
O CONCEITO DE DIREITO EM KANT E HABERMAS: DA FUNDAMENTAÇÃO MORAL À LEGITIMIDADE DISCURSIVA

Francisco Jozivan Guedes de Lima

Resumo

Este artigo revisita o conceito kantiano de direito observando, sobretudo, sua fundamentação moral e, em seguida, traz para a discussão o conceito habermasiano de direito, culminando em algumas considerações sobre o teor e a validade da crítica de Habermas a Kant, a saber, a hipótese que este teria diluído o direito na moral. Para Habermas, o direito é uma esfera autônoma e não deve ter como base uma moral *a priori*, mas deve se apoiar na ética do discurso e no consenso.

Palavras-chave

Fundamentação, Direito, Moral, Discurso, Democracia

Abstract

This paper revisits the Kantian concept of law, observing principally its moral groundwork and then brings to the discussion the Habermas' concept of law, culminating in some appreciations on the content and validity of the critique of Habermas to Kant, namely, the hypothesis of a dilution of Kantian law in the moral. For Habermas, the law is an autonomous sphere and should not be based on moral a priori, but must perform draw support in the ethics of discourse and in consensus.

Keywords

Groundwork, Law, Moral, Discourse, Democracy

Introdução

A questão precípua a ser investigada neste artigo é o conceito de direito em Kant e Habermas. A hipótese de trabalho e, portanto, o fio condutor das análises é que em Kant há uma fundamentação moral do jurídico e em Habermas uma legitimidade discursiva do direito.

No primeiro filósofo, o direito é pensado dentro de um quadro teórico marcado por pressupostos transcendentais e a liberdade é apresentada como uma ideia da razão prática que oferece justificativa e fundamento à esfera jurídica. Ou seja, o sentido kantiano do direito tem como base imprescindível o pressuposto moral da liberdade.

No segundo filósofo, o direito é pensado dentro de um quadro teórico marcado por pressupostos destranscendentalizados e o discurso e o consenso são oferecidos como instâncias basilares mediante as quais a esfera jurídica tem sua legitimidade democrática. Isto é, em Habermas, mesmo sua teoria ainda sendo devedora de um procedimentalismo que pressupõe a universalização de normas advindas do consenso intersubjetivo, seu afastamento de Kant se dá, sobretudo, na opção por aquilo que Axel Honneth intitula “procedimento historicamente situado”: “Assim entendo a intuição fundamental de Jürgen Habermas em sua teoria da justiça desenvolvida em *Facticidade e validade*, a qual concebe os princípios do Estado de direito moderno como condições institucionalizadas de possibilidade de autolegislação pública” (HONNETH, 2013, p. 14).

O peso da fundamentação moral do direito em Kant fez com que sua teoria jurídica despontasse na tradição jurídico-filosófica como uma teoria racional *a priori* do direito, isto é, sem depender de justificativas teológicas, de embasamentos empíricos ou da arbitrariedade de um indivíduo em particular, algo que implicou a ruptura com a concepção absolutista e personalista tanto de Estado quanto de direito; destarte, o direito a partir daí para ser legítimo não pode ser mais apoiado meramente no brocado absolutista “*Auctoritas non veritas facit legem*”. Trata-se de um direito pensando a partir dos limites da própria racionalidade que se pretende imparcial. Poder-se-ia denominá-lo direito *logonômico* (*λογονομία* – onde a norma fundamental deriva de uma racionalidade pura prática) ou *direito noológico* (*νοϋς* – um direito embasado num

fundamento inteligível e não meramente em determinações fenomênicas). Assim, em termos de fundamentação, a concepção de direito em Kant representa um divisor de águas dentro da tradição jurídico-filosófica que comumente se apoiava em justificativas teológicas (*θεονομία*).

Habermas reconhece os méritos do conceito kantiano de direito, mas não subscreve imparcialmente seus pressupostos. O contexto pós-moderno é outro: é marcado pela degenerescência de uma razão *a priori* e universal que impõe verticalmente seus critérios normativos de ação. A razão agora demanda um novo tipo de normatividade que não pode prescindir do fato do pluralismo razoável e do multiculturalismo e, por isso, toda instância normativa só é legítima se democraticamente constrói normas de ação levando em consideração o *Lebenswelt* de cada agente moral. As regras agora serão fruto de consenso e o consenso terá como pressuposto basilar uma razão discursiva, decretando assim a urgência de uma reformulação da razão pura prática *a priori* e meramente especulativa.

Metodologicamente, este artigo está arquitetado a partir dos seguintes pontos: num primeiro momento tratará do conceito kantiano de direito e de sua fundamentação a partir do pressuposto moral da liberdade enquanto ideia (*Freiheit als Idee*), num segundo momento exporá o conceito habermasiano de direito e sua legitimidade discursiva e, no fim, fará um diálogo mesmo que mínimo com a crítica de Habermas a Kant, a saber, que o último teria diluído o direito na moral tornando-o, *ipso facto*, um *modo deficiente* da moral e uma esfera dependente, portanto não-autônoma.

1. O conceito kantiano de direito e sua fundamentação moral

Sem delongas, pode-se dizer que o conceito de direito em Kant tem como referência histórica de base as três fórmulas de Ulpiano, jurisconsulto romano do século III a.C., a saber: [1] *Vive de modo honesto*. Para Kant, no direito tal honestidade consiste em evocar o princípio prático da moralidade de não ser tratado simplesmente como meio, mas também como fim em si mesmo (princípio da não-instrumentalização); [2] *Não prejudica ninguém* – mesmo que para isso seja necessário romper as relações intersubjetivas e isolar-se da sociedade; [3] se o indivíduo não conseguir ficar fora do

convívio em sociedade *deverá participar de uma condição onde cada um seja capaz de conservar o que é seu* (Cf. 2008a, p. 82-83).

