos morais.

O direito é estruturalmente mais complexo que a moral pelo fato de liberar e circunscrever liberdades subjetivas de ação orientadas por valores e interesses. Essa maior complexidade estrutural também se deve ao fato de integrar projetos coletivos e regulações concretas que não podem ser justificadas apenas moralmente. Para Jürgen Habermas, uma

alternativa para a subordinação do direito ao direito natural está na sua recomendação em encarar o direito como um complemento funcional da moral (POSFÁCIO, p.313).

Atuando como um complemento funcional da moral, o direito “alivia as pessoas que devem agir e julgar, tomando-lhes o fardo das exigências cognitivas, motivacionais e organizatórias de uma moral ligada à consciência subjetiva” (idem, p.313). Daí afirmar que:

O direito compensa, de certa forma, as franquezas funcionais de uma moral que, encarada na perspectiva do observador, proporciona muitas vezes resultados indeterminados do ponto de vista cognitivo e inseguros do ponto de vista motivacional. A relação *complementar*, no entanto, não significa uma neutralidade moral do direito. Pois o processo legislativo permite que razões morais fluam para o direito. E a política e o direito têm que estar afinados com a moral – numa base comum de fundamentação pós-metafísica –, mesmo que os pontos de vista morais não sejam suficientemente seletivos para a legitimação de programas de direito.

Jürgen Habermas ainda deixa claro que o momento de indisponibilidade da validade do direito, diante da possibilidade de ser modificado por se tratar de uma racionalidade procedimental dependente de um arranjo comunicativo formador de uma política racional que emana da vontade do legislador, não deve se encerrar num “decisionismo cego”, ou “que ele tenha que ser preservado da temporalidade através de uma moral limitadora” (POSFÁCIO p.314).

Mais uma vez deixa claro que a teoria do discurso que possibilita aos parceiros de direito regular suas convivências de forma legítima utilizando o médium do direito positivo é a chave do Estado democrático de direito. A estrutura do estado democrático de direito é construída discursivamente e performativamente e disso resultam regras e princípios que quando empregados na regulação social e no seu desenvolvimento remontam ao primeiro ato de autoconstituição desse Estado.

Em *segundo* lugar se coloca a questão da soberania do povo e os direitos humanos como elementos que comprovam o nexos interno entre Estado de direito e democracia. Para tanto se inclina à relação de dependência que se estabelece entre liberdades de ação do sujeito de direito privado e a autonomia pública do cidadão (idem, p.314).

A liberdade de ação de sujeitos de direito privado, ou a autonomia privada, é garantida pelos direitos humanos concebidos como direitos à liberdade, à vida e à propriedade e, acrescenta Jürgen Habermas, de uma “dominação anônima das leis”. Por outro lado, a autonomia pública do cidadão, ou autonomia política, é extraída do princípio da soberania do povo que se modela diante da “autolegislação” democrática (POSFÁCIO p.314-315).

O nexa interno entre essas autonomias, para Jürgen Habermas, reside no fato de que “a exigência de institucionalizar a autolegislação em termos de direito tem que ser preenchida com o auxílio de um código, o qual implica, ao mesmo tempo, a garantia de liberdades subjetivas de ação e de reclamação” (POSFÁCIO p.316). Esse código é o direito, que possui uma linguagem própria. Uma vez que o direito positivo regula a convivência dos sujeitos da comunidade jurídica eles não podem eleger outro médium para concretizar sua autonomia.

Para que esses direitos subjetivos sejam igualmente distribuídos a solução reside no processo democrático que permite avaliar os resultados obtidos nos termos de sua racionalidade. Nesse ponto Jürgen Habermas faz uma ressalva, pois ao se referir ao Direito como sendo direito positivo, há a necessidade de distinguir entre direitos humanos enquanto normas de ação justificadas moralmente e direitos humanos enquanto normas constitucionais positivamente válidas (idem).

O que Jürgen Habermas quer evidenciar é que mesmo sendo os direitos humanos normatizados constitucionalmente, isso não contradiz o sentido universalista dos direitos clássicos de liberdade que podem ser avocados por todos que não estejam em um dado Estado. Isso se dá em decorrência do fato de que com a constitucionalização esses direitos passam a ter um âmbito de validade política e jurídica determinado, o que passa a impressão de perda do caráter universal dos direitos humanos.

