

A RACIONALIDADE PROCEDIMENTAL NO ESTADO DE DIREITO EM HABERMAS¹

Evandro Barbosa

Universidade Federal de Pelotas

Resumo: Trata-se de pensar a relação entre direito e moral para Habermas, em suas *Tanner Lectures* (1986), a partir de uma imbricação entre os modelos de racionalidade procedimental jurídico e moral. Contra toda forma de positivismo jurídico, Habermas restabelece a relação entre direito e moral partindo do que se consagrou chamar moralização do direito. Nesse sentido, a legalidade possui um fundamento racional que o torna válido enquanto ordenamento jurídico, haja vista a relação complementar estabelecida entre o direito positivo e o procedimentalismo moral.

Palavras-chave: legalidade, moral, racionalidade, procedimento.

Abstract: This paper discusses the relationship between law and morality for Habermas, in his *Tanner Lectures* (1986), from an overlap between the models of moral and legal procedural rationality. Against all forms of legal positivism, Habermas restores the relationship between law and morality based on what was conventionally called moralization of law. Accordingly, the legality has a rationale that makes itself valid as legal system, given the complementary relationship established between positive law and moral proceduralism.

Keywords: legality, moral, rationality, procedure.

¹ Uma versão preliminar deste texto foi apresentada no *XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy* (UFMG, 2013) com o seguinte título: "The procedural rationality in the State of law in Habermas."

Considerações iniciais

Assumo como desafio deste texto explicitar a possibilidade de uma legalidade legítima a partir da análise habermasiana sobre as sociedades em que o direito foi instituído, especialmente na sociedade moderna, cuja visão filosófica de racionalidade pareceu conceder ao direito uma base inconsistente. Questiona-se, assim, a influência decisiva da moral em termos estritamente procedimentais na sua relação com o direito, pois, no entender de Habermas, faz-se necessário elaborar um conceito de ordenamento jurídico capaz de responder à exigência moderna acerca de sua fundamentação e validade. Dessa forma, direciono o desenvolvimento desta pesquisa para uma possível solução ao problema da legitimação jurídica, sustentando-se a tese de que a legalidade pode extrair sua legitimidade a partir de uma racionalidade procedimental com teor moral.²

Meu *espaço de manobra* para tratar desta relação entre direito e moral estará circunscrito as *Tanner Lectures*³, por isso o texto acompanhará os passos habermasianos na obra acima citada. Para resolver este impasse, desenvolvo minha argumentação de que há uma subordinação necessária do direito à moral – ao menos em termos procedimentais – a partir de três pontos: I. Caracterizar a evolução histórica do direito até sua concepção moderna; II. Determinar como uma legalidade legítima passa por uma análise crítica do pensamento de Max Weber acerca das sociedades em que o direito foi instituído, especialmente o direito moderno, e estabelecer uma relação entre procedimento jurídico e racionalidade; III. Determinar a relação entre direito e moral, propondo alguns elementos conclusivos derivados das análises dos itens anteriores.

² Isso reflete o problema da justificação inerente à Filosofia do Direito habermasiana, a qual tem no conceito de legitimidade a sua *clef de voûte*, segundo Dutra (Cf. DUTRA, 2004, p. 76).

³ Não é minha intenção discutir a mudança de panorama e posicionamento de Habermas entre esta e sua obra *Direito e Democracia* de (1992), muito embora me pareça que a pergunta inicial continua sem uma clara resposta: *como a legalidade obtém sua legitimidade?* Isso só reflete a dimensão do problema de justificação que a normatividade jurídica exige para se manter.

I

Habermas afirma nas *Tanner Lectures* que o direito teve uma evolução bastante peculiar. Em seus primórdios, ele tinha fundamentos que nada mais eram que prerrogativas para se exercer o poder, ou seja, não existia norma objetiva. Nos antigos impérios, havia um direito sagrado (divino) que acobertava um direito burocrático estabelecido por um rei, o qual, por sua vez, era o senhor supremo do tribunal.⁴ Na Idade Média, apesar de ter codificações mais elaboradas, o sistema permanecia o mesmo. De um lado, o direito canônico da Igreja e, de outro, o direito provindo de decretos imperiais, constituindo o chamado *duplo reino do poder tradicional*. Embora não se encontrasse à disposição do soberano político, o direito divino era legitimante do direito profano, à medida que servia como um invólucro no qual o soberano se acomodava e dali exercia seu poder (também profano) por meio de funções de juridificação e de normatização burocrática do direito. No fim, era sempre o direito divino quem dava legitimidade ao poder instituído, ou seja, ele era a redoma que não permitia ao direito profano sucumbir. Paralelamente, o soberano também fazia do direito um *médium* a fim de que se desse a conferência do caráter obrigatório para suas ordens e editos, pois, do contrário, tais ordens ou editos não teriam força, nem legitimidade para serem executadas. Diz Habermas:

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

Com o advento da modernidade, ocorrem dois fatos determinantes para o direito. A cisão entre Estado e Igreja faz com que o direito profano

⁴ Habermas determina dois elementos que a sociologia do direito identifica nesse tipo de sociedades, por isso sua afirmação de que "(...) [o] sistema jurídico tinha a cobertura de um direito sagrado, administrado exegeticamente por especialistas teólogos e juristas; [e] seu núcleo era formado por um direito burocrático estabelecido pelo rei ou pelo imperador, que era, ao mesmo tempo, o senhor supremo do tribunal, em conformidade com tradições jurídicas sagradas." (HABERMAS, 1997, p. 231).

