

**Dissertação de Mestrado**

**A análise de Jürgen Habermas sobre a tensão  
entre direitos humanos e soberania  
popular na teoria do direito de Immanuel Kant**

**Alberto Paulo Neto**

**Universidade Federal de Santa Catarina  
Programa de Pós-Graduação em Filosofia**

ALBERTO PAULO NETO

**A ANÁLISE DE JÜRGEN HABERMAS SOBRE A TENSÃO  
ENTRE DIREITOS HUMANOS E SOBERANIA POPULAR NA  
TEORIA DO DIREITO DE IMMANUEL KANT**

Florianópolis  
2009

ALBERTO PAULO NETO

**A ANÁLISE DE JÜRGEN HABERMAS SOBRE A TENSÃO  
ENTRE DIREITOS HUMANOS E SOBERANIA POPULAR NA  
TEORIA DO DIREITO DE IMMANUEL KANT**

Dissertação apresentada ao  
Programa de Pós-Graduação em  
Filosofia, da Universidade  
Federal de Santa Catarina,  
como requisito parcial para a  
obtenção do título de Mestre.

Área de Concentração: Ética e  
Filosofia Política

Orientador:  
Prof. Dr. Alessandro Pinzani

Florianópolis  
2009

Catálogo na fonte pela Biblioteca Universitária da  
Universidade Federal de Santa Catarina

P331 Paulo Neto, Alberto.  
A análise de Jürgen Habermas sobre a tensão entre Direitos humanos e Soberania popular na teoria do direito de Immanuel Kant [Dissertação] / Alberto Paulo Neto; Orientador, Alessandro Pinzani - Florianópolis, SC, 2009.  
223 f.

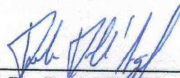
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Filosofia.

Inclui bibliografia

1. Kant, Immanuel, 1724-1804. 2. Habermas, Jürgen - 1929.  
3. Filosofia. 4. Direitos humanos. I. Pinzani, Alessandro. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Filosofia.  
III. Título.

CDU 1

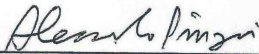
*Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Filosofia e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina.*



---

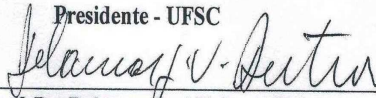
**Prof. Dr. Darlei Dall'Agnol**  
Coordenador do Programa de  
Pós-Graduação em Filosofia da UFSC

**Banca Examinadora:**



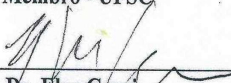
---

**Prof. Dr. Alessandro Pinzani**  
Presidente - UFSC



---

**Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra**  
Membro - UFSC



---

**Prof. Dr. Elve Cenci**  
Membro - UEL

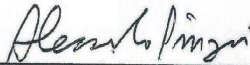
ALBERTO PAULO NETO

**A ANÁLISE DE JÜRGEN HABERMAS SOBRE A TENSÃO ENTRE  
DIREITOS HUMANOS E SOBERANIA POPULAR NA TEORIA DO  
DIREITO DE IMMANUEL KANT**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

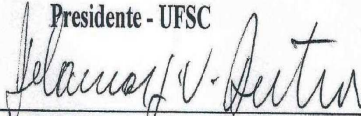
Área de Concentração: Ética e Filosofia Política

**COMISSÃO EXAMINADORA**



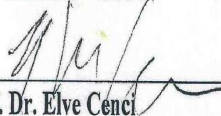
Prof. Dr. Alessandro Pinzani

Presidente - UFSC



Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra

Membro - UFSC



Prof. Dr. Elve Cenci

Florianópolis, 22 de Dezembro de 2009.

Pois se parece a justiça, não tem mais nenhum valor que existam homens sobre a Terra.

Kant. *Metafísica dos Costumes*. VI, AA 332.

Finalmente, convém ter em mente que os sujeitos jurídicos privados não podem chegar ao gozo das mesmas liberdades subjetivas, se eles mesmos – no exercício comum de sua autonomia política – não tiverem a clareza sobre interesses e padrões justificados e não chegarem a um consenso sobre aspectos relevantes, sob os quais o que é igual deve ser tratado como igual e o que é diferente deve ser tratado como diferente.

HABERMAS, 2003, p. 13.

PAULO NETO, Alberto. **A análise de Jürgen Habermas sobre a tensão entre Direitos humanos e Soberania popular na Teoria do direito de Immanuel Kant.** 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Universidade Federal de Santa Catarina.

## RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de reconstruir a crítica de Habermas à relação entre os Direitos humanos e a Soberania popular na teoria do direito de Kant. A teoria do discurso de Habermas observa que a teoria do direito de Kant almejou resolver a dialética entre os direitos humanos e a soberania popular por meio da interligação entre o princípio da vontade unida do povo e o princípio do direito em sua subordinação ao princípio moral. Habermas realiza uma reconstrução do sistema jurídico com o objetivo de resolver o aparente conflito entre os direitos humanos e a soberania popular na legitimação do direito. Nesse sentido, a Teoria do discurso defende que por meio da compreensão de uma equiprimordialidade [*Gleichursprünglichkeit*] no surgimento da soberania popular e dos direitos humanos é possível reconstruir de forma correta e legítima o sistema jurídico.

**Palavras-chave:** Filosofia, Teoria do direito, Direitos humanos, Soberania Popular, Jürgen Habermas, Immanuel Kant.



PAULO NETO, Alberto. **The analyses of Jürgen Habermas under the tension between human rights and popular sovereignty in the Kant's theory of rights.** 2009. Dissertation (Master of Philosophy) – Federal University of Santa Catarina.

### **ABSTRACT**

The present work aims at reconstructing Habermas' criticism of the relationship between human rights and popular sovereignty in Kant's theory of law. Habermas' discourse theory maintains that Kant's theory of law aims at solving the dialectic between human rights and popular sovereignty by interconnecting the principle of the united will of the people and the principle of law in its subordination to moral principle. Habermas offers a reconstruction of the legal system in order to solve the apparent conflict between human rights and popular sovereignty in the legitimation of law. In this sense, the discourse theory claims that by understanding popular sovereignty and human rights as being equiprimordial [*Gleichursprünglichkeit*] one can rebuild in a correct and legitimate way the legal system.

Key-words: Philosophy, Theory of Law, Human Rights, Popular Sovereignty, Jürgen Habermas, Immanuel Kant.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
------------------------	-----------

<b>PARTE I: PROPEDEÚTICA À TEMÁTICA DA CATEGORIA DO DIREITO NA MODERNIDADE: A TENSÃO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE.....</b>	<b>30</b>
--	-----------

<b>1. A RECONSTRUÇÃO DA TEORIA DO DIREITO SEGUNDO OS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA TEORIA DO DISCURSO DE J. HABERMAS.....</b>	<b>30</b>
--	-----------

1.1 O duplo aspecto da validade das normas jurídicas: o paradoxo da legitimidade pela legalidade.....	42
---	----

1.2 De Habermas para Kant: a mediação entre os pressupostos teóricos da teoria do discurso para a compreensão da filosofia prática de Kant.....	53
---	----

<b>PARTE II: A TENSÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E SOBERANIA POPULAR NA FILOSOFIA POLÍTICA DE KANT.....</b>	<b>58</b>
---	-----------

<b>2. O ESCÂNDALO DA FILOSOFIA PRÁTICA EM TEORIA E PRÁTICA.....</b>	<b>58</b>
---	-----------

2.1 A filosofia política de Kant: o sistema dos direitos do Estado civil segundo princípios a priori.....	61
---	----

2.2 O conceito de direito em Teoria e Prática.....	64
--	----

2.3 Os princípios a priori do Estado civil (bürgerlicher Zustand): as características do sujeito de direito como homem, súdito e cidadão.....	70
---	----

2.4 O cidadão em Teoria e Prática: o portador de direito ao sufrágio na comunidade política.....	78
--	----

### **3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REPUBLICANOS EM À PAZ PERPÉTUA.....83**

3.1 A Constituição civil republicana como critério dos direitos civis (ius civitatis).....	88
3.2 A liberdade jurídica exterior e a Igualdade jurídica exterior na Paz perpétua.....	91
3.3 “Fiat iustitia, pereat mundus”: a relação entre a Moral e a política na Paz perpétua.....	93

### **4. A TEORIA DO DIREITO DE KANT.....96**

4.1 QUID SIT IURIS? O Conceito de direito na doutrina do direito.....	103
4.2 O conceito de legalidade na legislação jurídica: a extensão do conceito de Direito.....	106
4.3 O Princípio e a Lei universal do direito.....	108
4.4 O sistema de direitos.....	112
4.5 O Direito privado e o Direito público.....	114
4.6 De Kant para Habermas: a apropriação da filosofia prática de Kant pela teoria do discurso na construção de uma teoria do direito para a sociedade complexa e pluralista contemporânea.....	124

### **PARTE III: A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO: RESOLUÇÕES DAS APORIAS SOCIAIS DO DIREITO NA MODERNIDADE.....126**

### **5. A DUPLA FACE DE JANUS OU O SISTEMA DOS DIREITOS EM SUAS APORIAS SOCIAIS.....126**

5.1 A crítica de Habermas à teoria do direito de Kant.....	131
5.2 A tensão entre Direitos humanos e Soberania popular na Escola histórica do direito civil alemão.....	140
5.3 A dialética entre os Direitos humanos e a Soberania popular: paradigmas da fundamentação moderna do direito no constitucionalismo norte-americano.....	144
5.4 A complementação entre a moral e o direito na teoria discursiva do direito.....	160
5.5 A interpretação de Habermas do Princípio universal do direito de Kant.....	163

5.6 O Princípio do discurso: um postulado neutro em relação ao direito e à moral.....	166
5.7 Como se institui o sistema dos direitos como um <i>medium</i> nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas?.....	172

## **6. A RESOLUÇÃO DAS APORIAS SOCIAIS DO SISTEMA DOS DIREITOS PELA TEORIA DO DISCURSO.....176**

6.1 A reconstrução da Gênese lógica de direitos fundamentais.....	184
6.2 Direitos fundamentais às liberdades subjetivas de ação.....	190
6.3 Direitos fundamentais à associação em uma comunidade jurídica.....	191
6.4 Direitos fundamentais à proteção jurídica ou garantia da defesa dos interesses por meio de ação judicial.....	192
6.5 Direitos fundamentais à participação política.....	193
6.6 Direitos fundamentais necessários à vida social.....	195

## **7. “PENSAR COM HABERMAS, CONTRA HABERMAS”: ESBOÇO PRELIMINAR À ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO.....198**

## **PARTE IV: COM HABERMAS E PARA ALÉM DE HABERMAS: A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO SOB O CRIVO DE SEUS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS.....202**

## **8. CRÍTICA A FORMA DA RECEPÇÃO DA FILOSOFIA JURÍDICA DE KANT PELA TEORIA DO DISCURSO.....202**

## **9. A QUADRATURA DO CÍRCULO DA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO OU A UNIÃO DE PRINCÍPIOS ANTAGÔNICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....206**

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS.....211**

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....217**

## INTRODUÇÃO

Nem opressão, nem anarquia: eis o lema que os cidadãos devem seguir e respeitar. Não lhes convém tampouco expulsar da cidade todo o temor; se nada tiver a temer, que homem cumprirá aqui os seus deveres? Se fordes reverentes ao poder legítimo, nele tereis um baluarte inexpugnável [...]”. ÉSQUILO, *Eumênides*.