Essas três fórmulas podem ser sintetizadas na seguinte problematização: qual condição possibilitará a harmonia entre os indivíduos, de modo que suas liberdades sejam reciprocamente conservadas? Para o autor aqui estudado, a propriedade, a liberdade a segurança, etc., só estarão devidamente resguardadas quando for estabelecida uma condição jurídica de âmbito público porque no estado de natureza os indivíduos vivem sob os riscos da arbitrariedade – onde cada um quer ser seu próprio juiz visando seu autofavorecimento e de seus pares – e sob a constante ameaça de hostilidades. Assim, a instituição do direito na sociedade é um *dever moral*, um mandamento sagrado da razão.

Sem o ordenamento jurídico a humanidade viveria à mercê de suas inclinações e, conseqüentemente, sujeita ao caos. Isso indica que o direito é uma *conditio sine qua non* para a harmonização dos arbítrios, prevalecendo assim uma concepção de *liberdade negativa* que tem como pressuposto basilar a ausência de impedimentos externos para que, desse modo, cada indivíduo usufrua de sua liberdade desde que não ameace as liberdades dos demais agentes membros do Estado de direito.

Nesse sentido, Kant define a *condição jurídica* como sendo “[...] aquela relação dos seres humanos entre si que encerra as condições nas quais, exclusivamente, todos são capazes de fruir seus direitos” (2008a, § 41, p. 150), e conceitua a *doutrina do direito* como a *soma das leis pelas quais é possível uma legislação externa*. Munido de tais conceituações, ele define o direito como sendo “[...] a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal da liberdade” (2008a, p. 76). Veja que, no conceito kantiano de direito, a liberdade – que na sua filosofia é um pressuposto moral – é posta como critério fundamental de legitimação das ações, algo que de saída já aponta para a imbricação entre moral e direito.

O conceito kantiano de direito enquanto garantidor da harmonização dos arbítrios e cumpridor do pressuposto moral da liberdade enquanto uma ideia da razão prática, pressupõe que toda e qualquer ação é justa somente se é capaz de coexistir com a liberdade de todos. A ideia de justiça e injustiça está vinculada à liberdade enquanto direito fundamental do ser humano. Uma ação, um indivíduo, um Estado, uma situação

que cerceia ou constitui um obstáculo para a liberdade é, por natureza, algo injusto. Essa relação entre direito e liberdade é sintetizada por Salgado nos seguintes termos: “a liberdade é o ‘ α ’ e o ‘ ω ’ da filosofia do direito de Kant; [...] o direito não existe por si e para si, mas para a liberdade” (SALGADO, 1986, p. 295).

Segundo Michel Villey (2003, p. 16), na *Rechtslehre* Kant teve os méritos em distinguir entre *direito* (*quid juris*) – questão sobre a solução de direito a partir de um sistema jurídico positivo – e *filosofia do direito* (*quid jus*) – a pergunta sobre o que é o direito em si mesmo e sua fundamentação.

Em 1798, por ocasião da publicação de *Der Streit der Fakultäten*, Kant viria a delimitar as especificidades entre filosofia, direito, medicina e teologia, não no sentido de uma fundamentação, mas em relação ao uso ideológico que o Estado de seu tempo fazia de cada um desse saber para afirmar o seu poder. Chega à conclusão que a teologia é usada para influenciar o íntimo dos súditos, o direito é apropriado como um meio de controlar o comportamento externo, e a medicina usada como uma maneira de deixar o povo forte e saudável para servir aos intuitos do governante nas guerras. No seu prisma, a filosofia seria a única a se eximir dessa relação *saber-poder* porque ela é uma atividade livre que não está sob o domínio de um governo ou de um soberano, mas sob os auspícios da razão, e a razão é o “[...] poder de julgar com autonomia, i.e., livremente (segundo os princípios do pensar em geral)” (KANT, 1993, p. 31). Tornava-se, assim, *imprescindível* oferecer ao direito uma fundamentação *a priori*, de modo que ele não dependesse de determinada ideologia ou ficasse à mercê da arbitrariedade de um monarca. Essa é uma das motivações que instigam Kant a conjecturar uma fundamentação moral do direito.

Em 1795, Kant publicou *zum ewigen Frieden* demarcando os limites da relação entre moral, direito e política. Em tal escrito o direito já aparece fundamentado na moral, e a política, por sua vez, figura como a *doutrina aplicada do direito*. Estava, assim, configurada a interconexão entre moral, direito e política enquanto tripé de sustentação de todo e qualquer Estado republicano que tem como meta precípua a promoção da paz entre as nações. Dois anos depois veio à tona *Metaphysik der Sitten* composta por *Rechtslehre* e *Tugendlehre*. É aqui onde é exposta pela primeira vez e de modo sistemático a relação entre moral, direito e ética. A moral mais uma vez aparece como a instância fundamentadora tanto da *legislação jurídica* (aquela que é passível de

coerção externa) quanto da *legislação ética* (aquela que não admite coerção externa, mas tão-somente motivos internos, subjetivos, para a ação).

O direito enquanto condição possibilitadora das liberdades externas é uma instância normativa e Kant já era sabedor da advertência humeana que *de fatos não se pode derivar normas*. Assim, sua tese é que o direito não pode ter seu fundamento no empírico, no sensível, no histórico, nos costumes ou na dimensão fática, mas, antes de tudo, deve encontrar sua legitimidade *a priori* na própria ideia de liberdade (*Freiheit als Idee*). É a partir da liberdade que se entende a filiação do direito kantiano à moral porque tal liberdade é por excelência uma ideia moral da razão prática. Na *Crítica da razão prática*, Kant estabelece que a liberdade é uma ideia *a priori*, independe da lei natural dos fenômenos, e, por isso, é ancorada na razão humana enquanto faculdade universal (Cf. 2008b, n. 51, p. 48).