⁵ Cf. HABERMAS, 1997, p. 231.

tenha que buscar outra base legitimadora, uma vez que sua dependência ao direito divino se esvai. Dessa cisão, resta ao direito buscar nova base de legitimação, donde provém a *positivação do direito*⁶ decorrente de tais transformações. Com isso,

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

Em sociedades de caráter pós-metafísico, o direito agregou ao seu conceito um caráter pós-tradicional de justificação, pois tal institucionalização dá-se através da institucionalização das ordens jurídicas. Agora, pelo caráter pós-metafísico de legitimação, o direito precisa se ancorar em bases que não dispunham elementos religiosos ou consuetudinários. Determinam-se, assim, três elementos que o pensamento pós-metafísico exige no âmbito do direito: *i.* necessidade de racionalizar o procedimento; *ii.* ampliação do modelo de razão em termos formais e não substantivos; *iii.* identificação das condições sociais do surgimento da racionalidade a partir das contribuições da filosofia da linguagem.⁷ Nesse ponto, na medida em que um acordo normativo adota a

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

⁷ Esta tripartição é confirmada por Muntana: "(...) en el contexto del pensamiento postmetafísico, la intención más radical a la que puede aspirar la Filosofía consiste en indagar los problemas de racionalidad y vigilar el cumplimiento de sus criterios en los ámbitos científicos concretos, toda vez que los intentos de fundamentación última han terminado en fracasos estrepitosos. De ahí que, en segundo lugar, una ampliación del modelo de razón sólo sea posible en un sentido formal y no sustantivista, pues ha de permitir entrelazar las explicaciones sobre las condiciones procedimentales de la racionalidad con análisis empíricos (...) En tercer término, a partir de las contribuciones de la filosofía del lenguaje no puede separarse la investigación sobre la racionalidad de las condiciones sociales del surgimiento y uso de la capacidad lingüística. En conclusión, el interrogante inicial sobre las condiciones de la racionalidad conduce inexorablemente a un análisis social de las estructuras lingüísticas." (MUNTANA, 2011, p. 207)

forma de um consenso juridicamente sancionado, o único modo de saber se tal acordo é racionalmente motivado dá-se por meio do procedimento pelo qual se chega a ele. Nesse caso, se o acordo se refere à validade da regulação normativa, tal validade, *mutatis mutandis*, se converte em componente da ordem legítima e vincula os agentes a determinadas orientações valorativas nos casos de matérias carentes de regulação.

Com isso, a legislação passa a concernir apenas ao processo regulado politicamente, e assim continua mesmo quando se diferencia institucionalmente de acordo com os poderes do Estado. Mesmo que todo o desenvolvimento do direito positivo moderno pareça querer dizer o contrário, Habermas indaga: “(...) até que ponto um direito político, modificável a bel-prazer, pode proporcionar uma autoridade com caráter obrigatório, semelhante à do direito sagrado indisponível?” (HABERMAS, 1997, p. 233). A essa pergunta, o positivismo jurídico apresenta duas variantes, ambas insatisfatórias para o filósofo alemão. Em uma delas, o direito perde seu caráter normativo, ficando reduzido a um direito meramente instrumental e, dessa forma, decorre que seu momento de indisponibilidade já não existe mais. Na outra variante, detém-se a premissa segundo a qual “(...) o direito só pode preencher sua função nuclear de regulação de conflitos judiciais na medida em que as leis aplicadas mantiverem a normatividade no sentido de uma validade deontológica não imperialista.” (HABERMAS, 1997, p. 233) Sob esse prisma, o direito abstém-se de qualquer vínculo moral ou político, sendo a jurisdição seu núcleo central na e através da qual pode preservar sua autonomia. Separado da política e da moral, resta ao direito apoiar-se no sistema jurídico como núcleo institucional, único lugar em que ainda consegue manter sua forma, ou seja, sua autonomia.⁸

⁸ Essa é a tese defendida por Niklas Luhmann (Cf. LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*, México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, pp. 67-69). Diz Muntada: “Luhmann se refiere al Derecho sólo desde la perspectiva externa, concibiéndolo como un sistema autopoiético y autodiferenciador. Desde el prisma de la teoría de sistemas, el Derecho aparece como un medio de comunicación tautológicamente referido al propio sistema Derecho, encargado funcionalmente de estabilizar expectativas normativas. Gracias a estas intuiciones, Luhmann consigue fundamentar la autonomía sistémica del ámbito jurídico, lo que denomina *clausura operativa del sistema*, y esquivo cualquier ponderación cualitativa de su validez.” (MUNTADA, 2011, p. 213). Este seria, exatamente, o ponto problemático para Habermas. Quer dizer, reduzir os desdobramentos do direito à *clausura operativa do sistema* significa exatamente restringir seu escopo a uma condição funcionalista. Esta controvérsia pode ser mais bem explorada em: KJAER, P. F. “Systems in Context: On the Outcome of the

Contra essa suposição de um direito isolado, Habermas reforça a questão de suas origens históricas. Segundo ele, o direito precede a gênese do poder político, posto que o direito sancionado pelo Estado e o poder do Estado estatuído juridicamente surgem simultaneamente na forma de poder político. Ao que parece, o direito arcaico foi quem possibilitou um poder político soberano, numa ordem recíproca de constituição do direito do Estado e do poder do Estado. Entrementes, não é fácil crer que o direito tenha sido totalmente absorvido pelo meio político ou, então, que tenha se separado completamente. Além disso, parece existir a forte influência posta por determinadas estruturas de consciência moral no que diz respeito à relação entre direito e poder do Estado, o que, no fundo, aponta para o modo como se dá a união entre direito, moral e política. Isso é o que Habermas chama de *momento de indisponibilidade*, “(...) que no direito moderno forma um contrapeso evidente à instrumentalização política do *médium* do direito, [e] resulta do entrelaçamento entre política, direito e moral.” (HABERMAS, 1997, p. 234).