A questão da instituição de um sistema de leis que ordene corretamente a ação humana se constitui em um problema fundamental da filosofia política. Como observamos na epígrafe deste capítulo a arguição da deusa Atena na tragédia de Ésquilo expressa a inquietação do estabelecimento de um sistema jurídico que tenha como princípio a equidade nas obrigações dos cidadãos, bem como que essa organização social se constitua em um mecanismo de estabelecimento de um sistema legítimo perante a perspectiva daqueles que serão obrigados a colocarem em prática e daqueles que instituem a obrigação cívica. Se concordarmos com isto, inferiremos outro problema da sociedade política e da Filosofia política que é a discussão sobre a legitimidade das leis estatuídas pelos governantes e a sua aceitação por aqueles que serão seus destinatários.

Nesse sentido, na Antigüidade temos na Antígona de Sófocles a tematização sobre o dilema da legitimidade entre as leis públicas, impostas pelo Estado, e as leis da tradição ou dos costumes oriundas da orientação axiológica dos indivíduos. A tragédia de Antígona representa esse dilema que os indivíduos vivenciam entre seguir uma norma por ser a expressão de um monopólio legal da força [*Gewalt*]<sup>1</sup> oriunda da vontade popular, ou a perseguição de um costume sagrado que orientasse as ações individuais. Na evolução da história do sistema jurídico, observamos que ele adquiriu uma proeminência na coordenação das ações dos indivíduos na sociedade, pois essa instituição social fundamentava e direcionava as ações sociais no grupo social. Nas

---

<sup>1</sup> Utilizo o termo alemão *Gewalt* (poder-violência) porque ele expressa o conceito de poder mediante a compreensão do poder social como força e violência. Ao contrário, da palavra correlata *Macht* ou *Können* que designaria somente a concepção de poder como uma força ou uma capacidade [*Fähigkeit*].

sociedades antigas, ou sociedades tradicionais, o ordenamento jurídico possuía como elemento estruturante de seu conteúdo normativo a fundamentação metafísica ou religiosa. Não obstante, podemos observar que - conforme retratado nas tragédias gregas - nas sociedades tradicionais as leis jurídicas poderiam estar em conflito com a perspectiva de orientação individual, mas elas não perderiam a sua legitimidade perante a instituição social. A preponderância do direito na sociedade tradicional é profundamente alicerçada em normas legitimadas por uma autoridade metafísica ou religiosa. Posto que diante de um conflito entre as orientações individuais de valor e as leis promulgadas, o sistema jurídico possuiria uma legitimidade inquestionável. Essa legitimidade inquestionável seria oriunda da legitimação metafísica de suas normas.

Na modernidade, a esfera jurídica prescinde da legitimação metafísica de suas normas e necessitou institucionalizar as suas regras a partir de princípios racionais. Esse processo de racionalização da esfera jurídica engendrou uma nova perspectiva sobre a relação social. Uma vez que a relação social não estava orientada pelos valores metafísicos ou religiosos, os indivíduos permaneciam revolidos a outras orientações que não fossem somente axiológicas. A modernidade é caracterizada por possuir uma racionalidade que orientava as ações em conformidade com fins, em outras palavras, a racionalidade moderna possui um aspecto teleológico que no processo de modernização foi denominado como racionalidade instrumental. O ato de racionalização da esfera jurídica e a evolução social, em termos de uma economia capitalista que instrumentaliza a capacidade reflexiva dos agentes sociais, conduziram o direito à posição de centralidade na resolução dos conflitos na sociedade moderna.

Em seus escritos da década de 1960-70<sup>2</sup> e atualmente com *Verdade e Justificação* (1999), Habermas tem conduzido a leitura da obra do jovem Hegel pelo viés pós-metafísico e re-elaborado pelo caminho da destranscendentalização do sujeito cognoscente em uma perspectiva reflexiva de compreender a passagem da subjetividade (consciência de si) para a intersubjetividade (consciência de si e para si). Nessa leitura hegeliana em perspectiva pós-metafísica, o conceito de “interação social” e o conceito de “direito reflexivo” seriam elementos

---

<sup>2</sup> Designamos como escritos da década de 1960-70: *Mudança Estrutural da Esfera pública* (1962), *Teoria e Práxis* (1963), *Lógica das Ciências Sociais* (1967), *Conhecimento e Interesse* (1968) e *Técnica e Ciência como Ideologia* (1968).

que permitiriam a efetivação da ação comunicativa e do reconhecimento das culturas em uma sociedade complexa e pluralista que defenda um modelo radical de democracia. A produção filosófica de Habermas foi conduzida pelo paradigma da intersubjetividade como uma reabilitação do status comunicativo das relações sociais. No âmbito da filosofia prática a influência da filosofia kantiana se constitui como o fio condutor (*leitmotiv*) das reflexões de Habermas sobre o direito e o Estado democrático de direito, como é possível observarmos na obra *Facticidade e Validade* (1992), a qual Habermas modifica a sua metodologia filosófica de investigação, de um modo de filosofar hegeliano – como realizou até a obra *Teoria da Ação Comunicativa* – para adotar as características formalistas da filosofia de Kant, que se iniciam em *Consciência moral e Agir Comunicativo* (1989) e atingem o seu ápice de aproximação com a filosofia kantiana em *Facticidade e Validade*.

Em *Teoria da ação comunicativa*, Jürgen Habermas diagnosticou uma patologia na sociedade moderna que desgasta a estrutura política e jurídica das instituições sociais. A patologia social é denominada pelo termo de *juridificação* [*Verrechtlichung*] dos meios de socialização que primariamente eram caracterizados como espaços de ação comunicativa. Em outras palavras, Habermas observa que o sistema de direitos positivos na sociedade moderna se tornou um mecanismo de dominação legal, o qual é utilizado pela economia e pelo poder estatal para a manutenção de sua lógica de coordenação das ações dos indivíduos. Segundo esse diagnóstico, os elementos simbólicos do mundo da vida nas sociedades pré-modernas foram re-elaborados ou colonizados segundo a lógica estruturante dos sistemas econômicos e políticos ou monetários e burocráticos.

Isso foi possível – a colonização do mundo da vida - por causa do processo de modernização das relações sociais e a desarticulação dos elementos que compunham o mundo da vida, a saber, a cultura, a sociedade e a personalidade. “Na sociologia é comum descrever processos de modernização social sob dois aspectos diferentes: como diferenciação funcional do sistema social e como des-tradicionalização do mundo da vida”<sup>3</sup>. De um lado existiria a diferenciação sistêmica da economia e do aparelho estatal burocrático, de outro lado, existiria a dissolução dos elementos vitais da tradição e da cosmovisão religiosa

---

<sup>3</sup> HABERMAS, 1990, p. 227.

que foram sendo estratificados pela “domesticação” funcionalista das instituições sociais. Esse processo de “domesticação” do mundo da vida conduziu à individualização das relações sociais. Em verdade, a sociedade tradicional era configurada como um âmbito da vida social que estava edificada em valores metafísicos que atribuíam um significado as ações sociais na comunidade. Todavia, com o processo de modernização social, as relações entre os agentes se modificaram na forma de uma individualização e de racionalização das ações no mundo da vida [*Lebenswelt*].

Habermas em sua análise observa a substituição da integração social que havia no mundo da vida [*Lebenswelt*] pela integração sistêmica efetuada por meio de processos de juridificação. O termo juridificação se refere às tendências que as sociedades modernas possuem de confeccionar as normas jurídicas e de realizarem a regulação jurídica das formas de vida que antes eram vivenciadas de uma maneira informal ou, obtidas por um ajuizamento fundamentado nos costumes e nos valores do grupo social. O fenômeno social de juridificação representa uma parte do amplo processo de colonização do mundo da vida exercido pelos sistemas sociais. O termo *informal* denota as esferas sociais (família, escola, etc.) que resolviam os seus conflitos com base no fundamento consuetudinário de suas tradições, ou seja, essas esferas sociais não necessitavam de uma dominação legal para resolverem um conflito social. Segundo Habermas, a prática comunicativa cotidiana do mundo da vida nas sociedades modernas está estruturada sobre a lógica dos sistemas. Os sistemas sociais realizam o processo de coisificação da capacidade racional dos indivíduos. Contudo, a realização de uma Teoria Crítica da sociedade necessita enfrentar esse problema e apresentar uma solução para esta aporia social. Por isso, em sua teoria da ação comunicativa, Habermas objetivou reintegrar o conteúdo racional comunicativo que os indivíduos possuíam nas sociedades convencionais. Em um primeiro momento, ele realizou a reconstrução (descrição) das estruturas de ação e de entendimento pelo *medium* da linguagem e para em um segundo momento demonstrar que a capacidade comunicativa, que possui como telos o entendimento, nos indivíduos das sociedades pós-convencionais permaneceria entreaberta em seu modo de se relacionar com outros indivíduos quando questionados sobre a correção ou a validade de uma norma em geral.

A hipótese reconstrutiva de Habermas é que o processo de modernização produziu um processo de racionalização do mundo da vida, segundo o qual a economia e o poder administrativo têm



institucionalizado e mecanizado o mundo da vida por meio do direito positivo. Segundo Baynes, a análise de Habermas conduziu à descrição dos processos de racionalização e primou pela restituição dos elementos comunicativos nas sociedades pós-convencionais em comparação com as outras investigações sociológicas que não obtiveram esse êxito.

A tese central de *A Teoria da Ação comunicativa* é que as concepções de razão ou racionalidade utilizada na maioria das teorias sociais não fornecem uma base para os questionamentos dos problemas da ordem social hobbesiana, ou, sem que, descrevam adequadamente o processo de modernização<sup>4</sup>.

Os modelos de racionalidade instrumental de Adorno e Horkheimer ou a teoria sistêmica de Niklas Luhmann não permitiram um desacoplamento da capacidade de interação social sem a dominação sistêmica, por exemplo, o agir comunicativo nas sociedades tradicionais se constituía em um elemento de não dominação dos agentes sociais. O intuito de Habermas é o de diferenciar os modos de relação social nas sociedades modernas e recuperar o elo comunicativo das relações sociais. Ora, ele se defronta com a obrigação de apresentar uma nova categoria social que se postulasse como uma alternativa à integração sistêmica da teoria funcionalista de Niklas Luhmann. Em verdade, a legitimidade das instituições políticas não pode ser fornecida pela forma da técnica jurídica ou mesmo pelo cumprimento de uma legalidade processual ou as etapas do direito processual. De fato, a técnica jurídica não possui a competência de validade para garantir o elemento normativo que a categoria do direito exige para o seu estabelecimento legítimo no Estado democrático de direito. Ao contrário, da fundamentação de Luhmann para a legitimação do direito que aceitava elementos externos ao direito para a sua fundamentação como o cumprimento das regras do processo, o direito. Em síntese, a caracterização de Luhmann das relações sociais é a sua fundamentação na integração sistêmica por meio da lógica instrumental das esferas sociais. Na análise de Habermas necessita de uma fundamentação discursiva que manifeste a força legitimadora do entendimento sobre as normas jurídicas.