É assim que o sistema de direitos, fundamentados discursivamente, pode ir além do Estado democrático de direito, tendo como alvo a globalização dos direitos (POSFÁCIO p.317). Reitera o autor na mesma passagem, que Kant já antevira, e com razão, que o conteúdo semântico dos direitos fundamentais exige um Estado cosmopolita. Contudo, é certo que nesse caso o problema da real efetivação dos direitos tidos como fundamentais nesse âmbito careceria da coercibilidade necessária e que só é encontrada no âmbito circunscrito de Estados nacionais.

Em *terceiro* lugar com a pretensão de comprovar que o princípio da democracia possui raízes próprias independentes da moral, pois a legitimidade do direito positivo não deriva mais de um direito moral superior, Jürgen Habermas, então, se vale do processo de formação da opinião e da vontade que se pressupõe racional e que pode validar legitimamente as normas de direito positivo (POSFÁCIO p.319).

Uma vez que os sujeitos de direito participam de discursos racionais eles podem deliberar a respeito de quais direitos irão outorgarem entre si. Nesse processo de autolegislação os participantes devem utilizar o médium do direito, pois recebem deste o *status* de sujeitos de direito e disso não podem abrir mão. Ademais, eles têm que:

Institucionalizar juridicamente os próprios pressupostos comunicativos e os procedimentos de um processo de formação da opinião e da vontade, no qual é possível aplicar o princípio do discurso. Por conseguinte, o estabelecimento do código do direito, levado a cabo com o auxílio do direito geral a liberdades subjetivas de ação, tem que ser completado através de direitos de comunicação e de participação, os quais garantem um uso público e equitativo de liberdades comunicativas. Por esse caminho, o princípio do discurso assume a figura jurídica de um princípio da democracia (POSFÁCIO, pp.319-320).

O princípio do discurso quando usado para explicar o princípio da democracia se submete ao risco de “embaralhar as fronteiras que separam a fundamentação pós-convencional de normas de ação em geral da fundamentação de normas especificamente morais” (POSFÁCIO p.321). Daí a necessidade de abstração do princípio do discurso para que possa apresentar a devida neutralidade em relação ao direito e a moral. Mas ao mesmo tempo em que o princípio do discurso deve conter um conteúdo moral que lhe permita avaliar normas de ação em geral, ele não pode coincidir com o princípio moral, “porque o princípio da moral difere do modo como ele se desdobra no princípio da democracia” (idem, p.321).

Para Jürgen Habermas, no conceito de princípio do discurso, a saber, “são válidas as normas de ação com as quais poderiam concordar, enquanto participantes de discursos racionais, todas as pessoas possivelmente afetadas” (ibidem), há dois conceitos indeterminados, mas que possibilitam que o princípio da democracia e o princípio moral possam ser deduzidos do princípio do discurso. Esses dois conceitos indeterminados são respectivamente *normas de ação* e *discursos racionais*.

Enquanto o princípio da democracia se vale das normas de direito e deixa a forma de argumentação aberta, o princípio moral não especifica as normas onde encontra aplicação, contudo seus discursos se dão por meio de argumentos morais. Assim temos um princípio moral que atua argumentativamente na formação do juízo e um princípio da democracia que estrutura o saber e a prática dos cidadãos. Dessa forma, assevera Jürgen Habermas que:

Quando se determina a relação entre moral e direito desta maneira e quando não se identifica mais a pretensão de legitimidade das normas do direito, ou seja, a sua “justeza” com a pretensão à justiça moral, é possível deixar aberta a questão subsequente da fundamentação *moral*, do direito enquanto tal, ou seja, o problema típico do direito natural, da passagem do estado de natureza para o estado de sociedade. Devido as suas características formais, o direito positivo, que surge na modernidade como resultado do processo de aprendizagem social, pode ser tomado como meio adequado para a estabilização de expectativas de comportamento; e não parece haver, nas sociedades complexas um equivalente para ele (POSFÁCIO p.322).