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

Na modernidade, observa Habermas, se o direito fosse reduzido ao poder do legislador político, a consequência inevitável será sua dissolução na política, o que também acarretaria no próprio fim deste conceito. O mesmo aconteceria caso o direito positivo assumisse para si sua legitimação de uma forma dogmática de uma justiça fiel à lei, sem qualquer relação à política e à moral. Em ambos os casos, a legitimidade estaria em xeque:

Habermas/Luhmann- Debate” In. *Ancilla juris*, 2006, Nº 66, p. 66-77; LUHMANN, N. y HABERMAS, J. *Teoria della società o tecnologia sociale: che cosa offre la ricerca del sistema sociale?*. Milán, 1983.

A partir do momento em que a validade do direito é desligada dos aspectos da justiça, que ultrapassa as decisões do legislador, a identidade do direito torna-se extremamente difusa. Pois, neste caso, desapareceram os pontos de vista legitimadores, sob os quais o sistema jurídico poderia ser configurado para manter determinada estrutura do *médium* do direito (HABERMAS, 1997, p. 237).

Nessa esteira, à recusa de um direito sagrado profanizado e de um direito consuetudinário, o direito racional surge como possível resposta à positivação moderna, sendo capaz de garantir à esfera jurídica seu momento de *indisponibilidade*. É justamente com essa intenção que o direito racional foi introduzido, “(...) adquirindo significado doutrinário e jurídico imediato, não somente para considerações de filosofia do direito, mas também para as grandes codificações e para a prática judicial do desenvolvimento do direito” (HABERMAS, 1997, p. 237). Agora, no direito racional, é articulado um nível pós-tradicional de consciência moral, de forma que o direito moderno fica submetido a princípios à medida que é transposto para um nível de racionalidade procedimental. Desse modo, com a decomposição do direito natural, bem como dos fundamentos religiosos e metafísicos e a desmoralização da política⁹, o que resta é um Estado monopolizador que reduz o direito à simples meio de organização. Nesse caso, o problema de fundamentação da positividade do direito continua latente, uma vez que não foi sanado, apenas “(...) deslocado para a base mais estreita de uma ética profana pós-metafísica, desacoplada de cosmovisões” (HABERMAS, 1997, p. 238).

O fato é que o direito racional se estabelecia a partir de uma autonomia solipsista de sujeitos, sendo dado à esfera da liberdade individual um valor moralizante a partir dessa autonomia. Contudo, o direito evoluiu por meio dessas transformações sociais e o direito objetivo passa a ocupar o lugar-mor nesta relação, o que resultou em um novo padrão conceitual. Surge, assim, a ideia do contrato como ponto nodal do direito privado burguês. Na autonomia concedida pela condição contratual oferecida há a generalização de um modo capaz de justificar moralmente o poder exercitado na forma de direito positivo e poder legal. Em termos específicos, “(...) um contrato que todo o indivíduo autônomo celebra naturalmente com todos os

⁹ Cf. HABERMAS, 1997, p. 238.

outros indivíduos autônomos só pode ter como conteúdo aquilo que todos, no uso da razão, podem querer ao defenderem seus respectivos interesses” (HABERMAS, 1997, p. 238). Este é o resultado da *guinada* no direito através de um pensamento procedimental que revela uma razão prática no direito natural moderno, qual seja, a razão de uma moral autônoma presente na fundamentação de ordens políticas constituídas juridicamente.

Some-se a essa dificuldade em estabelecer a relação entre *indisponibilidade* e *instrumentalidade* do direito o elemento social-político que precisa ser abarcado. Para Habermas, com a explosão de uma sociedade complexa, à mercê das flutuações do mercado capitalista, qualquer tentativa de retratá-la na moldura de um sistema jurídico *apriorístico* é vão. Por isso, não faz mais sentido apelar para um direito racional que forneça apenas as bases normativas para a compreensão das relações sociais. A sociedade, em sua pluralidade, anula qualquer tentativa de teorização com vistas a estabelecer os fundamentos do direito privado e público. Como resultado, as teorias contratuais não foram capazes de fazer frente a essa complexidade, hajam vista não terem sido capazes de justificar seu individualismo possessivo. Além disso, Habermas acusa as teorias contratuais de concretistas, pois não foram capazes de comportar o manejo de decisões que viessem dar cabo de um crescimento capitalista latente.

No entender de Habermas, teorias do contrato social optaram por duas vias: explicar a positivação do direito ou explicar a necessidade de fundamentação dessa positivação. Ambos, todavia, não foram capazes de estabelecer uma relação plausível entre *indisponibilidade* do direito e *instrumentalidade* do mesmo. Em Hobbes, *v. g.*, o direito positivo serve apenas como meio de organização política, de modo que o poder político não possui nenhuma conotação moral, ao passo que, em Kant, a doutrina do direito está vinculada a uma teoria moral forte. Na teoria kantiana, o princípio geral do direito deriva do imperativo categórico, ou seja, este se encontra na base de toda legislação a partir da qual é possível deduzir o direito subjetivo originário e exigir dos demais o respeito a sua liberdade.¹⁰ Todavia, as explicações de Hobbes e Kant são insuficientes para Habermas. Para ele, a teoria hobbesiana “(...) sacrifica a indisponibilidade do direito em favor de sua positividade”, enquanto que, com Kant, “(...) o direito moral ou

¹⁰ Cf. HABERMAS, 1997, p. 238.

natural, deduzido a priori da razão prática, ocupa a tal ponto o lugar central, que o direito corre o risco de se desfazer em moral” (HABERMAS, 1997, p. 239). Para ele, o contrato é apenas uma *peça* deste constructo teórico, sendo necessário determinar em que medida o direito se justifica e preserva sua autonomia.