Na *Teoria da Ação comunicativa*, Habermas apresenta um novo modo de compreender as relações sociais que é o modelo da integração

---

<sup>4</sup> BAYNES, 1995, p. 203.

social. A integração social e a sistêmica seriam formas de coordenação da ação social nas sociedades modernas. Essas duas formas de integração poderiam ser comparadas com a relação de reificação do mundo da vida pelos sistemas sociais que acarretou um enfraquecimento da integração social mediante a integração sistêmica. A integração social se constitui por meio dos elementos simbólicos da linguagem, por outro lado, a integração sistêmica se constitui na relação interdependente entre os sistemas sociais que cumprem a sua função social. Segundo Perters: “Enquanto a integração social requer uma análise interna interpretativa ou reconstrutiva, a integração sistêmica poder ser apreendida apenas por meio de uma análise empírico-analítica ou funcional”<sup>5</sup>. Dessa forma, seguindo a tese de colonização do mundo da vida, desenvolvida a partir da teoria de Max Weber sobre o processo de racionalização social e da teoria de Talcott Parsons, Habermas empreendeu o projeto de reintrodução da integração social na sociedade moderna, como uma alternativa à integração sistêmica.

Na análise de Habermas sobre a esfera jurídica é diagnosticado que o direito se caracterizaria pela ambigüidade de sua racionalidade. O direito possuiria uma dupla racionalidade, a teleológica e a axiológica. Por um lado, o sistema jurídico institucionaliza as atividades econômicas e administrativas em sua lógica direcionada a fins (teleológica). Por outro lado, o direito se distingue da racionalidade teleológica dos outros sistemas sociais, pois fundamenta normativamente as suas ações e as suas normas jurídicas. Segundo Habermas, a racionalização do direito oferecida pelo diagnóstico de “[...] Weber reinterpreta o direito moderno em termos tais que este pode deixar desconectado da esfera de valor avaliativa e aparecer desde o princípio como uma materialização institucional da racionalidade cognitivo-instrumental. Esta estratégia se move no contexto de um diagnóstico da atualidade, que se funda como havia dito na argumentação buscada na entrevisão [*Zwischenbetrachtung*]”<sup>6</sup>. Segundo Habermas, o diagnóstico weberiano conduziu a compreensão de que existe um desencantamento na sociedade moderna. Pois a sociedade moderna estabeleceu uma diferenciação entre as esferas tradicionais e culturais. A formação da sociedade moderna segundo os princípios da economia capitalista realizou uma independência dos sistemas sociais,

---

<sup>5</sup> PERTERS, 1996, p. 122.

<sup>6</sup> HABERMAS, 1992, p. 316. (Vol. I).

que agem teleologicamente, e os meios simbólicos da tradição, que agem axiológicamente. Essa independência ou autonomização dos sistemas sociais comandou um extravio de significado axiológico aos agentes sociais, bem como a perda da capacidade de liberdade e reflexão sobre as estruturas sociais. A perda da liberdade foi investigada desde as inspirações marxistas na teoria social como o ato de reificação das capacidades racionais dos indivíduos. O déficit de reflexividade crítica se apresentou na teoria social como o ato de massificação da capacidade racional dos indivíduos que foram submergidos de forma acrítica aos mecanismos de dominação social e aos meios da massificação da consciência individual.

O processo de diferenciação das esferas culturais como autônomas em relação ao mundo da vida imergiu na questão da legalidade de cada esfera cultural. Se de um lado existe a racionalização dos sistemas simbólicos em sua abstração, por outro lado, observamos à ruptura na figura imagética da metafísica do mundo da vida e de sua capacidade de outorgar uma definição as esferas culturais. Na medida em que as esferas culturais se racionalizaram na sociedade moderna foi estabelecida uma diferenciação no processo de legitimação das estruturas sociais entre a forma sistêmica e a forma simbólica do mundo da vida. Bem como esse processo de racionalização ocasionou a necessidade de um organismo de fundamentação e argumentação das pretensões de validade dos diversos âmbitos de orientação da ação segundo uma racionalidade lógica.

O diagnóstico de Weber permitiu que se realizasse uma análise da sociedade capitalista e de suas instituições sociais sob a perspectiva de uma orientação teleológica das ações sociais. Na evolução social da sociedade capitalista é institucionalizada a forma estratégica de relação social, principalmente na forma social da economia e do aparelho estatal. Todavia, a sociologia weberiana em seu diagnóstico da sociedade capitalista, pelo processo de racionalização do mundo da vida, encobre um lado da relação social orientada pelo viés axiológico das formas simbólicas do mundo da vida. Diante dessa possibilidade é que se instaura a busca de uma comunidade social que enseja o resgate dos elementos simbólicos de integração social não-juridificada pela ação comunicativa. A teoria da racionalização social weberiana permitiu a Habermas realizar uma crítica à forma de racionalidade funcionalista ou sistêmica de Niklas Luhmann, segundo esse julgamento da metodologia luhmanniana poderia ser interligado e estendido à crítica da razão instrumental que Adorno e Horkheimer realizaram na *Dialética do Esclarecimento*. Pois, a primeira geração da Teoria crítica não aventou a

possibilidade de compreender os indivíduos como possuidores de uma racionalidade que não fosse somente a instrumental. Não obstante, a teoria da ação comunicativa de Habermas pretende resgatar os elementos constitutivos do mundo da vida e oferecer um prognóstico à crise de interação social nas sociedades contemporâneas.

A teoria da ação comunicativa concebe o mundo da vida como uma esfera em que os processos de coisificação não se apresentam como meros reflexos, como fenômenos de uma integração repressiva imposta pela economia oligopolista e por um aparato estatal autoritário. Neste aspecto a velha Teoria Crítica não fez mais que repetir os erros do funcionalismo marxista<sup>7</sup>.

A teoria da ação comunicativa de Habermas observa que os processos de reprodução simbólica das sociedades tradicionais possuem os resquícios de uma racionalidade comunicativa que na sociedade moderna foi descuidada em função dos sistemas de dominação – Economia e Estado – que estabeleceram a sua lógica nos modos de relacionamento dos indivíduos. A produção filosófica de Habermas foi conduzida pelo paradigma da intersubjetividade como uma reabilitação do status comunicativo das relações sociais. A teoria filosófica de Habermas não se limitou a caracterização das relações sociais como possuidora somente de racionalidade instrumental, como houvera mitigado a crítica marxista e a primeira geração da Teoria Crítica. Por exemplo, em sua Mudança estrutural da esfera pública, Habermas estudou o desenvolvimento histórico da formação da esfera pública burguesa, bem como a constituição de uma esfera pública política que se autocompreendia pelo viés comunicativo. Essa esfera pública política se expressava por meio da escrita (jornais e artigos) e pela emissão da opinião pública (debate político). Nessa esfera pública política residiria o potencial emancipatório de uma política democrática que Habermas procurou demonstrar em oposição ao diagnóstico pessimista de Adorno e Horkheimer.

Na verdade, Habermas objetivou introduzir uma teoria da ação comunicativa, que seguindo os fundamentos da Teoria Crítica da sociedade, se apresentasse como uma alternativa ao processo de racionalização do mundo da vida e não somente descrevesse o processo de coisificação das relações e estagnasse no diagnóstico pessimista

---

<sup>7</sup> HABERMAS, 1992, p. 555. (Vol. II).

como – na leitura de Habermas - houvera realizado a primeira geração da Teoria Crítica. As reflexões de Habermas se aproximam das reflexões de Max Horkheimer no artigo programático *Teoria tradicional e teoria crítica*. Segundo Horkheimer, a Teoria tradicional da ciência apenas realizaria um trabalho descritivo sem a preocupação com as relações sociais que ela estuda e sem modificar o objeto social e as relações sociais.

A idéia tradicional de teoria está tomada da ciência institucionalizada, tal como esta se pratica no marco de divisão do trabalho em uma determinada etapa de desenvolvimento. Responde à atividade científica tal como organiza junto ao resto das atividades sociais, sem que resulte imediatamente transparente a conexão entre essas distintas atividades. Nessa idéia não aparece o que a teoria significa na existência humana, senão meramente o que significa nessa esfera separada em que é produzida sob condições históricas<sup>8</sup>.

A Teoria tradicional corresponde a uma atividade científica que concebe a sociedade isolada das outras atividades sociais que a compõe, ou seja, a Teoria tradicional observa que as relações sociais na sociedade capitalista estão estruturadas em uma relação de produção e de divisão do trabalho, contudo, ela descreve somente a lógica formal das relações sociais e não possui o intuito de transformar as relações sociais. Por outro lado, a Teoria crítica da sociedade - assim como a Teoria tradicional - realiza um diagnóstico das enfermidades sociais e procura ir além das aporias sociais ao erigir um prognóstico. A Teoria crítica da sociedade *inicia* a sua pesquisa pelas determinações abstratas das relações sociais em consonância com a experiência histórica para compreender e atuar no sutil antagonismo social da sociedade estratificada em classes sociais. Se a Teoria crítica se condicionasse à descrição de conteúdos das relações sociais, ela estaria no mesmo nível das outras teorias científicas. Por isso, a Teoria crítica tem obrigação de realizar um experimento sobre a possibilidade de modificação das estruturas sociais.

A teoria crítica está em contradição com o conceito formalista do espírito em que se fundamenta a dita teoria da *intelligentisia*. Para

---

<sup>8</sup> Ibid., p. 569.

ela, somente existe uma verdade, e os predicados positivos da honestidade e coerência interna, de racionalidade, de esforço pela paz, liberdade e felicidade não podem atribuir-se no mesmo sentido a qualquer outra teoria ou prática. Não há uma teoria da sociedade, nem se quer a do sociólogo que generaliza que não inclua interesses políticos acerca de cuja verdade tem que decidir, já não mediante uma reflexão neutra em aparência, sem que novamente esteja atuando e pensando, isto é, na atividade histórica concreta<sup>9</sup>.

A Teoria crítica em sua fundamentação das categorias sociais desenvolve uma organização racional da atividade humana para compreender o telos da vida humana e configurar os elementos sociais que possibilitem a emancipação social. Como vimos o diagnóstico proporcionado pelos teóricos críticos da sociedade está combinado com a análise social da historicidade das relações de classes sociais e o seu constructo teórico traz em si mesmo o gérmen para a emancipação dos indivíduos. Segundo Habermas, a Teoria Crítica da sociedade possui a consciência de seu caráter auto-referencial, isto é, do fato de que os atos de conhecimentos teóricos estão em relação com o contexto social que ela investiga. Quer dizer que na Teoria crítica da sociedade existe um envolvimento do pesquisador com o seu objeto de estudo para reflexionar sobre as possibilidades de resolução do processo de coisificação de uma sociedade funcionalista fundada na dominação legal. Nas palavras de Horkheimer sobre a diferença entre a teoria tradicional e a teoria crítica:

Neste fazer intelectual se há co-introduzido, pois, as necessidades e as metas, as experiências e habilidades, os usos e as tendências da forma atual de existência humana. [...] E o mesmo que a influência do material sobre a teoria, tampouco a aplicação da teoria a sua matéria é um processo redutivamente intra-científico, mas um processo social<sup>10</sup>.