Ora, o direito não poderia ter seu fundamento na felicidade porque esta pode ser no máximo generalizada, mas nunca universalizada já que sua ideia é variável entre os indivíduos. Cada um pensa a felicidade como lhe apraz. Os costumes também não servem para fundamentar o direito porque são variáveis, contingentes, empíricos, dependem das circunstâncias. Como diz o próprio Kant, “como a cabeça de madeira da fábula de Fedro, uma doutrina do direito meramente empírica é uma cabeça possivelmente bela, mas infelizmente falta-lhe o cérebro” (2008a, p. 76).

O *cérebro do direito kantiano* é, nesse sentido, o *direito natural da liberdade* que, por sua vez, é uma ideia moral. Com isso, Kant se afasta da corrente positivista que pensa o direito embasado em leis históricas e empíricas, em leis consuetudinárias. Como ele mesmo afirma, “os direitos, como doutrinas sistemáticas, são divididas em *direito natural*, o qual se apoia somente em princípio *a priori*, e *direito positivo* (estatutário), o qual provém de um legislador” (2008a, p. 83). Neste sentido, o direito natural – entendido não mais em termos teológicos, mas logonômicos – constitui parâmetro para o positivo e só a liberdade pode fundamentar o direito porque, sendo uma ideia moral da razão prática, é universal e, por isso, fornece os princípios imutáveis ao direito positivo.

Essa conexão sempre presente na filosofia prática de Kant entre *liberdade* e *universalidade* carrega consigo a marca do imperativo categórico no que diz respeito ao procedimento da universalização das máximas. Como bem acentua Jean-Christophe

Merle, “o direito, conjunto de imperativos hipotéticos, para ser justo deve se legitimar no imperativo categórico. [...]. A legitimação do direito na moral significa que a norma deve passar pelo teste da universalização: deve poder valer como lei universal” (MERLE, 2003, p. 305). Isso repercute diretamente na elaboração do princípio formal da publicidade enquanto critério de justiça, intitulada pelo próprio Kant *fórmula transcendental do direito público*, a saber, “todas as ações relativas ao direito de outros homens cuja máxima não se conciliar com a publicidade são injustas” (2010, p. 76).

Convém ressaltar que o direito pensado sob a perspectiva da fundamentação moral como pensa Kant afasta-se daquele conjecturado por Kelsen enquanto sustentado por uma teoria pura, sem legitimações morais: “Uma justificação do direito positivo pela moral apenas é possível quando entre as normas da moral e as normas do direito possa existir contraposição, quando possa existir um direito moralmente bom e um direito moralmente mau” (KELSEN, 1998, p. 76); mas como o direito positivo é querido por Deus e de Deus não provém o mal, logo não há um direito mau, sendo, assim, desnecessária uma fundamentação moral do direito.

Além disso, a teoria pura do direito rejeita a fundamentação moral do jurídico não somente por causa da pressuposição de uma moral absoluta, mas também porque tal moral, “[...] na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estatal que constitui tal comunidade” (KELSEN, 1998, p. 78). Isso indica que o direito para Kelsen é relativo a cada jurisdição, de modo que não há uma norma fundamental e universal que perpassasse todas as comunidades. Moral e direito são, destarte, esferas entendidas como diferentes espécies de sistemas normativos.

Em *Über den Gemeinspruch* (1793), ao tratar da relação entre teoria e prática, Kant já havia reforçado essa ideia que o fundamento do direito decorre do conceito de liberdade (universalidade) e não do conceito de felicidade (generalidade), e deixa claro que “[...] a cada um é permitido buscar a felicidade pela via que lhe parecer boa, contanto que não cause dano à liberdade dos outros (isto é, ao direito de outrem) [...]” (1995, p. 75). A tese fundamental é que a função do Estado de direito não é determinar a felicidade dos indivíduos, pois isso o transformaria num Estado despótico, mas sua função precípua é garantir as condições para que tais indivíduos sejam felizes ao seu modo.

Sendo o direito kantiano proveniente do direito natural (racional e não teológico), sua função é preservar aquilo que foi celebrado na ideia de contrato originário, a saber: liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Nisto consiste a *felicidade do Estado de direito* kantiano: “[...] a condição na qual sua constituição se conforma o mais plenamente aos princípios do direito; é por esta condição que a razão, mediante um imperativo categórico, nos obriga a lutar” (KANT, 2008a, § 49, p. 160). A única constituição capaz de promover essa felicidade do Estado (a conformidade com os princípios do direito) é a constituição republicana, a única condizente com espírito do contrato originário.

Fazendo uma retomada do que foi exposto, pode-se dizer que o direito em Kant é *a priori*, fundamenta-se na razão, porque só ela é capaz de fornecer leis universais que asseguram a livre fruição dos arbítrios dentro da comunidade política. Portanto, a liberdade é o cérebro (fundamento) do direito, e a razão é a instância pela qual são possíveis as leis universais.

Entretanto, acerca dessa relação entre direito e liberdade, poder-se-ia levantar o seguinte questionamento: se o direito só pode garantir a liberdade a partir de coerções, não haveria uma contradição entre ser livre e ser coagido? A coerção (*Zwang*) não seria uma espécie de injustiça já que injusto, para Kant, é tudo aquilo que é um obstáculo para a liberdade? Como ser livre sendo juridicamente coagido? Não teria Kant incorrido numa contradição na sua teoria jurídica?

Marcuse e Ricardo Terra defendem que não há uma antinomia entre liberdade e coerção, mas uma *complementaridade*. Para Marcuse “da mesma forma que a coação ‘legítima’ só é possível com base na liberdade, a liberdade ‘legítima’ exige, por si mesma, a coação, para que possa existir” (MARCUSE, 1972, p. 96). Segundo Terra “a coerção está de acordo com a liberdade porque ela é o obstáculo àquele que vai contra a liberdade; a faculdade de coagir aquele que é injusto é justa” (1995, p. 81). Trata-se, então, da *mútua interdependência entre direito e liberdade*. Além disso, convém salientar que não há problemas quanto à relação entre liberdade e coerção porque a liberdade aqui em foco é a externa, aquela passível de mediação jurídica, e não a interna que é do âmbito da ética ou da virtude, isto é, aquela que é passível apenas de coerção interior ou pessoal (*Selbstzwang*).