II

Como supracitado, a pergunta que pauta esta discussão é o próprio título da primeira aula de Habermas sobre o assunto: *é possível a legitimidade através da legalidade?* Sustentado em sua teoria do agir comunicativo, esta será sua primeira tentativa de elaborar satisfatoriamente um conceito de direito capaz de fundamentar a validade do ordenamento jurídico. O desenvolvimento de sua teoria passa, inevitavelmente, por questionar se a concepção weberiana de direito é a mais acertada para esta discussão. Partindo da análise weberiana da esfera jurídica, Habermas afirma que “(...) as ordens estatais das sociedades ocidentais não são mais que desdobramentos da *dominação legal*” (HABERMAS, 1997, p. 193), e reitera que a legalidade está calcada na legitimidade enquanto exercício de poder. Como já aventado, ao direito moderno está imbricada uma ordem racional que, ao contrário de uma fé embasada em pressupostos culturais ou de tradição, é capaz de dar legitimidade ao poder estatal.

Weber irá conferir três sentidos a este conceito de *racional*. O primeiro diz respeito ao seguimento de regras com vistas ao sucesso de uma ação, isto é, o uso dos meios necessários (técnicas) para a obtenção de um fim, racionalidade esta chamada de *instrumental*. O segundo sentido é a *racionalidade de fins*, onde os fins da ação são dotados de um conteúdo que guia sua orientação de modo valorativo. Em terceiro, temos a *racionalidade científico-metódica*, por meio da qual se dá a sistematização dos sistemas simbólicos efetuados intelectualmente por especialistas. O fato é que o direito dispõe, em seu âmago, dessas três concepções de racionalidade, justamente à medida que: *a.* existe uma racionalidade científica de especialistas que lhe emprestam uma sistematicidade; *b.* existem leis públicas que asseguram a autonomia privada; e *c.* temos a institucionalização de processos para o

emprego e implementação dessas leis. Na visão weberiana¹¹, o direito dispõe de uma racionalidade própria não dependente da moral. Nesses termos, o direito assume uma postura original, de *mestre* de suas próprias suposições – sem derivações de âmbito moral – em um processo de institucionalização jurídica única. Tudo isso remete ao conceito weberiano de racionalidade do direito, assim definido por Habermas:

Max Weber introduziu um conceito positivista do direito, segundo o qual direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito seguindo um processo institucionalizado juridicamente. Sob esta premissa, a força legitimadora da forma jurídica não deriva de um possível parentesco com a moral. Isso significa que o direito moderno tem que legitimar o poder exercido conforme o direito, apoiando-se exclusivamente em qualidades formais próprias. (HABERMAS, 1997, p. 193).¹²

É preciso compreender que a modernidade e seus avanços trouxeram consigo muitos problemas de ordem jurídica de difícil solução, haja vista a complexidade da sociedade que o envolve. Com ela, o direito se modifica enquanto o *médium*¹³, cujo formalismo racional lhe permitiria uma estruturação das normas de modo hierárquico para que estas pudessem ser facilmente executadas. Agora, as leis estão sob a égide de uma *norma regia*, além de dispor de um caráter abstrato para as normas, *i. e.*, uma estrutura uniforme e universal. O temor de Weber é que, caso a juridificação (materialização) se confirme não como mera tendência, não haverá mais distinção entre direito privado e direito público, bem como a hierarquia

¹¹ Desde já, é bom que se evidencie que Habermas não concorda com a interpretação weberiana acerca do Direito moderno, pois “(...) a interpretação de Weber reduz toda a problemática sobre o Direito moderno ao problema da dominação legal, uma vez que, por vezes, chega a identificar a necessidade pós-tradicional de fundamentação do Direito ao processo de positivação. E isso se dá precisamente porque Weber não leva em consideração as exigências de fundamentação incorporadas ao Direito moderno, desde o séc. XVIII, pela escola do Direito natural racional” (DUTRA, 2002, p. 34).

¹² Weber discorre longamente sobre as transformações do conceito de direito ao longo da história até chegar ao seu momento de racionalização máxima na modernidade em sua obra *Economia e sociedade*, mais detidamente no capítulo VII – *Sociologia do Direito*. (Cf. WEBER, Max. *Economia e sociedade*. São Paulo: Editora da UnB, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999).