Diante desse referencial teórico, a teoria da ação comunicativa de Habermas almejou descrever o processo de evolução social e resgatar os elementos comunicativos do mundo da vida. O diagnóstico de

---

<sup>9</sup> HORKHEIMER, 2003, p. 253.

<sup>10</sup> Ibid., p. 570.

Habermas é que nas sociedades modernas os subsistemas – economia e Estado – submergem no mundo da vida e reduzem o espaço de interação social. Dessa forma, a Teoria Crítica da sociedade se defronta com o desafio de realizar uma reconstrução dos elementos que permitiriam o resgate das estruturas simbólicas e comunicativas do mundo da vida.

Para a realização desse projeto de reabilitação dos meios de ação comunicativa em uma sociedade pluralista, na qual os sistemas da política e da economia realizam o processo de burocratização e monetarização das formas de vida, Habermas empreende um projeto de reabilitação da discussão do direito como mecanismo de mediação da sociedade para proteger e exercer os princípios racionais discursivos do agir comunicativo. Nesse sentido, Habermas realiza uma reconstrução do sistema dos direitos pelo viés da Teoria do discurso. Essa inflexão jurídica das pesquisas de Habermas para a categoria social do direito representa uma guinada nas investigações da Teoria Crítica. Pois se a primeira geração da Teoria Crítica – sob influência do diagnóstico negativo do marxismo sobre a esfera do direito – não concebeu essa possibilidade de integração social e de organização estatal por meio do substrato jurídico para o estabelecimento de uma relação social fundada na racionalidade axiológica, então, Habermas, em contraposição com os primeiros pensadores sociais da Teoria crítica, empreende esse experimento para liberar os elementos discursivos no processo de confecção de normas da esfera jurídica, bem como a institucionalização legítima do processo de legislação.

Para Höffe (2002), o projeto de modernidade de Habermas estaria fundado em quatro aspectos centrais em sua estrutura filosófica. O primeiro aspecto estaria relacionado à Teoria da ação comunicativa como um critério normativo para uma teoria da sociedade moderna. O segundo aspecto seria a mudança de perspectiva de Habermas em relação aos primeiros cientistas sociais da Teoria Crítica. Esse aspecto apresenta como uma tendência nos escritos de Habermas para uma mudança do enfoque hegeliano-marxista para uma *Kantian turn* (guinada kantiana) em sua análise da sociedade. Se com a tradição hegeliana-marxista a primeira geração da Teoria crítica houvera permanecido circunscrita ao modo descritivo das aporias sociais e sua irresolubilidade, no entanto, Habermas observa nas reflexões a partir de Kant uma perspectiva a ser adotada para a resolução das patologias sociais. Por isso, desde 1983, com *Consciência Moral e Agir comunicativo*, existe um redirecionamento em suas pesquisas no campo da filosofia moral. Porém, somente em 1992 com *Facticidade e Validade* é apresentado o desenvolvimento da filosofia do direito e do

estado. A essa guinada kantiana nos escritos de Habermas é classificada como o terceiro e o quarto aspecto dos elementos centrais da “conversão na Teoria Crítica”. Segundo Höffe, o terceiro aspecto seria o direcionamento do pensamento habermasiano para a filosofia moral e a sua reformulação da ética kantiana e a completude das reflexões de Habermas sobre o direito e o Estado como o quarto aspecto. O quarto aspecto representa uma guinada jurídica na Teoria Crítica porque é a primeira expressão sistemática de um pesquisador da Teoria Crítica que investiga o direito como uma categoria social à resolução das patologias sociais.

Ademais, o mencionado “giro jurídico” viria colocar um remédio a um dos déficits temáticos mais agudos da Teoria Crítica, elaborada pelos mestres da primeira geração da Escola de Frankfurt. Os grupos de pensadores aglutinados em torno ao Instituto de Investigação Social não elaboraram teoria alguma sobre o papel do direito na modernidade. Somente a exceção dos trabalhos jurídicos de Franz L. Neumann e Otto Kirchheimer, que matizam a rotunda a afirmação anterior. Em geral, os frankfurtianos haviam infra-valorado as tradições do Estado democrático de direito<sup>11</sup>.

Nesse sentido, em *Facticidade e Validade* é constituída a primeira publicação específica em uma obra dedicada as esferas sociais do direito e do Estado na Teoria Crítica<sup>12</sup>. Se as pesquisas de Teoria da Ação comunicativa, realizadas na década de 80, conduziram a verificação da categoria direito como um instrumento legal utilizado pelos sistemas economia e poder administrativo para a implantação de sua racionalidade funcionalista. Agora, a meta de Habermas se restringe a aplicação dos pressupostos teóricos da Teoria da ação comunicativa ao direito. Nessa nova perspectiva metodológica o sistema jurídico fica incumbido de mediar às relações sociais no Estado democrático de direito segundo os parâmetros de uma racionalidade comunicativa. Dessa forma, Habermas em suas pesquisas da década de 90 requestou essa possibilidade do *medium* direito como elemento gerador de solidariedade social nas sociedades complexas e apresentou como prognóstico à ausência de integração social não-mediatizada pela

---

<sup>11</sup> Cf. VELASCO, 1994, p. 179.

<sup>12</sup> Cf. PINZANI, 2000, p. 5.



racionalidade estratégica. Por um lado, a Teoria do discurso de Habermas almeja restituir a solidariedade social que as sociedades convencionais possuíam e, recuperá-la e conservá-la pelas estruturas do ordenamento jurídico. Por outro lado, Habermas por meio dos princípios teóricos fundamentais da Teoria da ação comunicativa pretende conduzir suas reflexões para o âmbito da filosofia prática, neste caso sobre o direito e o Estado, para a comprovação de seus princípios neste campo da filosofia. Assim como o aprimoramento de suas pesquisas no âmbito moral e a introdução de seus princípios discursivos na forma de uma teoria do direito. A obra de Habermas dedicada à filosofia do direito e do Estado representa um marco na reabilitação das discussões filosóficas sobre o campo do direito e na fundamentação do Estado democrático de direito.

Em *Facticidade e Validade*, Habermas constata que a análise da discussão da filosofia do direito no pós-Hegel - ou depois da obra *Princípios da Filosofia do direito de Hegel* - houvera emigrado para as faculdades de direito e não se constituía somente em uma discussão entre os filósofos, mas em muitos casos a filosofia do direito foi reduzida a uma ciência jurídica e ao debate entre juristas sobre questões da técnica jurídica. Para evitar esse percalço, Habermas realiza uma reabilitação das discussões da filosofia do direito por meio da investigação das estruturas normativas do *medium* direito e dos problemas de legitimação que o direito natural racional deixara irresoluto<sup>13</sup>. Ademais, podemos também verificar essa forma de compreender a atividade da filosofia do direito e sua relação com a ciência jurídica pela análise do jurista hispânico Manuel Atienza. Segundo a análise desse jurista a relação entre a filosofia do direito e a realidade de juridificação na sociedade contemporânea pode-se observar que: “A filosofia do direito como uma disciplina fechada e elaborada na só por filósofos do direito, mas também para eles. Em minha opinião, a filosofia do direito deve cumprir uma função intermediária entre os saberes e as práticas jurídicas, por um lado, e o resto das práticas e saberes sociais, por outro”<sup>14</sup>. Essa perspectiva da ciência jurídica em semelhança à Teoria crítica da sociedade é que embasa e fundamenta uma perspectiva de pesquisa interdisciplinar que instiga a pesquisa da esfera do direito e a sua relação com a filosofia. Em verdade, a proposta

---

<sup>13</sup> Cf. HABERMAS, 1998b, p. 9.

<sup>14</sup> ATIENZA, 2005, p. XIII.

jurídica de Habermas contrasta com o ceticismo presente na ciência jurídica denominado de realismo jurídico que impede a autocompreensão dos direitos que os seres humanos podem outorgar para uma convivência social segundo normas jurídicas que possuam uma validade. Esse obstáculo normativo posto pelo realismo jurídico ao potencial normativo do direito deve ser transposto mediante a reintrodução do enfoque investigativo das pesquisas de filosofia do direito segundo as intuições normativas que projetaram os filósofos modernos nos debates sobre a compreensão normativa das constituições e do Estado de direito no período da Ilustração. A modernidade se constituiu em um período profícuo para a fundamentação normativa das instituições sociais. Diante da crítica à racionalidade moderna, como elemento inerente da razão crítica, se tornou imprescindível à filosofia contemporânea do direito uma fundamentação normativa que esteja estruturada linguisticamente e assentadas em contextos pós-metafísicos.

Pelo paradigma da intersubjetividade, a Teoria discursiva do direito se interpõe ao ceticismo jurídico e as reduções normativas à categoria social do direito. Nesse sentido, em Facticidade e Validade é reabilitado o direito como *medium* normativo. A escolha da categoria social direito como mediador nas relações sociais possui a sua justificativa na própria estrutura organizativa do direito. Uma vez que a forma do direito assumida na figura moderna de direito positivo permite uma dúbia caracterização do direito, pois de um lado as normas jurídicas estabelecem uma comunidade artificial que se expressa em uma associação de indivíduos livres e iguais, essa coesão artificial resulta da aplicação de sanções e a suposição de um acordo – ou contrato – racionalmente motivado. Por outro lado, o direito re-configurado nos parâmetros da teoria do discurso permite a geração de uma solidariedade social que seria própria das sociedades convencionais e de sua estrutura de validade normativa.

Não obstante, a análise de Habermas possui a cautela de observar que os instrumentos filosóficos – conceitos próprios da Filosofia – não podem mais se constituir em um arcabouço teórico que possa incorporar todo o corpo teórico jurídico ou mesmo se constituir sob um viés hegeliano em uma Enciclopédia das ciências filosóficas. Dessa forma, a filosofia necessita incorporar os mecanismos da dogmática jurídica e a técnica jurídica para a reconstrução dos conhecimentos científicos, neste caso, os elementos teóricos da ciência jurídica. Em outras palavras, a Filosofia possui a competência de esclarecer os conceitos fundamentais para a instituição de um ordenamento jurídico legítimo. Por conseguinte, a teoria da ação comunicativa de Habermas deve se relacionar com os

diversos ramos de discurso e de argumentação que os indivíduos fazem uso em sua relação social para a instituição do sistema de direitos.