Postas essas reflexões sobre o conceito kantiano do direito e sua fundamentação moral a partir da ideia de liberdade, este artigo agora irá investigar como se articula o conceito de direito em Habermas e como se dá sua justificativa mediante sua ética do discurso.

2. O conceito de direito em Habermas e sua legitimidade discursiva

A filosofia de Habermas está situada dentro da *Teoria Crítica*, corrente filosófica que teve seu surgimento no Instituto de Pesquisa Social (*Institut für Sozialforschung*) de Frankfurt fundado em 1924 por Max Horkheimer, Felix Weil e Friedrich Pollock. Habermas pertence à segunda geração da Escola de Frankfurt. A primeira geração tem como protagonistas Horkheimer e Adorno e a Dialética do Esclarecimento.

Segundo Marco Nobre, o modelo habermasiano de fazer teoria crítica é o da Ética do Discurso. Esse modelo se opõe ao da Dialética do Esclarecimento porque, na compreensão de Habermas, Adorno e Horkheimer conduziram tal dialética a uma aporia, a saber, apontaram a racionalidade instrumental como a única racionalidade, mas não sugeriram suficientemente qual outra racionalidade poderia suplantá-la. Habermas sugere que além da racionalidade instrumental – dirigida à relação meio e fim – há uma outra racionalidade responsável pela emancipação: a racionalidade comunicativa (Cf. NOBRE, 2004, p. 52). É a partir daí que ele irá pensar as exigências legitimadoras do direito.

Destarte, o direito em Habermas deve cumprir as seguintes exigências: (i) não pode mais se fundamentar numa moral que se pretende absoluta e desconexa do mundo da vida (*Lebenswelt*); (ii) não pode se reduzir a mero aparato burguês, tornando-se direito administrativo como assim o quer as sociedades capitalistas; (iii) não pode ser uma esfera dependente da moral entendida como razão prática *a priori*, como assim o fez Kant, mas deve ser uma esfera integrada à racionalidade prático-discursiva; (iv) deve ser um direito que resolve os impasses entre facticidade e validade a partir da conexão com a moral discursiva, com a política e a partir do engajamento dos cidadãos na esfera pública, algo característico, pelo menos idealmente, das sociedades

democráticas. São essas exigências que a pesquisa pretende discorrer nas páginas vindouras e, assim, apresentar minimamente o conceito habermasiano de direito.

Logo de início é preciso salientar que a intenção de Habermas não é criar uma teoria do direito, mas analisar o direito a partir da sua *teoria da sociedade* e da sua *ética discursiva* (HABERMAS, 1997, p. 194). Ele parte da tese fundamental que no contexto pós-convencional, onde se vive sob a égide de sociedades plurais e seculares, o direito não pode mais se fundamentar numa moral absoluta. É preciso pensar a dimensão jurídica em conexão com a moral e a política, mas tendo-se em vista um mundo social onde não há mais uma autoridade, uma instituição ou uma religião que dita as regras e as normas ao mundo. É preciso, então, pensar a esfera jurídica num contexto democrático, onde a legitimidade das leis passa pela discussão pública tanto no nível da representatividade política quanto no nível da participação do cidadão no debate público. É preciso restabelecer a vida ética e a liberdade política. Como bem adverte Bernstein,

A liberdade política existe realmente apenas quando há um espaço livre da dominação onde pessoas privadas podem se reunir para formar opinião pública crítica esclarecida concernente aos assuntos de interesse geral sobre a atividade estatal. Sem tal espaço, os indivíduos não podem transcender suas funções de pessoas privadas (BERNSTEIN, 1989, p. 39).

Pensar o direito num contexto democrático significa não restringi-lo a uma função meramente regulativa ou administrativa da sociedade civil, transformando o aparato político em mero “Estado fiscal” como assim fez o direito burguês moderno ao conceber as esferas jurídica e estatal como esferas subservientes à dimensão econômica. É preciso atentar para esse pressuposto da irredutibilidade do direito à esfera administrativa. Hegel já tinha advertido para o cuidado em não transformar o direito público em servo do direito privado quando afirmou:

Se o Estado é confundido com a sociedade civil-burguesa e se sua determinação é posta na segurança e na proteção da propriedade e da liberdade pessoal, então o *interesse dos singulares enquanto tais* é o fim último, em vista do qual eles estão unidos, e disso se segue, igualmente, que é algo do bel-prazer ser membro do Estado (HEGEL, 2010, § 258, p. 230).

Convém ressaltar que em Hegel há uma separação entre Estado e sociedade civil burguesa que é entendida como sistema de carências e “[...] campo de luta do interesse privado individual de todos contra todos [...]” (2010, § 289, p. 273). Para ele

só no Estado o direito e a liberdade se concretizam plenamente, haja vista o Estado zelar por aquilo que é público e universal, ao invés de se submeter a interesses meramente privados como faz a *bürgerliche Gesellschaft*.

Retomando propriamente a Habermas, o primeiro passo para se postular a autonomia do direito é pensá-lo a partir dos moldes de um Estado de direito que tem como base normativa a própria lei ao invés de interesses privados, justificativas religiosas, despotismo, etc., passo este que fora com beneméritos iniciado pelo próprio Kant na sua ideia de Estado de direito assentado na soberania da lei. Como bem salienta o próprio Habermas:

O direito não é apenas um meio de organização da administração. Ele protege a sociedade privatizada do Estado na medida em que conduz as interações entre ambos para os trilhos da lei. Nesse sentido, o Estado moderno como tal já aponta para o *Estado de direito* (2001, p. 81).