¹³ Agora, “(...) o *médium* do direito passa a ser utilizado num âmbito maior e a forma do direito se modifica sob os imperativos de um *novo tipo* de utilização.” (HABERMAS, 1997, p. 195).

entre norma fundamental e simples lei.¹⁴ Nessas condições, a ideia de hierarquia entre as normas seria um resquício pré-moderno na sociedade pós-tradicional, o que contrasta com a proposta habermasiana de complementação entre direito e moral.¹⁵

Habermas expõe que o problema vislumbrado por Weber decorre do fato de que, para este, a racionalidade do direito está fundamentada nas suas qualidades formais do próprio procedimento e que, por isso, a materialização implica numa moralização do direito positivo. Segundo o autor, é do estabelecimento de um vínculo interno entre moral e direito, estabelecendo uma sujeição do procedimento jurídico ao procedimento moral, que a crítica à Weber se justifica. Do contrário, a conclusão que resta seria de que as qualidades formais do direito são racionais, neutras e não possuem qualquer vinculação à moral, o que vai de encontro à posição de Habermas. Em suma, a crítica à Weber serve também para demonstrar que uma visão procedimentalista do direito só reforça a ideia habermasiana de que o direito e a moral não podem ter seus limites traçados unicamente a partir dos conceitos formal e material, posto que, como afirma Habermas, “(...) a legitimidade da legalidade não pode ser explicada a partir de uma racionalidade autônoma inserida na forma jurídica isenta de moral; ela resulta, ao invés disso, de uma relação interna entre o direito e a moral.” (HABERMAS, 1997, p. 202).

Para Habermas, o formalismo do direito deve se situar em um nível mais abstrato do que o proposto por Weber, do contrário seríamos levados a falácias concretistas, na medida em que amarramos o formalismo do direito em geral a propriedades do direito formal burguês. Na modernidade, os sistemas jurídicos têm por conceito-mor o processo institucionalizado juridicamente, ponto crucial para a legitimidade legal, na qual “(...) a própria produção de normas é submetida a normas” (HABERMAS, 1997, p. 203). No caso do direito, isso caracteriza seu modo de operar procedimentalmente

¹⁴ Este questionamento fica mais claro quando contrapomos a relação entre direito e Estado. Dutra afirma: “Para Weber, pode haver Estado sem direito, mas não direito sem Estado. Portanto, não há, para ele, um direito substancial que pudesse receber o nome de direito, independentemente de um aparato normativo. Daí a sua filiação ao positivismo, pois, o positivismo, caracteriza-se, menos pela afirmação de que o direito é o direito positivo e mais pelo que subjaz a essa afirmação, a saber, que o direito é o direito positivo porque o direito, em última análise, não passa de uma forma coercitiva.” (DUTRA, 2004, p. 59).

¹⁵ Cf. REPA, 2008, p. 91.

determinado quanto à sua forma, “(...) porém indeterminado do ponto de vista do conteúdo” (HABERMAS, 1997, p. 203). Além disso, também é preciso considerar que tais processos se dão colocando as decisões sob a necessidade de uma fundamentação válida. Desta forma, institucionalizam-se discursos jurídicos que operam nos limites exteriores do processo jurídico e sob as limitações internas da produção de bons argumentos. O que resta é um *link* entre procedimento jurídico e procedimento moral, pois:

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

Como dito, embora Weber faça um diagnóstico acurado da função do conceito de racionalidade na sociedade moderna, Habermas identifica-o como limitado ao não perceber a desformalização que acontece no âmbito jurídico.¹⁶ Para isso, apresenta quatro fenômenos que comprovam sua visão. Na forma (a) *reflexiva* do direito, “(...) as normas procedimentais que orientam o processo devem colocar os envolvidos em condições de regular seus assuntos por conta *própria*.”; além disso, o fenômeno da (b) *marginalização* acontece quando se dá a “(...) substituição da execução da pena estatal através de convênios privados, [e] o acordo negociável entre criminoso e vítima (...) fortalecem a *erosão das normas* e a tendência a uma questionável *orientação pelo consenso*. Isso tudo tira do direito atual um pouco do seu caráter clássico de direito coercitivo.”; por sua vez, o uso de (c) *imperativos funcionais* na jurisprudência “(...) revela que nós entendemos a tendência de juridificação no Estado social como instrumentalização do direito para fins do legislador político (...) Na concorrência entre direitos, de um lado, e bens coletivos, de outro, conseguem

¹⁶ Nesse sentido, “(...) ao contrário de Weber, cuja leitura da racionalização segue a linha de seu conceito de ação racional com relação a fins, a leitura da racionalização feita por Habermas nortear-se-á por um conceito mais amplo de ação, qual seja, o de ação comunicativa, mais amplo que aquele de Weber, e capaz de abranger uma explicação da racionalização que incorpora também uma racionalidade na racionalização dos valores, os quais não são, então, como em Weber, remetidos para o âmbito do ceticismo.” (DUTRA, 2004, p. 65).

impor-se exigências funcionais de subsistemas regulados pelo dinheiro e pelo poder, os quais não se integram mais através de normas e valores.”; por fim, na discussão sobre *(d) moralidade* ou *positividade do direito*, “(...) agudiza-se a questão acerca das condições de legitimidade da legalidade. De certo modo e com velocidade crescente, o direito positivo detona seus próprios fundamentos de validade.” (HABERMAS, 1997, p. 204-205)¹⁷.

Tais questões constituem a chamada desformalização do direito, a qual ocorre de forma simultânea às críticas que o direito formal faz sob o tom jocoso da chamada *juridificação*. Habermas reafirma tais elementos para o debate sobre o direito, uma vez que o questionamento weberiano sobre a racionalidade formal do direito não dava conta de esclarecer a legitimidade dos desdobramentos que o direito estava assumindo. Nesse sentido, a análise habermasiana se dispõe a avaliar como os modelos procedimentais que tratam da relação entre direito e moral implicam na não redutibilidade desta análise a simples distinção entre *formal* e *material* como parece pressupor Weber. Pelo contrário, tais considerações fazem Habermas concluir que a legitimidade da legalidade deriva da relação entre direito e moral. Como inicialmente mencionado, seu intento é analisar “(...) a racionalidade procedimental embutida no processo democrático da legislação, a fim de verificar se é possível extrair dela argumentos para uma legitimidade que se funda na legalidade” (HABERMAS, 1997, p. 210). Como resultado, temos a necessidade do conteúdo moral para o processo formal do direito.