Esse projeto de Teoria crítica da sociedade e de reestruturação do sistema jurídico é apresentado na obra *Facticidade e Validade*. Nesta obra, Habermas se aproxima das reflexões de Immanuel Kant acerca da doutrina do direito [*Rechtslehre*] e dos princípios normativos para a instituição do Estado de direito. Na verdade, Habermas realiza uma reinterpretação do sistema de direitos de Kant – uma vez que por diversos momentos de sua exposição, Habermas está dialogando com os pressupostos teóricos da filosofia política e jurídica kantiana, bem como adotando essa filosofia prática como a sua orientação teórica [*leitmotiv*] - e o reformula por meio do Princípio do discurso para apresentar a solução (prognóstico) de uma compreensão adequada da autonomia privada e pública segundo os paradigmas da Teoria discursiva do direito<sup>15</sup>. Para a realização dessa reconstrução da teoria do direito de Kant, Habermas utiliza as reflexões que antecederam a *Facticidade e Validade* que estão presentes nos pressupostos teóricos da Ética do discurso desenvolvidos em *Consciência moral e agir comunicativo e Esclarecimentos sobre a Ética do discurso*. Essas obras antecedentes a *Facticidade e Validade* tiveram o objetivo de formular as respostas da ética discursiva em relação à guinada lingüística e as questões morais da contemporaneidade. Esses pressupostos normativos adotados pela ética discursiva são colocados à prova no campo da filosofia política para que também eles fossem comprovados como válidos neste campo de atuação da esfera do direito e da política.

Por isso, o presente trabalho consiste na abordagem teórica da obra *Facticidade e Validade* de Jürgen Habermas em suas críticas à teoria do direito de Immanuel Kant. O método de trabalho para a realização desta investigação foi o método reconstrutivo, utilizado também por Habermas, para a compreensão de uma teoria filosófica. Habermas, na obra *Para a reconstrução do Materialismo histórico*, apresenta a definição da postura metodológica de reconstrução filosófica:

Reconstrução significa, em nosso contexto, que uma teoria é desmontada e recomposta de modo novo, a fim de melhor atingir a meta que ela própria fixou: esse é o modo normal (quero dizer: normal também para os marxistas) de se

---

<sup>15</sup> Cf. BAYNES, 1995, p. 202.

comportar diante de uma teoria que, sob diversos aspectos, carece de revisão, mas cujo potencial de estímulo não chegou ainda a se esgotar<sup>16</sup>.

Com base nessa perspectiva metodológica analisaremos a teoria do direito de Immanuel Kant em sua resposta à questão da legitimação do direito, observando o potencial de estímulo que ela ainda possui para a reflexão filosófica e para a resolução das aporias sociais da contemporaneidade. Contudo, ao ser verificado os problemas estruturais da teoria do direito de Kant, foram necessários à operação de uma parcial revisão da posição kantiana por meio da Teoria do discurso de Habermas e de leituras complementares que pudessem subsidiar esse procedimento de exposição/reconstrução e análise crítica da Teoria discursiva do direito. Constituíram-se como leituras complementares às reflexões e análises críticas de Klaus Günther, Ingeborg Maus, Robert Alexy e Albrecht Wellmer, pois esses pensadores se constituíram no núcleo de discussão do projeto de Habermas sobre a teoria do direito e do Estado<sup>17</sup>. Tendo por base esse quadro conceitual, o objetivo deste trabalho é de realizar um diagnóstico do direito moderno na tensão entre facticidade e validade e verificar a possibilidade de reconduzir a uma consonância a autonomia privada e pública, de forma satisfatória, por meio de um conceito discursivo dos sistemas dos direitos oferecido pela teoria do discurso de Habermas.

Os objetivos que nortearam a confecção desse trabalho - e que constituem as suas estruturas - foram: a apresentação da categoria do direito moderno como possuidora de uma tensão interna entre a positivação das normas jurídicas e a sua legitimação (Parte I); o anseio de reconstruir a teoria do direito de Kant por meio da perspectiva da Teoria do discurso de Habermas sob a tensão entre facticidade e validade na esfera jurídica (Parte II) e demonstrar a validade da resolução de Habermas ao problema de concorrência entre os direitos humanos e a soberania popular no processo de legitimação do direito moderno, bem como apresentar a fundamentação do sistema dos direitos pelo Princípio do Discurso e as categorias abstratas dos direitos fundamentais (Parte III) e por fim, realizamos uma análise crítica dos pressupostos teóricos que a teoria crítica da sociedade de Habermas empreende no âmbito do direito por meio de seus próprios pressupostos teóricos, melhor dizendo, nessa parte final averiguamos o alcance do

---

<sup>16</sup> HABERMAS, 1990, p. 11.

<sup>17</sup> Cf. HABERMAS, 1998b, p. 14.

projeto de Habermas sobre a esfera do direito como *medium* das relações sociais e de coordenação interativa entre o mundo da vida e os subsistemas sociais (Parte IV). Em caráter experimental quisemos conduzir até a conclusão das indicações de Habermas sobre os princípios que a teoria discursiva do direito proporcionaria para a concepção de um ordenamento jurídico que fosse a expressão da justiça e da retidão.

## **PARTE I: PROPEDEÚTICA À TEMÁTICA DA CATEGORIA DO DIREITO NA MODERNIDADE: A TENSÃO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE**

A idéia de direitos humanos e de soberania popular tem determinado a compreensão normativa dos Estados democráticos de direito até hoje. Não podemos entender este idealismo ancorado nas estruturas constitucionais somente como um capítulo passado da história das idéias políticas. A história das doutrinas é o melhor componente necessário e o reflexo da tensão assentada no direito mesmo entre a facticidade e a validade, entre a positividade do direito e a legitimidade pretendida por ele. Esta tensão não pode se trivializar nem simplesmente se ignorar. (HABERMAS, 1998a, p. 160).

### **1. A RECONSTRUÇÃO DA CATEGORIA DO DIREITO SEGUNDO OS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA TEORIA DO DISCURSO DE J. HABERMAS**

O campo da filosofia, nesta significação cosmopolítica, pode reduzir-se às seguintes questões: 1) Que posso saber?, 2) Que devo fazer?, 3) Que me é permitido esperar? e 4) Que é o homem?<sup>18</sup>.

A teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas considera que a categoria do direito, na qualidade de direito moderno, se expressa pela atribuição e reconhecimento que cada cidadão pode outorgar mutuamente direitos para a convivência social com outros cidadãos. Nessa compreensão o direito moderno tem desenvolvido um papel central em uma sociedade complexa e pluralista, uma vez que o ordenamento jurídico, na sua característica de direito subjetivo, tanto garante uma liberdade subjetiva de ação que delimita o espaço que cada indivíduo possui para agir segundo a sua vontade, como também estabelece uma igualdade de liberdade de ação para todos os indivíduos

---

<sup>18</sup> KANT, 2003, p. 53.

como portadores de direitos ou pessoas jurídicas. Visto os indivíduos, na sociedade moderna, serem eticamente neutros e guiados pelos seus próprios interesses na busca do êxito de suas ações, a categoria direito delimitou a sua atuação unicamente a uma atividade funcionalista na sociedade complexa, por meio das aplicações das normas jurídicas.

Ademais, na tradição filosófica moderna foi compreendida a categoria “direito” como possuindo uma dupla característica, sendo a primeira, a positivação de normas, e a segunda, a coerção dos arbítrios dos indivíduos para assegurar a liberdade. Embora, a força de legitimação do direito advir do próprio processo de instituição do sistema de direitos, ou pela prática jurídica de execução de processos legais para alcançar a sua validação e a facticidade da imposição dele por via estatal, o sistema de direito está inserido em uma tensão entre a imposição de poder e o exercício da justiça. Por isso, o direito ao se impor sobre seus destinatários lhes pede apenas que sejam obedientes, pois estarão observando a lei que a si mesmo promulgaram e terão a garantia da liberdade. Essa redução da categoria direito foi estabelecida na filosofia prática da modernidade quando se realizou uma transformação do conceito aristotélico de eticidade por meio do conceito de razão prática como uma faculdade subjetiva e que está desvinculada do substrato ético, cultural ou de participação política. Por isso, na modernidade a razão prática pôde significar um uso da razão com o objetivo de alcançar a felicidade em sua forma individualista ou o indivíduo – como sujeito de direito privado – tem a possibilidade de realizar as suas escolhas conforme a sua autonomia privada, por outro lado, o sujeito de direito pode assumir a perspectiva de cidadão e exercer a sua função como membro na sociedade civil e no Estado de direito. Para Habermas, existe uma confusão na modernidade entre o indivíduo como “cidadão do mundo” e também como um “sujeito singular”, a pluralidade de análise do indivíduo engendra em uma fragmentação da compreensão do sujeito realizada pela filosofia prática da modernidade.

A eticidade das sociedades tradicionais se apresentava como um arcabouço axiológico que era compartilhado e que orientava as ações sociais dos membros de uma comunidade social. As ações individuais e coletivas estão dirigidas pelo *ethos* ou pelo princípio ético que o grupo social adotava como supremo horizonte de valores. Ao contrário, a sociedade moderna está orientada pelos valores da economia capitalista e estabelece como um princípio de socialização a pluralidade das cosmovisões e de orientação valorativa. A sociedade moderna é caracterizada pela pluralidade de perspectivas na ação do agente social.

A filosofia moderna se propôs a resolução do problema de orientação normativa dos sujeitos pelo conceito de racionalidade prática. Pois diante de uma pluralidade de perspectiva axiológica e a impossibilidade de fundamentação na tradição da sociedade tradicional esteve a modernidade incumbida de fornecer os seus próprios fundamentos normativos. Em outro sentido, a fundamentação metafísica das sociedades tradicionais deveria ser substituída pela fundamentação pós-metafísica da sociedade moderna. A sociedade moderna apreendeu como constitutivos de suas relações sociais a pluralidade e a falibilidade de todas as cosmovisões que queiram um assentimento sobre as demais orientações valorativas. No âmbito da modernidade política houve uma ruptura com a perspectiva teleológica natural da política aristotélica ao fundamentar o status político como antecedente a instituição do Estado civil. A sociedade política na modernidade seria resultado de uma artificialidade da ação dos contratantes de um pacto social.

*Mutatis mutandis* o avanço das relações sociais modernas produziu uma dúplici concepção da ação social dos indivíduos. Por um lado, os indivíduos são membros da sociedade como cidadãos e, por outro lado, eles são fragmentos de um objeto organizado - Estado - que regula as suas partes. Essa configuração fragmentária de “[...] uma sociedade centrada no Estado e de uma sociedade composta de indivíduos<sup>19</sup>” não pode ser utilizada sem qualquer problema, pois a figura de uma sociedade que administra o Estado e de um Estado que impõe as regras de conduta acabou por configurar o Estado em outro subsistema social que realiza as suas atividades funcionalmente. Quer dizer que a sociedade moderna se constituiu na substituição do conceito de eticidade aristotélico pelo conceito de razão prática, assim como a modificação da concepção política teleológica pela concepção política racional que observa a constituição do Estado como um ato de criação pelos indivíduos. A concepção moderna atribuiu ao sujeito uma capacidade de racionalidade prática que conduziu a uma individualização da forma de vida e seu desarraigamento da vida política e social como era pensada na Antiguidade.