Como em Kant, em Habermas os conflitos entre sociedade civil e Estado são mediados pela lei, tomando-se como norma fundamental para a resolução dos possíveis litígios a constituição. Daí a importância da esfera pública, dos cidadãos estarem sempre atentos às possíveis discordâncias entre a validade normativa das leis que são promulgadas dentro do Estado. Portanto, com a crítica ao direito burguês, Habermas quer acentuar a tese que o direito não pode se subsumir aos interesses de uma classe dominante, tornando, assim, o direito um mero aparelho ideológico de uma determinada elite. De fato, para a burguesia, “o sujeito jurídico é, portanto, o *homo economicus* cujo agir é caracterizado por uma atitude estratégica. O direito lhe serve somente para garantir a racionalidade do sistema que regula a persecução egoística dos interesses privados” (PINZANI, 2009, p. 139), algo que conflita totalmente com a finalidade democrática que Habermas quer oferecer ao direito.

2.1. A legitimidade do direito para além do jusnaturalismo

O direito não pode ser legitimado pelo direito natural ou pelo contratualismo moderno porque, segundo Habermas, estes carregam consigo uma ambivalência, pois, de um lado, oferecem estabilidade à ordem jurídica, no sentido que legitima o exercício de autoridade, a execução do poder e equilibra as forças, mas, de outro, carecem de

justificativa filosófica, ficando, assim, à mercê de justificativas teológicas ou da mera arbitrariedade (Cf. 1987, p. 116).

O ponto problemático do contratualismo seria a *suposição metafísica* de um estágio inicial da humanidade (o estado de natureza) onde se vive sem leis, sem instituições, sem Estado, sem ordem jurídica. O Estado e o ordenamento jurídico seriam produtos de um contrato hipotético e, por isso, sem a mínima relação com a história, com o poder, com a participação concreta e argumentativa dos cidadãos.

Em sentido amplo, a moral daria origem ao jurídico e ao político como está bem presente em Locke quando aponta como o motivo precípua do contrato a defesa dos direitos fundamentais, já que no estado de natureza não há um executivo, judiciário e legislativo que seja imparcial e administre universalmente o direito (LOCKE, 2005, p. 495-497). A mesma alegação se dá em Kant com o acréscimo da argumentação de que no estado de natureza os indivíduos estão em constante risco de violência, já que o ser humano é permeado pela antagônica inclinação em viver em sociedade e concomitantemente em isolar-se, a saber, a insociável sociabilidade (*ungesellige Geselligkeit*).

Em Hobbes, o movedor do contrato para a instauração da ordem civil seria o *pressuposto antropológico* que o homem é por natureza um ser egoísta, violento (*homo homini lupus*), tornando, assim, a instauração da ordem jurídica e do Estado civil uma situação urgente e imprescindível, pois só em tais ordenamentos é possível a mediação da violência e, conseqüentemente, a autopreservação. É preciso atentar que diferentemente de Locke e Kant, o contratualismo de Hobbes não é movido por questões morais, ou seja, não é um dever moral que obriga a saída do estado de natureza e o conseqüente ingresso no Estado civil, mas os motivos, como dito anteriormente são fundamentalmente de cunho antropológico-pragmáticos: a segurança e a sobrevivência do indivíduo. Como pontua Habermas:

Como é sabido, Hobbes desenvolve sua teoria a partir de premissas que eliminam do direito positivo e do direito político qualquer conotação moral; o direito por ele estabelecido pelo soberano tem que impor-se, mesmo na ausência de um equivalente racional para o direito sagrado profanizado. Com isso, Hobbes envolve-se numa contradição performativa. Pois o conteúdo manifesto de sua teoria [...] cai em contradição com o papel *pragmático* assumido pela mesma teoria, a qual pretende explicar aos leitores por que eles, na qualidade de pessoas livres e iguais, poderiam ter bons argumentos para se submeter a um poder absoluto do Estado (1997, p. 239).

Por excluir motivações morais, o direito hobbesiano é tido como *positivista*¹. De fato, para Hobbes as leis naturais são leis prudenciais, não obrigam; só as leis positivas têm poder de coerção. Outro detalhe é que, no seu entender, a autoridade (o soberano) e não a verdade faz a lei (*auctoritas non veritas facit legem*). Eis um dos pontos a ser criticado por Habermas: o abandono do direito às mãos de um soberano, algo que além de incorrer em positivismo, incorreria também em absolutismo. Destarte, como oportunamente salienta Heck,

Habermas inverte o princípio hobbesiano *auctoritas non veritas facit legem* para *veritas non auctoritas facit legem*. Com isso ele preconiza: uma esfera pública que funcione politicamente ‘deve levar a *voluntas* a uma *ratio*’, e esta, segundo ele, ‘produz-se na concorrência pública dos argumentos privados como consenso sobre o que é praticamente necessário no interesse geral’ (HECK, 2009, p. 44).

Na visão de Habermas, Weber, ao interpretar o ordenamento estatal moderno do Ocidente como mero desdobramento da “dominação legal” burguesa, também incorreu numa concepção positivista de direito, quando o limitou à decisão de um legislador e o destituiu de elementos morais, oferecendo à esfera jurídica uma dimensão meramente secular. Nas suas próprias palavras,

[...] Max Weber introduziu um conceito positivista do direito, segundo o qual o direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito [...]. Sob esta premissa, a força legitimadora da força jurídica não deriva de um possível parentesco com a moral. [...]. Isso significa, para Weber, que o direito dispõe de uma racionalidade própria, que não depende da moral (1997, p. 193).