Os direitos de comunicação e de participação orientados pela busca de entendimento e do bem comum são fundamentais para que o processo democrático de estabelecimento do direito obtenha êxito. É necessário também que os sujeitos de direito utilizem sua liberdade comunicativa para além do mero uso de um direito subjetivo de ação no intuito de salvaguardar interesses. Aqui, Jürgen Habermas se refere a utilização da liberdade comunicativa “para fins do uso público da razão”. (POSFÁCIO, p.323)

A partir do momento em que os cidadão posicionarem-se como participantes em processos de entendimento que visa a regulamentação da convivência e não como sujeitos privados do direito, pode-se falar em legitimidade do direito. O princípio do discurso possibilita uma formação política racional da opinião e da vontade, pois “ele retira do nível das motivações e decisões de atores ou grupos singulares e as transporta para o nível social de processos institucionalizados de resolução e de decisão” (POSFÁCIO, p.324).

Nesse sentido os processos democráticos e comunicativos, numa visão estruturalista, atuam como um filtro selecionador de temas e contribuições, bem como informações e argumentos. Quando as liberdades subjetivas de ação que carregam em si um potencial de conflito são liberadas o direito assume a responsabilidade de domesticar tais conflitos que ameaçam a integração social. E ele e vale de normas coercitivas reconhecidas como legítimas, enquanto as liberdades comunicativas de obtenção de consenso assim permitirem. Nas palavras de Jürgen Habermas:

[...] uma figura que alhures se opõe à força social integradora da comunicação converte-se aqui num meio da integração social, assumindo a forma de coerção legítima do Estado. E nesse momento, a integração social assume a forma totalmente reflexiva, pois, na medida em que o direito supre a sua cota de legitimação com o auxílio da força produtiva d comunicação, ele utiliza o risco permanente de dissenso, transformando-o num agulhão capaz de movimentar discursos públicos institucionalizados juridicamente. (POSFÁCIO, p. 325).

Diante da abordagem feita passa-se a tentativa de construção de uma possível conclusão a respeito da relação travada entre direito e moral. É certo que a contribuição de Jürgen Habermas é de grande valia nessa tentativa diante da forma inovadora que representa sua teoria.

CONCLUSÕES

O direito moderno se configura exigindo para si uma racionalidade própria que lhe permita atuar autonomamente. No entanto, nesse ínterim, surge a problemática de fundamentação. Surge nesse horizonte o apelo a princípios de ordem moral como se o direito encerrasse em si uma esfera moral posta. Reduzido à moral, o direito teria sem maiores dificuldades sua legitimidade sempre garantida por um conteúdo moral certo e implícito na norma.

Mas a integração social restaria extremamente prejudicada, uma vez que seria impossível determinar-se por meio de uma moral universal por todos seguida e respeitada. O direito precisa assumir essa deficiência e para tanto se torna imperioso sua positivação. No pensamento de Jürgen Habermas é do direito a tarefa de suplantar nos sujeitos o encargo das decisões.

A legitimidade do direito não deriva mais de um direito moral superior. O direito assume a tarefa de resolução de conflitos e de garantidor da integração social por meio da institucionalização da vontade dos cidadãos, ou seja, as aspirações particulares se superdimensionam diante de um procedimento democrático. Com isso, a obrigatoriedade passa a ser legítima, pois resiste ao processo contra-argumentativo de deliberação democrática de sujeitos livres inseridos numa comunidade jurídica.

Em Jürgen Habermas a relação entre moral e direito se dá pelo procedimento que permite resgatar pretensões de validade. Assim, o processo democrático da legislação gera a aceitabilidade racional das normas estatuídas. Nesse ponto pode se falar em direito como responsável pela integração social, pois assume a tensão interna entre fato e norma.

Os procedimentos discursivos permitem uma atitude de distancia com relação a esfera da moral. Os melhores argumentos permitem problematizações inevitáveis que possibilitam ao mesmo tempo a sua própria comprovação, a saber, a validade em termos de verdade.

O que Jürgen Habermas quer evidenciar é a importância de se institucionalizar juridicamente os pressupostos comunicativos do processo de formação da opinião e da vontade valendo-se do princípio do discurso. Na modernidade o direito é o meio mais eficaz de estabilização de expectativas de comportamento e não se apresentam concorrentes a ele. Para tanto, sua legitimidade deve apoiar-se na atuação conjunta de membros da comunidade de direito, contrariamente a visão privatística, no intuito de regularem sua convivência.