A complexidade das sociedades modernas conduziu a análise de que o uso da figura de pensamento de uma sociedade centrada no Estado e a de uma sociedade composta de indivíduos ocasiona alguns problemas teóricos em sua aplicação. Por exemplo, a crítica marxista às

---

<sup>19</sup> HABERMAS, 1998b, p. 15.



estruturas sociais acarretou a resignação de fundamentar um Estado de direito com base em princípios normativos. Por outro lado, a teoria sociológica dos sistemas de Niklas Luhmann, diante da derrocada da razão prática ou de seu conteúdo normativo, não titubeou em dispor o Estado como um subsistema social de um todo organizado funcionalisticamente. De fato, com a modificação das relações sociais a idéia de razão prática é substituída pelo funcionalismo ou por uma razão funcionalista fundada no o conceito de *autopoiesis* de Niklas Luhmann. De tal forma que os diversos sistemas sociais são dirigidos auto-referencialmente e reproduzindo a sua racionalidade nas relações sociais<sup>20</sup>. Segundo Habermas, essa forma de concepção do sujeito e do Estado resulta de uma compreensão desenvolvida por Thomas Hobbes ao fundamentar o Estado civil influenciado pela perspectiva naturalística e mecanicista que ciência newtoniana desenvolvera no século XVI. Para Habermas, a teoria política hobbesiana estava calcada sob a perspectiva mecanicista de Newton, segundo ele, Hobbes quis compreender o Estado civil sob o prisma da mecânica newtoniana e pelas normas da razão natural dos sujeitos que estava em ascensão no início do jusnaturalismo racional nos primórdios da modernidade filosófica. Segundo Habermas, a teoria sistêmica de Luhmann seguiu a idéia da teoria política hobbesiana de auto-afirmação naturalista dos indivíduos e postulou a eliminação da razão prática pela racionalidade funcionalista dos sistemas que são autopoieticos e possuem uma lógica própria de ação nas sociedades modernas.

O diagnóstico de Habermas é que existe um ceticismo em relação à estruturação normativa do Estado democrático de direito e que o projeto político da modernidade estaria em colapso devido o significado sistêmico da economia que age sobre o poder administrativo e que aniquila a possibilidade de solidariedade social nas instituições políticas. Por outro lado, o jusnaturalismo racional da filosofia moderna perdeu o seu caráter normativo porque a destituição da capacidade de razão prática nos sujeitos destitui a possibilidade de fundamentação normativa de regras que possam ser seguidas de forma legítima e obrigatória.

Diante dessa aporia que o projeto de modernidade colocou a razão prática, a saber, o enfraquecimento do uso da razão prática pelo funcionalismo, segundo o qual os indivíduos apenas agiriam cumprindo as suas funções sociais e não como indivíduos que podem agir de

---

<sup>20</sup>Cf, Ibid., p. 16.

maneira autônoma e se compreenderem normativamente, Habermas propõe a transformação do conceito de razão prática pelo conceito de razão comunicativa e o resgate do vínculo existente entre a razão prática e a práxis social dos indivíduos. Nos primórdios da modernidade, para os filósofos do jusnaturalismo racional a práxis social estava circunscrita aos fundamentos normativos da razão prática, e esta tinha o telos de orientar os sujeitos em sua ação. Como expressão da razão prática, o direito natural deveria indicar normativamente aos seus destinatários a ordem política e social correta. A transposição da razão prática, como faculdade (facultas) do sujeito, para a razão comunicativa, como possuindo o meio da linguagem e a finalidade o entendimento, a discussão sobre a pretensão de validade das normas pode ser analisada sob diversos ângulos que transcende o elemento moral – que a racionalidade prática está circunscrita – e atinge os diversos sistemas sociais que a sociedade moderna possui em suas estruturas.

A *limine* a razão prática adquiriu, na modernidade, uma característica inerente que é a de estar circunscrita a um sujeito. Ora, se seguimos a fórmula kantiana de analisar as máximas de um sujeito podemos concluir que até mesmo um sujeito isolado poderá legislar as regras morais que possam ser universalizadas. Por outro lado, se pensarmos ao modo rousseauniano de legislar ter-se-ia a necessidade de admitir que somente um macro-sujeito reunido em assembléia poderá chegar a uma regra correta. A primeira diferença entre a razão prática, de um micro-sujeito ou de um macro-sujeito eticamente orientado, e a razão comunicativa é que esta não está circunscrita a qualquer imagem de sujeito, em outras palavras, a racionalidade comunicativa não se constitui em uma faculdade subjetiva, mas um ato lingüístico que possui o objetivo de entendimento sobre normas sociais. Logo, Habermas rompe com a característica fundamental da filosofia da consciência que é a de estar restrita a uma norma ou regra de um sujeito, seja na figura do micro-sujeito que legisla normas morais ou na figura do macro-sujeito que legisla as leis em uma assembléia reunida.

A razão comunicativa possui como elemento mediador a linguagem. A linguagem seria a mediadora entre as interações sociais na organização de normas que qualquer indivíduo poderia admitir como válidas desde que participasse da discussão. “Qualquer um que se serve da linguagem natural para entender-se acerca de algo no mundo, vê-se forçado a adotar um enfoque performativo e comprometer-se com

determinados pressupostos”<sup>21</sup>. Essa racionalidade comunicativa na forma de expressão lingüística dos atores sociais possui como *telos* o entendimento das pretensões de validade que os sujeitos elencam para a organização da vida social. Dessa forma, a linguagem possibilita o entendimento dos indivíduos sobre normas de ação e ao mesmo tempo, ela restringe as ações dos indivíduos para o cumprimento de normas que ele prescreveu para si. Não obstante, esse ato de prescrever normas de ação não é realizado individualmente, mas para a realização deste ato prescritivo é pressuposta uma comunidade lingüística de atores que queiram se entender intersubjetivamente e se orientarem por meio de normas de ação. Por isso, existe um elemento implícito nas pretensões de validade dos atores sociais que almejam o consenso sobre normas que é a vinculação de suas pretensões de validade com a sua forma de vida que são transmitidas pelo agir comunicativo.

Em outras palavras, o primeiro pressuposto a ser adotado como válido é que os participantes de uma discussão possuem a finalidade de alcançar o consenso sem qualquer coerção que não seja a do melhor argumento. Por outro lado, as regras admitidas como válidas se referem às formas de vidas [*Lebensform*] dos indivíduos e se reproduzem pelo agir comunicativo. A razão comunicativa não é uma capacidade subjetiva e não possui a pretensão de dizer aos atores o que devem fazer como realizava a razão prática na concepção moderna. “A razão comunicativa não é como a forma clássica de razão prática uma fonte de normas de ação”<sup>22</sup>. A normatividade da razão comunicativa advém das relações sociais que os atores estabelecem na discussão para realizar as sentenças com pretensões de validade sobre algum segmento de deliberação. Existe uma relação dialética entre as pretensões de validade dos atores sociais e a realidade factual dos atores, nessa tensão sobre as pretensões de validade o agir comunicativo está no lugar do mediador para aqueles que disputam sobre um tema que possam chegar a uma norma de ação que tenha validade. Dessa forma, a conexão entre a razão prática, substituída pela razão comunicativa, e a práxis social se realiza pela facticidade das pretensões de validade que os atores postulam como corretas e nas formas de vida que é o ambiente, no qual eles se estruturam lingüisticamente e analisam a validade de suas pretensões normativas para a sua correção. Os participantes dessa querela

---

<sup>21</sup> Ibid. p. 17.

<sup>22</sup> Ibid., p. 18.

lingüística necessitam erigir idealizações contra-factuais e observar que os destinatários dessas idealizações são imputáveis por serem pessoas autônomas e que agem com veracidade ao edificarem normas de ação. Essa seria a qualidade quase-transcendental ou transcendental fraca da racionalidade comunicativa em sua coerção das ações sociais. A essa qualidade transcendental fraca, Habermas afirma ser oriunda da validade deontológica da norma moral, ou, da validade axiológica dos costumes ou mesmo da eficácia das regras técnicas.

Nesse sentido, a racionalidade comunicativa possibilita a orientação dos fundamentos das pretensões de validade dos indivíduos, porém ela não fornece uma indicação de uma regra a ser seguida como realizara a racionalidade prática na filosofia moderna. Uma diferenciação necessária para a compreensão conceitual dos termos normatividade e racionalidade nas sociedades complexa é o entendimento de que esses termos não possuem uma coincidência como possuía nos primórdios da modernidade por meio do conceito de razão prática que objetivava a motivação e a condução da vontade. Ora, a razão comunicativa não é uma racionalidade que possua uma matéria sobre o que seja moral, mas é uma forma de como os atores podem chegar às pretensões que poderiam ser admitidas como corretas. A estrutura da razão comunicativa ou do agir comunicativo permite que se estabeleçam normas que possam ser fundamentadas como válidas, dessa forma, advém à normatividade das regras sociais pelo comprometimento com normas válidas. Quer dizer que a intersecção entre a racionalidade e a normatividade se realiza no ato de fundamentação das normas e não como um fato a priori do uso da racionalidade. Por isso, a razão comunicativa é *leitmotiv* (fio condutor) para a reconstrução dos diversos discursos formadores da opinião e da tomada de decisão que estão imbuídos no poder democrático e que são aplicados pelo direito.

A teoria da ação comunicativa de Habermas almeja resgatar conceitos que são próprios do modo clássico (ou antigo) de compreender a integração social na sua conexão com a racionalidade prática e reestruturá-los com os elementos que a modernidade consagrou como constitutivos dos sujeitos morais<sup>23</sup>. A teoria do agir comunicativo resguarda, em seu interior, a interpretação clássica de um nexos interno entre a razão e a sociedade e a idéia de uma vida autoconsciente que se orienta por pretensões de validade.

---

<sup>23</sup> Cf. HABERMAS, 1998b, p. 20 e 23.

A primeira etapa de reconstrução das relações sociais é compreender que os mecanismos de entendimento, mediante a linguagem, produzem uma força de integração social que não se relaciona com a violência do poder político ou com a imposição estatal exercida por meio de normas jurídicas. Na ação social, os indivíduos se observam diante de um dilema na prática de uma ação moral, pois se analisarmos como requisito para a ação moral a necessidade de motivação moral e de uma ação em conformidade com princípios morais é verificada a problemática do agir moral. Nesse sentido, podemos resolver esse dilema moral se compreendermos a eficácia motivadora da racionalidade prática, agora em moldes comunicativos, que propicia a transposição do abismo entre o arbítrio motivado moralmente e a ação moral. Um argumento bem fundamentado possui uma força coercitiva que permite que os atores se entendam e que ajam convictos das normas estabelecidas por meio do agir comunicativo. Nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas, as esferas sociais da política e do direito se constituíram em sistemas sociais que não possuem uma relação direta entre si e que se orientam por sua própria racionalidade. Essas esferas sistêmicas - a política e o direito - estão inseridas em uma tensão entre a facticidade [*Faktizität*] e a validade [*Geltung*] de suas normas, bem como no conflito entre os seus princípios normativos e a sua realidade social. Por outro lado, existe a necessidade de reestruturar a teoria do direito sob o prisma da Teoria do discurso para o resgate da normatividade das esferas da política e do direito, e a sua re-elaboração em uma perspectiva normativa que não se restrinja a uma mera funcionalidade sistêmica. Por isso, Habermas compreende a Teoria do direito como sendo a teoria que se relaciona com a discussão sobre as questões de Estado de direito [*Rechtsstaat*] e com a categoria social do Direito [*Recht*], dessa forma, a Teoria do discurso de Habermas realiza uma reconstrução normativa das esferas do direito e da política, assim como apresenta essas categorias sociais sob a tensão interna e externa no Estado democrático de direito<sup>24</sup>.