Isso implica que Habermas, mesmo defendendo a autonomia da esfera jurídica, *não* é um defensor da cisão entre moral e direito. Sua preocupação é que o direito não se transforme em simples esfera subserviente e, por isso, depende da esfera moral. *Como em Kant, ele é a favor da imbricação entre direito, moral e política, contudo, diferente de Kant, defende que cada uma dessas esferas mantenha sua autonomia, de modo que uma não se dilua em outra.* Vale ressaltar que essa interconexão entre moral, direito e política é apresentada nos *Escritos sobre moralidad y eticidad* com um pressuposto basilar para responder à questão como é possível a

¹ Claro que o soberano em Hobbes tem limitações, sobretudo quando se tem em vista a afirmação que *o fim da obediência ao soberano é a proteção*. Ou seja, na medida em que o soberano não protege seus súditos estes ficam desobrigados a obedecê-lo. Como acentua o próprio Hobbes: “[...] a obrigação dos súditos para com o soberano dura enquanto, e apenas enquanto, dura também o poder mediante o qual ele é capaz de protegê-los” (1974, p. 139).

legitimidade pela via da legalidade (HABERMAS, 1991b, p. 131). O direito sem a moral cairia no mero positivismo; o direito sem a política, pensado apenas nos limites morais, cairia no mero formalismo.

2.2. A tensão entre facticidade e validade e a legitimação discursiva do direito

Em *Faktizität und Geltung*, obra que segundo João Bosco Encarnação (1997, p. 184) significa o coroamento do pensamento habermasiano sobre o direito², Habermas insiste que a resolução da tensão entre legalidade e legitimidade, isto é, a tensão entre o direito e sua justificação ou validade, só é possível a partir da vinculação entre direito e moral, moral esta entendida em termos discursivos e não mais transcendentais *a priori* como pensava Kant. O direito é, assim, posto como *categoria da mediação social* entre facticidade e validade (HABERMAS, 1997, p. 17). Defende-se aí a tese

segundo a qual a legalidade tem que extrair sua legitimidade de uma racionalidade procedimental com teor moral. Esta racionalidade resulta do entrelaçamento entre dois tipos de ‘processos’, pois argumentações morais são institucionalizadas com o auxílio de meios jurídicos (HABERMAS, 1997, p. 194).

Na interpretação de Maria Clara dias, “segundo Habermas, a tensão entre a positividade e a legitimidade dos direitos só pode ser operacionalizada através de um sistema legal, que assegure igualmente a autonomia privada e pública de cada integrante” (DIAS, 2004, p. 53). É preciso, então, compreender a relação entre direito e a moral a partir da ética discursiva. Isso significa que as *normas jurídicas* não são mais *produtos* de uma racionalidade abstrata e desconexa do mundo, mas sim *produtos de consensos de ordem argumentativa*.

Essa mudança é central para se perceber a transição da fundamentação kantiana para a fundamentação habermasiana do direito. O primeiro pensa numa fundamentação moral independente do mundo concreto e do discurso, o segundo vê no mundo da vida, na comunidade ideal de comunicação e na racionalidade comunicativa

² Segundo Pinzani, “quando, em 1992, apareceu *Direito e Democracia*, o livro foi saudado como o fim de um silêncio decenal. Finalmente, a Teoria Crítica teria pisado no chão da filosofia do direito e do Estado” (2009, p. 38).

(no discurso e na argumentação) um modo de conferir legitimidade (validade) ao direito tirando-o, assim, de sua mera positividade ou formalismo. De acordo com Heck:

Habermas reabilita os fundamentos morais da racionalidade erigidos à luz da doutrina kantiana do direito, injetando-lhes a legitimidade democrática. Toda ordenação jurídica legítima deve poder ser honrada e cumprida sem ferir razões morais; ou seja, ‘entre direito e moral há’, segundo Habermas ‘antes uma relação de complementaridade do que subordinação’. Em contrapartida, ele insiste positivamente, na vigência do direito positivo ou do direito estatutário, asseverando que como *medium*, este último exige o papel de um legislador político. E é a figura do legislador que confere legitimidade à legislação [...] (2009, p. 53).

O legislador habermasiano pensa a lei não no sentido de um soberano hobbesiano que tem a prerrogativa de fazer a lei, mas a partir de uma rede de contribuições e de opiniões advindas dos cidadãos que vivem sob um regime democrático de direito. Mas qual o fundamento da ética do discurso já que esta ocupa papel central na legitimidade do direito?

Segundo Habermas, a teoria da ética discursiva se fundamenta em dois passos: (i) ela introduz um princípio de universalização (U) como regra argumentativa para os discursos práticos; (ii) essa regra argumentativa tem seu fundamento a partir de pressupostos pragmáticos que se pretendem válidos. Eles rompem com o *apriorismo* kantiano, pois como o próprio autor esclarece, “a esses argumentos não se pode atribuir o sentido apriorístico de uma dedução transcendental no sentido da crítica kantiana da razão” (HABERMAS, 1989, p. 143). Na interpretação de Thomas McCarthy, tanto a filosofia transcendental de Kant quanto a pragmática universal de Habermas têm a mesma finalidade, o desvelar das condições de possibilidade, mas com focos diferentes, pois uma se pergunta pela possibilidade de se ter experiência de objetos, e a outra pela possibilidade de se chegar a um acordo entre os sujeitos pela via discursiva³.

Ou seja, o direito no modelo da racionalidade discursiva mantém o ideal de universalidade; daí a importância do princípio U inserido nas práticas discursivas no mundo da vida. Como o próprio Habermas argumenta, “as únicas normas que têm o direito a reclamar validade são aquelas que podem obter a anuência de todos os participantes envolvidos num discurso prático” (1991a, p. 16). Na interpretação de

³ “Al igual que la filosofía transcendental de Kant, la pragmática universal se propone develar condiciones de posibilidad, pero el foco de la atención se desplaza de la posibilidad de tener experiencia de los objetos a la posibilidad de llegar a un acuerdo en la comunicación en el lenguaje ordinario” (MCCARTHY, 1992, p. 323).