A opinião discursiva dos cidadãos é a chave da fundamentação pós-metafísica do direito, o que lhe permite distanciar-se da esfera moral superior. Diante dessa formação discursiva da opinião e da vontade o direito, institucionalizador de processos que permitem que isso ocorra, pode ser um agente efetivador da liberdade. A legalidade que empresta legitimidade as normas de direito se justifica diante da nova forma de conceber o processo de formação dessa legalidade.

Quando Jürgen Habermas opta por substituir a razão prática pela razão comunicativa, ele deixa de lado as orientações do agir daquela e passa a construir sua teoria com base numa outra razão centrada em procedimentos da linguagem. Passa a ter ênfase em seus escritos a teoria do discurso de intencionalidade performativa, a saber, a que visa o entendimento. Essa mudança se dá, pois, Jürgen Habermas pretende elaborar sua própria interpretação das ordens políticas e jurídicas que formam a prática social da contemporaneidade.

A proposta da razão comunicativa de Jürgen Habermas é mais abrangente, ao contrário da razão prática objetivada num aspecto como a moral, pois, pode ter como referência dados empíricos construídos pelos sujeitos da comunidade jurídica. Não se está mais diante de uma fonte única, fornecedora de regras de ação. A razão comum comunicativa induz o sujeito a idealizar significados e validades abstendo-se da indicação de tarefas práticas, daí a razão de ser informativa.

Como em Jürgen Habermas não se pode mais legitimar o direito positivo por meio de idealizações platônicas, nem por meio de uma razão última como a moral kantiana, sua proposta está centrada numa racionalidade procedimental comunicativa. Tal meio permite aos sujeitos de direito regularem seu convívio com regras de direito positivo que são reconhecidas mutuamente. Assim, ao desejarem constituir uma comunidade jurídica, os seus membros contam com o médium das regras de direito positivo, formadas a partir de uma prática argumentativa, onde o discurso possibilita a deliberação de temas e decisões. Com isso, os sujeitos de direito passam a atuar como participantes em processos de entendimento, deliberando sobre normas que regularão sua vida em comum.

A relação entre moral e direito é necessária. A moral, enquanto instância normativa depende de complementação por parte do direito positivo, diante da dificuldade da universal simetria receptiva de todos os destinatários. Por se tratar de uma teoria da sociedade recente, as constatações de sua praticidade ficam a cargo das experiências históricas que se constroem cotidianamente.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Lucia. **Habermas: filósofo e sociólogo de nosso tempo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2ª ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de política**. Trad. De Carmen C. Varriale et ai.: coordenação e tradução de João Ferreira. Brasília: Ed. UNB, 1998, Vol. I, 1330 p.

_____ **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2ª edição; tradução: Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. São Paulo: Método, 2006

FERRERO, Guglielmo. **Poder – los gênios invisibles de la ciudad**. Madrid: Tecnos, 1998

FREITAG, Bárbara. **Itinerários de Antígona: a questão da moralidade**. Campinas, SP: Papyrus, 1992.

_____ **A teoria crítica: ontem e hoje**. São Paulo: Editora brasiliense, 2004.

GOMES, Alexandre Travessoni; MERLE, Jean-Christophe. **A moral e o direito em Immanuel Kant: ensaios analíticos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol. I e II**. Tradução: Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUDWIG, Celso Luiz. **Formas da Razão: Racionalidade jurídica e fundamentação do Direito**. Tese de Doutorado do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Paraná. Curitiba, 1997, citação da nota de roda-pé, p.70.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

REALE, Giovanni e ANTISERI, Dário. **História da Filosofia** vol. 2. São Paulo: Paulus, 1990.

REALE, Miguel. **Direito como Experiência**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Filosofia do Direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999 (a).

_____. **Lições preliminares de Direito**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999 (b).

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Col. “Os Pensadores”. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SOUZA, Jessé. **Patologias da Modernidade: um diálogo entre Habermas e Weber**. São Paulo: Annablume, 1997.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. México: Fondo de Cultura Econômica, 1997.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.