A reconstrução da categoria do direito pela Teoria do discurso se inicia pela constatação de que existe uma tensão entre a facticidade [*Faktizität*] e a validade [*Geltung*], por exemplo, os atores sociais na tomada de decisão podem agir segundo os princípios da razão prática e da coerção social estabelecida pelo direito; por outro lado, os atores

---

<sup>24</sup> Cf. *Ibid.*, p. 21.

sociais podem agir pelo temor da sanção que poderia ser aplicada à sua conduta, caso transgridam uma norma jurídica. Na primeira possibilidade, os atores sociais agiriam conforme a concepção clássica de ação, segundo a qual existiria um nexo interno entre a razão prática e as normas sociais. A segunda possibilidade, que representa a forma moderna de ação, é possibilitada pelo direito moderno. O direito moderno se caracterizou pela posituação de normas e engendrou uma comunidade política de atores sociais que estabeleceram essa comunidade política somente pelas garantias dos interesses individuais. Na forma moderna de ação social, os indivíduos possuem a possibilidade de agir somente pelos seus interesses e em conformidade com a norma jurídica, sem uma preocupação com a classificação moral de sua ação.

Pois essas normas jurídicas possibilitam comunidades altamente artificiais, que se entendem a si mesmas como associações de membros livres e iguais, cuja coesão resulta na ameaça de sanções externas e simultaneamente na suposição de um acordo racionalmente motivado<sup>25</sup>.

Diante disso, a Teoria do discurso estabelece a necessidade de reconstrução dos elementos fundamentais da racionalidade prática, seja na forma clássica ou moderna de sua compreensão, pela forma da racionalidade comunicativa. As questões de filosofia prática que são próprias da filosofia da consciência, que guiaram a filosofia desde Aristóteles até Hegel, continuam sendo elementos a serem analisados na filosofia da intersubjetividade cunhada pela Teoria do discurso. Essas questões de filosofia prática - conforme a epígrafe deste capítulo - foi extraída pelos filósofos políticos a partir do cotidiano, e também foram re-elaboradas pelas teorias filosóficas. Não obstante, a manutenção dessas questões de filosofia prática pelos pressupostos teóricos do pensamento pós-metafísico manifesta que a racionalidade comunicativa possui um elemento idealista que é próprio da racionalidade metafísica, todavia, é investigado sob o viés falibilista da contraposição com a realidade social e a teoria filosófica. Agora, pretende-se investigar a categoria do direito sob a tensão entre a facticidade e a validade nas sociedades pluralistas e complexas do nosso tempo.

A categoria direito na modernidade foi caracterizada por um

---

<sup>25</sup> Ibid., p. 23.

binômio, a saber, as defesas de um espaço que garantiria as determinações da liberdade subjetiva de ação e a possibilidade que os atores possuem de se compreenderem autonomamente pelo processo de autolegislação. Segundo essa compreensão se constrói um sistema de normas impositivas, no qual os destinatários dos direitos são obrigados a agir em conformidade com direito. Segundo Habermas,

[...] O direito moderno revela aos seus destinatários uma dupla face: eles podem tomar normas do direito como simples ordens que limitam facticamente o campo de ação de um sujeito, às quais ele tenta fugir estrategicamente, calculando as conseqüências que podem resultar de uma infração da regra; ou assumir um enfoque performativo, considerando essas mesmas normas como mandamentos válidos aos quais se obedece “por respeito à lei”<sup>26</sup>.

Se investigássemos a gênese teórica do direito moderno observaremos que ela está fundada na forma do direito comercial ou mercantil. Em outras palavras, os princípios do direito moderno se estabeleceram em semelhança à forma de contratos comerciais que estruturaria o direito entre os indivíduos. A característica principal do direito moderno é a garantia dos direitos indivíduos, nesse caso na proteção dos interesses individuais é que erigida uma positivação normativa na modernidade. Segundo Habermas, deveríamos colocar na conta de Thomas Hobbes essa prerrogativa de direito subjetivo como uma característica do direito moderno. Nessa perspectiva, as normas do direito privado (neste caso, o direito comercial) seriam os fundamentos do direito moderno. Essas normas jurídicas estariam fundadas na liberdade de contratos e de propriedade. Em analogia ao direito comercial, o direito moderno (direito civil) possuiria o intuito de proteção dos indivíduos na forma de contrato. Em outros teóricos modernos também encontraríamos, segundo Habermas, o estabelecimento do Direito mediante a concessão de direitos subjetivos em sua estrutura inicial e depois a positivação de direitos políticos. Segundo Habermas, a filosofia jurídica de Kant seria um modelo dessa forma de argumentação da positivação das normas e de estruturação do sistema de direitos. Em sua *Rechtslehre* [*Doutrina do direito*], Kant ao formular os princípios de sua teoria do direito inicia pela concessão de

---

<sup>26</sup> HABERMAS, 1998b, p. 661-662.

direito naturais subjetivos.

Na filosofia jurídica kantiana, o sistema dos direitos é estabelecido mediante o pacto social que os indivíduos compactuam entre si para o estabelecimento do estado positivo. O princípio dos direitos naturais subjetivos seria que o sujeito de direito, em um estado natural (ou Estado pré-cívico), poderia utilizar a capacidade de coerção ou a força contra as possíveis transgressões à sua liberdade subjetiva de ação. Quer dizer que no estado natural os indivíduos resolveriam os seus problemas pela autotutela, em que força do indivíduo preponderaria sobre a capacidade dos outros. Contudo, por meio do contrato originário, os sujeitos de direito transmitem o seu poder [*Gewalt*] de uso da força ao Estado. O Estado possuiria a capacidade legítima de coerção, as pessoas jurídicas só poderiam pedir ao Estado que inicie o uso da força por meio de uma ação judicial. Nessa passagem entre o Estado de natureza e o Estado civil, os indivíduos se protegem das ações interventoras do Estado por meio dos direitos subjetivos que eles estabeleceram para a garantia da liberdade e da propriedade.

Os direitos subjetivos, resguardados pelo direito institucionalizado, iniciam a discussão de Habermas sobre o conceito de legalidade [*Legalität*] na teoria do direito de Kant. O conceito kantiano de legalidade no direito expressa a complexidade que existe no direito entre as diversas formas possíveis de ação social, bem como suscita a discussão da tensão entre a facticidade e a validade na categoria do direito. A validade jurídica necessita de um entrelaçamento entre a facticidade e a validade, em que as convicções dos atores sociais se identificam com as imposições das instituições jurídicas. Por outro lado, no Estado (ou nas instituições jurídicas) a facticidade e a validade se estruturam entre a força de legitimação do ordenamento jurídico, que é o procedimento de produção do direito, e a pretensão de racionalidade por garantir a liberdade dos atores sociais.

Na perspectiva de Habermas, a teoria do direito em Kant está inserida nesta tensão entre facticidade e validade ou na tensão entre a positividade e a legitimidade do direito por meio da conjunção entre a coerção externa exercida pelo ordenamento jurídico e a liberdade dos sujeitos de direito que observam as leis por motivos morais.

O direito está ligado por si com a faculdade de exercer coerção, mas esta coerção só se justifica como “um impedimento que se coloca a um



empecilho à liberdade”, ou seja, só se justifica desde o propósito de opor-se e resistir às intromissões na liberdade de cada um<sup>27</sup>.

A conexão entre o uso da força e a liberdade subjetiva se apresenta na questão da validade do direito. Uma vez que as regras jurídicas possuem o objetivo de estabelecer os mecanismos de coerção dos arbítrios dos sujeitos que queiram transgredir a liberdade subjetiva de ação de outro indivíduo. Se por um lado, o conceito de legalidade age em favor das liberdades subjetivas, visto que os sujeitos de direito possam agir sem possuir motivações morais para ação. Na verdade, essa possibilidade de agir estrategicamente possui como único requisito a ação em conformidade com a legislação jurídica. Essa conformidade a leis significa entender que as pessoas de direito observam por meio de um cálculo racional as condições de ação e quais seriam as sanções penais que estariam submissas caso transgredissem o ordenamento jurídico. Por outro lado, a legislação jurídica permite a conexão com uma motivação moral pelos destinatários do direito. Essa conexão entre a legislação jurídica e a motivação moral dos sujeitos de direito pode gerar uma integração social que na sociedade moderna foi dissolvida pela positivação do direito. Quer dizer que pessoas de direito que observam que as normas jurídicas são merecedoras de reconhecimento e que estão moralmente motivados a segui-las por “respeito à lei” podem resgatar o amálgama entre a razão e a práxis social.

O direito moderno em sua estrutura normativa possui o intento de garantir a liberdade dos indivíduos. Nessa pretensão de garantir a liberdade existe internamente ao processo de positivação de normas a inserção da questão da legitimidade do sistema jurídico. Pois se tem a expectativa de que as normas jurídicas possam ser cumpridas em reconhecimento de sua validade. A isto se caracterizaria a ambivalência normativa nas normas jurídicas.

Naturalmente falta-lhe a natureza intersubjetiva de uma formação de vontade coletiva, a qual não pode ser representada como uma formação da vontade individual em formato ampliado. Temos de abrir mão das premissas da filosofia do sujeito (*subjektphilosophisch*) do direito racional. Com o problema da compreensão entre as partes cujas vontades e interesses se chocam, as operações da

---

<sup>27</sup> HABERMAS, 1998b, p. 46.

razão prática executadas in mente deslocam-se para o plano dos procedimentos e dos pressupostos comunicativos dos discursos e discussões que são levados realmente a termo<sup>28</sup>.

Nesse ínterim de discussão sobre o direito moderno, se estabelece o paradoxo na legislação jurídica, pois se de um lado é possível que os destinatários do direito ajam conforme as normas, por outro lado, é possível que os sujeitos de direito – motivados moralmente - queiram seguir a norma jurídica e ajam por “respeito à lei”. Em outras palavras, o conceito de legalidade na *Rechtslehre* de Kant concebe que as normas jurídicas sejam, simultaneamente, leis de coerção e de liberdade. Sendo assim, a partir do conceito de legalidade na filosofia jurídica kantiana é que Habermas irá construir a sua teoria do direito fundada na tensão entre facticidade e validade. Nesse sentido, a discussão do paradoxo da legitimidade pela legalidade se torna central para a compreensão do sistema dos direitos civis segundo a ótica da Teoria do discurso. Não obstante, será apresentada inicialmente a discussão da validade das normas jurídicas a partir da Teoria da ação porque essa teoria permite o entendimento das diversas formas de validade no direito e a verificação da maneira como os agentes sociais observam a norma jurídica e respondem a determinação normativa e factual da legislação jurídica. A partir desse constructo conceitual da Teoria da ação investigaremos o paradoxo da legitimidade pela legalidade com ênfase no conceito de legalidade da teoria jurídica de Kant.