Pinzani, “o princípio (U) afirma que podem ser consideradas válidas somente as normas que possam ser aceitas por todos os concernidos” (2009, p. 128).

De acordo com Kenneth Baynes, “como uma regra de argumentação que é constitutiva para um discurso prático, o princípio U pode ser considerado como uma reconstrução comunicativa ou intersubjetiva do imperativo categórico de Kant” (BAYNES, 1992, p. 108)⁴.

Habermas entende que o imperativo categórico de Kant tem o mérito da universalização, porém seu procedimento é ainda limitado ao polo individual onde um sujeito que a partir de sua consciência confere validade a uma regra de ação. Ou seja, a proposta kantiana na sua visão ainda seria restrita a uma *perspectiva monológica*. No seu entender, mesmo Rawls não foi capaz de romper com essa limitação procedimental quando pressupôs o véu de ignorância na posição original na tentativa de oferecer princípios puros de justiça, haja vista as partes na referida posição estar isentas de informações, algo que levaria à neutralização das múltiplas cosmovisões envolvidas.

Habermas propõe a sua ética discursiva tencionando superar as limitações do imperativo categórico e do procedimento rawlsiano da posição original e o faz tomando como ponto de partida a ideia de uma normatividade intersubjetivamente gestada a partir do consenso. “A ética discursiva, pelo contrário, vê incorporado o ponto de vista moral no procedimento de uma argumentação verificada intersubjetivamente e que leva todos os participantes a uma ampliação idealizante de suas perspectivas interpretativas” (HABERMAS; RAWLS, 1998, p. 52)⁵.

Na interpretação de Delamar Dutra, a reformulação da moral kantiana empreendida por Habermas a partir de sua ética discursiva – por não ser gestada dentro de um quadro transcendental monológico – tem a vantagem de enfrentar em termos concretos a operacionalização e a resolução de conflitos intersubjetivos quando os agentes morais buscam entrar em consenso sobre quais normas devem ser universalizadas em sua comunidade (Cf. DUTRA, 2002, p. 132).

⁴ “As a rule of argumentation that is constitutive for a practical discourse Principle U may be regarded as a communicative or intersubjective reconstruction of Kant’s categorical imperative”. (Tradução do autor).

⁵ “La ética discursiva, por el contrario, ve incorporado el punto de vista moral en el procedimiento de una argumentación verificada intersubjetivamente y que lleva a los participantes a una *ampliación* idealizante de sus perspectivas interpretativas”. (Tradução do autor).

O direito agora pensado em termos discursivos promove uma deflação do transcendental: a validade das normas jurídicas não é mais justificada a partir de uma moral metafísica e de uma razão autorreferenciada. Daí ele falar em *razão destranscendentalizada* como base do agir comunicativo. O cerne do agir comunicativo está expresso nos seguintes termos:

Internamente à moldura conceitual mentalista, Kant concebe a autocompreensão racional dos autores como um saber de si da pessoa, por meio do qual confronta esse conhecimento da primeira pessoa com o conhecimento na terceira pessoa de um observador. Entre ambos existe um desnível transcendental, de tal maneira que a autocompreensão do sujeito inteligível não pode ser corrigida fundamentalmente através do conhecimento do mundo. Contrariamente a isso, os sujeitos agindo comunicativamente se tratam literalmente como falantes e destinatários, nos papéis das primeira e segunda pessoas, no mesmo nível de olhar. [...]. Compreendem o que o outro diz ou acha (HABERMAS, 2002, p. 53).

Entretanto, poder-se-ia questionar Habermas se o pressuposto da *simetria discursiva* (*mesmo nível de olhar e compreensão entre os falantes*) de fato funciona no nível do mundo da vida, já que a realidade dos falantes na esfera concreta é perpassada por inúmeras desigualdades, dentre elas social e educacional. Ou seja, até que ponto tais contingências não influem na construção de normas jurídicas? Não seria a ação comunicativa uma mera *idealização*?

Como salienta Johannes Rolf, “Habermas em sua construção dualista da sociedade mantém separados os domínios do mundo da vida e do sistema conceitual. Assim, falha sua tentativa de solucionar o problema sistemático da posição dualista, a saber, como mediar os mundos divorciados” (1989, p. 55). Portanto, na visão de Rolf é como se Habermas tivesse apenas reconfigurado em termos discursivos, porém não equacionado, a cesura entre o ideal e o real.

Considerações finais

Depois de expor minimamente o conceito de direito em Kant e Habermas e sua vinculação com a moral, esta pesquisa quer finalizar temporariamente suas investigações trazendo para o debate a crítica habermasiana a Kant, a saber, à suposta diluição do direito na moral.

Para Habermas, Kant desenvolve sua teoria jurídica no *quadro de uma teoria moral* de modo que o princípio geral do direito resultara simplesmente do

imperativo categórico: “[...] em Kant, o direito moral ou natural, deduzido *a priori* da razão prática, ocupa a tal ponto o lugar central, que o direito corre o risco de se desfazer em moral; falta pouco para o direito ser reduzido a um modo deficiente de moral” (1997, p. 239). Teria Habermas razão em sua crítica a Kant?

Talvez Habermas não percebeu que a força da moral no direito racional kantiano não tem a finalidade de absorver ou deflacionar o direito e/ou a política (*enquanto doutrina aplicada do direito*), mas sua função precípua é oferecer legitimidade para que o direito positivo se oriente pelos princípios normativos universais oriundos do direito fundamental à liberdade e, *ipso facto*, não fique à mercê da arbitrariedade dos magistrados ou das contingências dos costumes (direito consuetudinário). Nesse sentido, ao apelar para uma fundamentação moral e *a priori* do jurídico, Kant quis garantir a universalidade do direito natural à liberdade como um direito que independe das contingências e das práticas discursivas. Ou seja, ao invés de emergir das práticas discursivas, o direito kantiano é condição para o implemento de tais práticas, e nisso consiste sua força normativa que continua forte dentro das teorias da justiça contemporâneas – sobretudo nas de cunho procedimentalista-deontológica que assinalam a prioridade do justo sobre o bem, como é o caso da teoria rawlsiana de justiça.