Por isso, o método construtivista do direito via procedimento evidencia claramente que, *de per se*, o direito é insuficiente para garantir sua legitimidade, uma vez que inevitavelmente conteúdos morais estão inseridos no processo jurídico no entender de Habermas. Em poucas palavras, o problema transparece na própria dinâmica funcional do direito, e é justamente o equacionamento desta dinâmica que repõe o problema: como transmitir a racionalidade do processo de legislação para os processos da justiça e da administração, já que a lei abstrata e geral deixou de ser a forma normal e obrigatória dos problemas de regulação do Estado social? A saber, o construtivismo do direito evidencia claramente que interpretações do direito constitucional não se limitam a suprir ou tapar furos da lei; antes, sim, se prestam a desenvolver o direito de forma construtiva. Nas palavras de Habermas:

¹⁷ Para mais detalhes, confira HABERMAS, 1997, parte II, 1.

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

Dado o contexto da situação, a possibilidade de interpretação da ordem jurídica pode ocasionar uma dissolução do poder legal (embasado na legalidade da lei e da medida), transpondo-o para um poder cuja legalidade se dá por intermédio de juizes. Habermas observa muito bem esse problema e lança um desafio que, na verdade, é muito mais uma constatação negativa dessa forma de direito: “(...) será que a justiça pode continuar preenchendo os espaços que se ampliam inevitavelmente, apoiando-se numa razão, ou seja, em argumentos controláveis intersubjetivamente?” (HABERMAS, 1997, p. 212). Antes de tudo, Habermas sentencia a argumentação funcionalista da análise weberiana como capenga, à medida que a normatividade jurídica só pode ser justificada a partir de um procedimento moral, o qual dispõe de um conteúdo também moral. Dessa forma, ele admite a necessidade da moral para o direito, uma vez que princípios formais do direito se tornam frívolos quando destituídos de conteúdo moral. Nesse sentido, a construção de um corpo jurídico por meio de uma racionalidade técnico-científica também é deficiente, ou seja, “(...) a construção científica e metódica de um corpo jurídico, configurado sistematicamente, também não é capaz, por si só, de explicar a eficácia legitimadora da legalidade” (HABERMAS, 1997, p. 200). Ao que parece, uma explicitação, pura e simples, dos conceitos do direito não é suficiente para lhe garantir legitimidade.

Na verdade, a funcionalidade sistêmica desempenhada por esse direito possibilita a instauração de um padrão de comportamento que tem como eixo as ações racionais instrumentalizadas. Não obstante, isso ainda não explica como são possíveis estruturas jurídicas, pois são coisas distintas dizer, por um lado, o que é direito moderno em termos de institucionalização das ações racionais e, por outro, afirmar como tal direito se fundamenta. Essa é a deficiência de que padece a tese weberiana, segundo Habermas, ao analisar o direito moderno pelo viés de uma racionalidade puramente estratégica. Embora reconheça os méritos dessa análise, tanto o é que utiliza Weber em

vários momentos de seu pensamento para questões sociológicas inerentes ao direito, ele não concorda com este excesso de autonomia do procedimento jurídico em relação ao procedimento moral. Em suma, o positivismo não permite legitimar a forma normativa jurídica.

III

Para Habermas, direito e moral são distintos de forma significativa. Enquanto o primeiro dispõe do auxílio de regras para se estabelecer, o segundo não dispõe de tal aparato, o que lhe confere uma carência. Todavia, em ambos é inevitável um nível idealizado, no sentido de uma coerção transcendental fraca para se estabelecerem, quando da análise dos dois processos. Na visão habermasiana, da própria fragilidade esboçada por uma racionalidade procedimental imperfeita, surge a resposta ao porquê do direito ser um regulador mais preciso em determinadas matérias do que as regras morais pós-tradicionais, pois, como ele mesmo afirma, “(...) para fundamentar normas, uma moral autônoma só dispõe de processos falibilistas” (HABERMAS, 1997, p. 216) É importante destacar este mesmo problema de imputabilidade de uma moral universalista pretensiosa, uma vez que sua justificação depende de argumentos que valham sob a condição de uma obediência geral a regras. E, como ideias morais dificilmente alcançam uma obrigatoriedade geral na prática, “(...) a ética da responsabilidade julga que a obediência e normas correspondentes só são exigíveis quando eles atingem o nível da obrigatoriedade jurídica.” (HABERMAS, 1997, p. 217). É isso que torna o direito positivo mais importante quanto a sua consecução em detrimento à fraqueza desta imposição que a moral autônoma oferece.

Por outro lado, vale destacar a dependência do direito também com relação à política, na medida em que o direito positivo tem suas *características convencionais* dadas por um legislador político, o que as tornam passíveis de alteração. É nesta subordinação por parte do direito à política que se apresenta seu caráter instrumental, uma vez que as normas jurídicas servem como meios de realização para fins políticos. Novamente, isso acaba por diferencia-lo das

normais morais, as quais possuem sempre um fim em si mesmo.¹⁸ Nesse sentido, o direito constitui o *medium* entre a política e a moral, uma vez que ele trata tanto de argumento jurídicos (que são direcionados pela política)¹⁹, quanto de argumentos morais, possibilitando a assimilação destes poderes. Isso reforça, na teoria habermasiana, que o direito se situa entre estes âmbitos, pois o discurso jurídico lida tanto com argumentos políticos para o estabelecimento de políticas públicas, quanto com argumentos morais para a solução imparcial de conflitos.²⁰ Para Habermas, direito e moral não é uma simples relação complementar, mas um entrelaçamento em que “(...) a moral não paira mais *sobre* o direito, como era sugerido pela construção do direito racional, tido como uma séria de normas suprapositivas: ela emigra para o direito positivo, sem perder sua identidade” (HABERMAS, 1997, p. 218).²¹ Com isso, a moralidade se estabelece no direito numa ordem procedimental, de modo que conteúdos normativos determinados são dela extraídos, ao mesmo tempo em que se sublima num processo de fundamentação e de aplicação destes conteúdos. Assim, o direito e a moral têm a capacidade de controlarem-se mutuamente.