Sem sombra de dúvidas, Kant tem seus méritos no intuito de validar as normas jurídicas a partir de uma racionalidade que se pretende universal e imparcial, evitando, por exemplo, barganhas e autofavorecimentos. A questão é que essa racionalidade, em nível de fundamentação, é autorreferenciada, portanto, sem conexão com a vida concreta dos sujeitos históricos. Essa é a brecha que Habermas encontra na fundamentação moral do direito kantiano e, aproveitando-se disso, elabora sua filosofia do direito conectando a esfera jurídica ao mundo da vida, à dimensão discursiva, à prática argumentativa dos indivíduos que vivem em sociedades democráticas, oferecendo ao direito concreticidade e autonomia perante uma moral embasada numa fundamentação última.

Como Kant, Habermas é adepto da interconexão entre moral, direito e política, mas, diferente de Kant, é contra a dependência e a originariedade moral do direito. Direito e moral não são subservientes um ao outro, mas esferas complementares e autônomas. Além do mais, para Habermas a legitimidade do direito não depende de

uma moral *a priori*, mas sua validade passa pela comunidade de comunicação e, conseqüentemente, pelo debate e acareação das normas na esfera pública.

Enfim, poder-se-ia concluir afirmando que o direito kantiano – ao se fundamentar no pressuposto moral da liberdade – ganha em validade *a priori*, entretanto é deficitário no que diz respeito à ausência de legitimidade discursiva (*déficit intersubjetivo*), e o direito habermasiano ganha em sua legitimidade intersubjetiva e democrática, mas é deficitário no que diz respeito à sua validade universal (*déficit normativo a priori*), já que sua pretensa universalidade é remetida ao consenso vinculado a uma comunidade ideal de comunicação onde todos são chamados a argumentar, mas que na prática do *Lebenswelt* seu funcionamento é ameaçado por estruturas corruptivas, pelo poder e, dentre outras contingências, pela exclusão daqueles a quem não foi possibilitado os meios de desenvolver suas capacidades e habilidades para exercer sua racionalidade comunicativa de um modo minimamente razoável.

Referências bibliográficas

- BAYNES, Kenneth. **The normative grounds of social criticism: Kant, Rawls and Habermas**. New York: State University of New York Press, 1992.
- BERNSTEIN, J. M. “Recovering ethical life: Jürgen Habermas and the future of critical theory”. In: GERHARD Bolte (hrsg.). **Unkristische Theorie: Gegen Habermas**. Lüneburg: zu Klampen, 1989.
- DIAS, Maria Clara. **Os direitos sociais básicos: uma investigação da questão dos direitos humanos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- DUTRA, Delamar Volpato. **Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.
- ENCARNAÇÃO, João Bosco. **Filosofia do direito em Habermas**: Taubaté, SP: Cabral Editora, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Trad. Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- _____. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- _____; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Introducción de Fernando Vallespín. Barcelona: Paidós, 1998.
- _____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. 2. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

- _____. **Comentários à ética do discurso.** Trad. Gilda L. Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.
- _____. **Escritos sobre moralidad y eticidad.** Trad. Manuel J. Redondo. Barcelona: Ediciones Paidós, 1991.
- _____. **Ciência moral e agir comunicativo.** Trad. Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- _____. **Teoría y praxis: Estudios de filosofía social.** Trad. Salvador M. Torres y Carlos M. Espí. Madri: Editorial Tecnos, 1987.
- HECK, José N. **Ensaio de filosofia política e do direito: Habermas, Rousseau e Kant.** Goiânia: Ed. da Universidade Católica de Goiás, 2009.
- HEGEL, G. W. F. **Linhas fundamentais da Filosofia do Direito ou direito natural e ciência do Estado em Compêndio.** Trad. Paulo Meneses, Agemir Bavaresco [et al.]. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2010.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz N. Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Col. Os pensadores).
- HONNETH, Axel. “El entramado de la justicia: sobre los límites del procedimentalismo”. In: PEREIRA, Gustavo (Org.). **Perspectivas críticas de justiça social.** Porto Alegre: Evangraf, 2013, p. 11-28.
- KANT, Immanuel. **À paz perpétua.** Trad. Marco Zingano. Porto Alegre, RS: L&PM, 2010.
- _____. **A metafísica dos costumes.** 2ª ed. Trad. Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008a.
- _____. **Crítica da razão prática.** Trad. Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2008b.
- _____. **Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática.** In: A paz perpétua e outros opúsculos. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995.
- _____. **O conflito das faculdades.** Trad. Artur Morão e Edições 70. Lisboa: Edições 70, 1993.
- _____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Trad. João Baptista Machado. 6ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** Trad. Julio Fischer. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MARCUSE, Herbert. **Ideias sobre uma teoria crítica da sociedade.** Trad. Fausto Guimarães. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1972.

- MCCARTHY, Thomas. **La teoría crítica de Jürgen Habermas**. Trad. Manuel J. Redondo. Madri: Editorial Tecnos, 1992.
- MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.
- NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.
- PINZANI, Alessandro. **Habermas**. Porto Alegre: Artmed, 2009.
- ROLF, Johannes. „Über die Welt, die Habermas von der Einsicht ins System treent“. In: GERHARD Bolte (hrsg.). **Unkristische Theorie: Gegen Habermas**. Lüneburg: zu Klampen, 1989.
- SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. Belo Horizonte: UFMG, 1986.
- TERRA, Ricardo. **A política tensa**. São Paulo: Editora Iluminuras, 1995.
- VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito – os meios do direito**. Trad. Márcia V. Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.