Chegamos, dessa forma, a duas importantes considerações sobre a posição de Habermas acerca deste problema. Por um lado, no direito, a moral é controlada e limitada nos discursos jurídicos de diferentes formas: *i.* metodicamente, na sua relação com o direito vigente; *ii.* objetivamente, isto é, de forma objetiva quanto a termos e encargos de prova; *iii.* socialmente, nos pressupostos para a distribuição de papéis na sociedade; e *iv.* na forma temporal, no que diz respeito aos prazos de decisão. Por outro lado, na

¹⁸ Isso só confirma o direito como *medium*, pois suas normas “(...) não existem apenas para solucionar, de modo imparcial, conflitos de ação, como é o caso da moral, mas também para a efetivação de programas políticos” (HABERMAS, 1997, p. 218).

¹⁹ Como ele mesmo afirma: “O caráter obrigatório dos objetivos coletivos e das medidas de implementação da política derivam da forma jurídica.” (HABERMAS, 1997, p. 218).

²⁰ Cf. HABERMAS, 1997, p. 218.

²¹ Reforço esta posição com a esclarecedora passagem de Dutra acerca desta relação: “Assim, vislumbra-se, nessa relação complementar entre moral e direito, um verdadeiro entrelaçamento [Verschränkung] entre ambos, de modo que, nas *Tanner Lectures*, a moral, despida de conteúdo e sublimada em procedimento, pode controlar o direito e vice-versa. Mesmo que o direito domestique as argumentações morais pelo estabelecimento de competências, prazos, critérios, tal arquitetônica não atinge a própria lógica da argumentação moral, visto que a própria racionalidade jurídica é analisada e compreendida em termos morais, ainda que processuais. Habermas propõe claramente o padrão de um processo moral de argumentação como critério para avaliar os procedimentos jurídicos” (DUTRA, 2011, p. 23).

institucionalização a moral não perde seu controle racional e pode seguir sua própria lógica, pois, ainda que visivelmente controlada pelo direito, permanece intacta no seu âmago.²² Com isso, embora entrelaçados, preserva-se a *indisponibilidade* tanto do direito, quanto da moral.

Gostaria de retomar alguns dos pontos centrais tratados e tecer alguns comentários sobre a intermitente questão que acompanhou o texto sobre *como a legalidade obtém sua legitimidade*. Sobre isso, quero elencar dois pontos gerais desta relação a partir do pensamento habermasiano. Primeiro, a noção de poder comunicativo não compreenderia também substantivos como expressões da vontade comum, pois seriam produtos de sobreposições e intermediações de variedade pragmáticas, ético-política e de discurso moral. Segundo, o exercício legítimo do poder só pode ocorrer se a lei (direito) servir como *médium*, porém, dentro de um caminho em que permanece apegada à associação comunicativa.

Se assim for, o *edifício* do direito moderno, diferentemente de seus tempos de revelação de fundamentação metafísico-religiosa, dá-se de diferentes formas. De modo resumido, podemos dizer que a validade e criação (legislação) do direito passam por três pontos centrais: positividade, legalidade e formalismo. Por meio da positividade, oriunda da vontade de um legislador político, dá-se a formalização do direito que passa a se auto engendrar por um procedimento próprio. Por sua vez, a legalidade substitui as decisões éticas a serem tomadas pelos sujeitos de direito, de modo que resta apenas um positivismo *tout court*. Por fim, Habermas explica que o direito moderno lança mão de um formalismo através do qual preconiza uma liberdade em termos negativos, quer dizer, como esfera que possibilita aquele espaço em que as pessoas de direito podem exercer livremente seu arbítrio, resguardadas da intervenção estatal e/ou privada. Habermas não concorda com a pressuposição de que o direito privado fundamenta o direito público, pois uma proposta liberal forte de liberdades individuais não serve para legitimar a normatividade jurídica.

²² Reza ele: "O próprio direito permite e estimula uma dinâmica de fundamentação, a qual transcende o direito vigente de um modo não determinado por ele" (HABERMAS, 1997, p. 218). De todo modo, a crítica habermasiana às doutrinas constitucionais que seguem um princípio reconstrutivo crítico persiste, uma vez que sua fraqueza reside "(...) no fato de elas desenvolverem seus pontos de vista normativos fora de uma lógica da argumentação moral e fora das condições comunicativas que possibilitam uma formação discursiva da vontade. Além do mais, a formação da vontade intraparlamentar constitui apenas um segmento estreito da vida pública." (HABERMAS, 1997, p. 220).

Habermas entende que o direito moderno, ao realizar a distinção entre moralidade e legalidade, introduz a necessidade de justificação prática para as normas legais. Todavia, ao estabelecer a vinculação entre normas de ação e normas jurídicas, o Direito moderno remete, por sua vez, a necessidade de uma moralidade fundada em princípios. Nesse sentido, quando um indivíduo pauta sua ação pela descrição de cunho prático contida na lei, ele, ao mesmo tempo em que se guia pela lei, pergunta também pela base de validade desta legalidade, a qual, em última instância, é fornecida pela normatividade moral. Dessa forma, Habermas preza por uma autonomia do direito, porém, sem fazê-lo esquecer dos elementos determinantes que lhes são os conteúdos morais, nem a determinação política que lhe subjaz. É o que sugere ao substituir o direito racional e adentrar na ideia de um Estado de direito, dando vãsão à ideia de que uma racionalidade procedimental pode assegurar ao direito positivo um momento de indisponibilidade imune a intervenções contingenciais.²³ Essa foi a tentativa que Habermas faz de explicar um Estado de direito por meio de uma teoria do discurso.

Além disso, com a introdução das características do direito moderno (positividade, legalidade e formalismo) fez-se uma exigência de fundamentação que não pode firmar-se nem a partir do sagrado, nem do tradicional. Com isso, à medida que se abandona o ornamento metafísico para a justificação do direito moderno e se efetua a distinção entre direito e moral, introduz-se a necessidade de justificação prática para as normas legais. Em outras palavras, ao estabelecer a vinculação entre normas de ação e normas jurídicas, o direito moderno remete à necessidade de uma moralidade fundada em princípios, o que nos remete a um nível de consciência moral pós-tradicional, no qual as normas jurídicas, enquanto criação humana histórica e falível, são suscetíveis a revisão.

Como procurei apontar, a solução habermasiana nas *Tanner Lectures* para a tensão entre normatividade jurídica e moral foi reafirmar que a legitimidade do direito implica observar princípios morais. Teríamos, assim, uma relação entre procedimentos (moral e jurídico), de modo que ao direito

²³ Do mesmo modo, a divisão dos poderes deve ser assegurada para, com isso, garantir a imparcialidade do procedimento. Kettner afirma que a ideia de imparcialidade é apenas um elemento necessário para que o agir moral se realize, embora insuficiente *per sí*. Trata-se de um equívoco imaginar que imparcialidade implique diretamente em justiça, por isso sua complementação ser dada via instâncias políticas e jurídicas (Cf. KETTNER, 202, p. 208-209).

estaria salvaguardada sua autonomia, ao mesmo tempo em que a sua legitimidade exigiria seu entrelaçamento com a moral. Em suma, nem uma positividade carente de justificação, nem uma subordinação total à moral, pois a moral tão somente faria uma correção do procedimento jurídico sem uma invasão de conteúdo. Desse modo, ao substituir o direito racional moderno pela ideia de que a racionalidade procedimental da moral pode assegurar ao direito positivo um momento de *indisponibilidade* imune há intervenções contingenciais, Habermas preza por uma autonomia do direito, porém, sem fazê-lo esquecer dos elementos determinantes oriundos da moral. Como ponto negativo, o resultado foi uma base crítica suficiente para compreendermos as insuficiências das visões filosóficas que concederam ao direito uma base inconsistente. Como ponto positivo, consideramos a possibilidade de legitimar e manter a *indisponibilidade* do direito via procedimento moral defendido por Habermas. Assim, o sistema jurídico surge como o ponto arquimediano onde o direito se encontra com a moral e a política.

Referências

- DUTRA, D. V. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.
- _____. “Moral e direito nas *Tanner Lectures* de Habermas: um modelo processual de moralização do direito”. In: *Ethic@*. Florianópolis, v. 10, n.º 03, Dez. 2011, p. 13-37.
- _____. “Modelos de moralização do direito: um estudo a partir de Habermas”. In: *Seqüência*. v. 55, 2007, p. 233-252.
- HABERMAS, J. “Direito e moral.” In: *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 193-248.
- _____. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Barcelona: Paidós, 1991.
- _____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- HECK, J. N. “A razão prática: uma questão de palavras? A controvérsia Habermas/Kant sobre moral e direito”. In: *Kant e-prints*. Campinas, Série 2, v. 1, n.º 1, jan.- jun., 2006, p. 19-30.
- KANT, I. *La Metafísica de las Costumbres*. 3º ed. Madrid: Tecnos, 1999.
- KETTNER, M. “The Disappearance of Discourse Ethics in Habermas’s *Between Facts and Norms*”. In: BAYNES, K., SCHOMBERG, R. von. *Essays on Habermas’s “Between Facts and Norms”*. Albany: SUNY, 2002, p. 201-218.

- KJAER, P. F. "Sistems in Context: On the outcome of Habermas/Luhmann Debate". In: *Ancilla Iuris*, 2006, 66, p. 66-77.
- LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*, México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.
- MUGUERZA, J. "Prólogo". In: VELASCO ARROYO, J. C. *La teoría discursiva del derecho: sistema jurídico y democracia em Habermas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- MUNTADA, J. M. C. "La teoria discursiva del derecho de Jürgen Habermas como paradigma para la ciência del derecho". In: *Foro, Nueva época*, nº 13/2011, p. 203-225.
- REPA, L. "A normatividade do discurso em Habermas: Sobre a neutralidade do princípio do discurso em relação ao direito e à moral." In: *DoisPontos*. v. 5, n. 2, 2008, p. 89-111.
- WEBER, M. *Economia e Sociedade*. São Paulo: Editora da UnB e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.
- _____. *Sociologia*. 5. ed.. São Paulo: Ática, 1991.

Email: evandrobarbosa2001@yahoo.com.br

RECEBIDO: Abril/2014
APROVADO: Junho/2014