### **1.1 O duplo aspecto da validade das normas jurídicas: o paradoxo da legitimidade pela legalidade**

A teoria da ação observa que os elementos coercitivos e garantidores de liberdade no direito moderno se constituem como componente de validação do direito. Quer dizer que os destinatários do direito realizam uma escolha na forma como desejam cumprir as regras jurídicas. Como vimos às normas jurídicas pode ser cumprida pela sua força coercitiva e também como a expressão da liberdade de arbítrio para aqueles que observam a validade na norma jurídica. Em sua empiricidade a validade das normas jurídicas positivadas é alcançada por meio de procedimentos jurídicos que mantêm a força do direito.

---

<sup>28</sup> HABERMAS, 1989, p. 19.

Ora, se seguirmos essa perspectiva: as normas jurídicas são avaliadas pela eficácia social ou validade fática [*Geltung*] que elas podem alcançar no comportamento dos sujeitos de direito. Nesse sentido, dir-se-ia que determinada norma jurídica possui uma legitimidade [*Gültigkeit*] se a sua eficiência social é concretizada, permanecendo a norma na estrutura do ordenamento jurídico. O critério de análise das normas jurídicas segundo a validade fática [*Geltung*] é pelo grau de imposição que uma determinada norma alcança entre os membros da comunidade jurídica. Em outra dimensão podemos avaliar a validade fática pela sua aceitação na comunidade jurídica. A validade fática [*Geltung*] das normas jurídicas se fundamenta em uma facticidade artificial das normas que são caracterizadas pela força e coerção que estatuem para uma obediência fática entre os sujeitos de direito. Em um ordenamento jurídico no qual a validade fática é maior que a aceitação legítima de seus membros, ele se constitui em um ordenamento jurídico imperioso que governa pela força e coerção do sistema do direito.

A legitimidade [*Gültigkeit*] das normas jurídicas é possível de observá-la pelo contexto discursivo de pretensão de validade das normas jurídicas. Em outras palavras, é o fato das normas jurídicas surgirem de um processo comunicativo de instituição do sistema jurídico. Essa legitimidade independeria da validade fática ou de sua capacidade impositiva sobre os membros da comunidade jurídica. Em sua validade a norma jurídica é possível se observarmos que a maioria dos destinatários do direito obedece ao sistema jurídico e também pela criação de instituições processuais de legitimação da norma jurídica que possibilite o cumprimento da norma por respeito à lei.

Se adentrarmos no questionamento da tensão entre facticidade e validade no direito, observaremos que aos membros da comunidade jurídica é permitido que ajam sob dois enfoques em relação a uma mesma norma jurídica, que seria a perspectiva do objetivador e a do performativo. A perspectiva do objetivador almeja seguir uma norma jurídica somente para não receber a sanção que lhe possa ser aplicada se transgredir a norma. Nesta perspectiva, o ator age conforme a lei e segundo os princípios de seu auto-interesse e o sucesso de suas ações. As normas jurídicas se constituem em um empecilho à realização da sua felicidade. Por outro lado, a perspectiva performativa compreende a relevância da norma jurídica e age segundo uma motivação moral. Nesta perspectiva o agente almeja compreender as condições para a efetivação da norma e as pretensões de validade para a legitimação do ordenamento jurídico. Nesse sentido, o agente social poderia adotar duas posturas em relação a um mesmo âmbito de valor: uma atitude objetivante ou uma

atitude expressiva (performativa). Em outras palavras, uma atitude de conformidade com as normas sociais ou uma atitude expressiva e de conformidade com as normas, porém com uma motivação para a ação correta. Essas duas possibilidades manifestam o conflito permanente entre os diversos estilos de vida e as orientações axiológicas que os indivíduos possuem em uma sociedade pluralista.

Ao variar a perspectiva escolhida, a norma jurídica forma outro tipo de componente da situação: para o que age estrategicamente, ela se encontra no nível de fatos sociais que limitam externamente o seu espaço de opções; para o que age comunicativamente, porém, ela se situa no nível de expectativas obrigatórias de comportamento, em relação às quais se supõe um acordo racionalmente motivado entre parceiros jurídicos<sup>29</sup>.

Dessa forma, podemos inferir que as normas jurídicas dos direitos privados subjetivos toleram uma ação estratégica entre os seus destinatários, porém, permite que, a qualquer momento, os destinatários do direito possam agir moralmente motivados para a persecução da norma jurídica. Por outro lado, exige-se que o ordenamento jurídico positivado seja um ordenamento que possua uma legitimidade em sua estrutura legislativa. Para Habermas, o ordenamento jurídico não deve se constituir somente em normas jurídicas positivadas que funcionem como garantia do reconhecimento dos direitos privados por todos os membros da comunidade jurídica. Ora, a legitimação das normas jurídicas advém do processo legislativo, pois é no processo legislativo que se realiza a integração social entre os membros da comunidade jurídica. Não obstante, o processo legislativo constitui, ou melhor, deveria constituir o *medium* da sociedade política, no qual as pessoas jurídicas não se limitassem a ser meras pessoas de direito privado e realizassem também o papel de cidadãos. O processo legislativo proporciona que os sujeitos de direito não ajam somente pelo viés estratégico orientado pelo sucesso de suas ações e sim, que almejem se entender comunicativamente segundo regras que possuam um reconhecimento normativo válido.

A ordem jurídica não pode se limitar em uma reciprocidade de reconhecimento de direito, mas ela deve se constituir no lugar da

---

<sup>29</sup> Ibid., p. 49.

integração social. Pois a legislação moral conseguiria preencher a condição de reconhecimento recíproco dos direitos, todavia em uma sociedade complexa o *medium* direito, que prescinde de uma fundamentação moral de suas normas, pode se estabelecer como um veículo de interação social entre os membros associados. Dessa forma, a participação em um processo legislativo é a chance dos indivíduos abandonarem a perspectiva de portadores de direitos privados e assumirem a perspectiva de cidadãos que são membros de uma comunidade jurídica. Essa participação legislativa se estabeleceria na forma de instituição de normas jurídicas segundo os princípios normativos de regulamentação de uma ordem social.

Essa união característica entre coerção fática e validade da legitimidade, que tentamos esclarecer através do direito subjetivo à assunção estratégica de interesses próprios, exigem um processo de legislação, no qual os cidadãos devem poder participar na condição de sujeitos de direito que agem orientados não apenas pelo sucesso. Na medida em que os direitos de comunicação e participação política são constitutivos para um processo de legitimação, esses direitos subjetivos não podem ser tidos como os sujeitos jurídicos privados e isolados: eles têm que ser apreendidos no enfoque de participantes orientados pelo entendimento, que se encontram numa prática intersubjetiva de entendimento<sup>30</sup>.

Se o cerne do direito moderno está na garantia de direitos subjetivos, então, ele carrega internamente a tensão entre facticidade e validade em suas estruturas de positivação de normas. Pois, a legitimidade dos direitos subjetivos positivados deve advir da participação política dos cidadãos e não somente pela garantia de uma esfera de ação segundo a liberdade negativa. Segundo Habermas, o direito moderno para se legitimar necessita do pensamento democrático [*demokratische Gedanke*], que foi desenvolvido nas teorias políticas de Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant. Nas teorias políticas de Rousseau e Kant, o sistema jurídico é legitimado pela participação popular, seja pelo conceito de “Vontade Geral” de Rousseau ou a de “Vontade unida do povo” de Kant. Essa forma de legitimação do direito

---

<sup>30</sup> HABERMAS, loc.cit.

possibilita o resgate do elemento de integração social que o direito moderno, em sua característica de direito subjetivo, deixou que se esquivasse em sua estrutura de legitimação do sistema dos direitos.

A autonomia política se constitui em um elemento constitutivo do processo de legislação. Essa fonte normativa se constitui no único elemento possível para a legitimação das normas jurídicas em uma sociedade pós-metafísica. Ela se caracteriza por ser a pedra de toque nas normas jurídicas positivadas, pois a coercitividade da legislação jurídica deve se submeter ao crivo da legitimidade. Isto quer dizer que as leis jurídicas devem se constituir em leis da liberdade no processo legislativo e não somente em leis que coagem os arbítrios dos indivíduos. A positividade da ordem jurídica necessita da autonomia política dos cidadãos para extrair a legitimidade para as normas jurídicas. Esse processo de construção da norma jurídica por meio do exercício da autonomia política ou o caráter cívico de autolegislação é o elemento que fornece legitimidade e vitalidade as leis jurídicas. Visto que é por meio da participação dos cidadãos que o ordenamento jurídico extrai a validade de suas normas e não meramente pelo caráter impositivo de suas leis.

Habermas nomeia o conceito kantiano de Vontade unida e coincidente de todos como o princípio da democracia. O princípio da democracia, na perspectiva de Habermas, possui a função de suprir a necessidade de um sistema de direitos fundado no egoísmo racional de seus membros. O que solucionaria o problema da tensão entre facticidade e validade no direito moderno, pois a mera positivação das normas jurídicas de direitos subjetivos não alcança a legitimidade pretendida por seus membros. Dessa forma, o sistema jurídico é obrigado a positivizar direitos que transcendem a visão subjetiva do direito negativo, essa nova forma de configurar os direitos é estabelecida pela positivação de direitos políticos. No uso de seu direito político, os cidadãos não almejam apenas a instituição de suas liberdades subjetivas de ação e sim a instituição de sua autonomia política. Nesse sentido, o direito moderno extrairia a sua legitimidade da força integrativa que os cidadãos produzem no uso de sua razão direcionada ao entendimento.

Na questão sobre a interligação entre a liberdade subjetiva de ação e a autonomia política no processo de legislação entre os cidadãos é manifestada a aparente concorrência entre os direitos humanos e a soberania popular. Segundo Habermas, a teoria do direito de Immanuel Kant almejou resolver essa tensão no processo de legitimação do sistema de direitos pela interligação entre o princípio da vontade unida do povo (princípio democrático) e o princípio do direito, todavia

realizou a subordinação desses princípios – do direito e da democracia - ao princípio moral.

Para Habermas, Kant não respondeu de forma unívoca à questão da legitimação do direito, que possuía como objetivo estabelecer um sistema de egoísmo bem ordenado, pois a teoria do direito de Kant objetivou estabelecer na idéia de autolegislação e de autonomia moral dos sujeitos uma relação entre o princípio moral e o princípio democrático intermediados pelo princípio do direito. Ora, o conceito de legalidade em Kant expressa também uma relação de tensão interna entre a facticidade e validade das normas, uma vez que o direito possui a função de coerção sobre os arbítrios dos indivíduos e também a competência de se constituir em leis da liberdade para os destinatários do direito. Donde a necessidade de analisar o conceito de legalidade em Kant, porque este conceito se constitui como um guia para o conhecimento das características formais do direito. Nas palavras de Habermas,

Kant, com o conceito de legalidade, já destacava a ligação entre esses dois momentos, sem os quais não se pode exigir qualquer obediência legal: normas jurídicas têm de ser tais que possam ser consideradas, a um só tempo, e, sob cada um dos diferentes aspectos, como leis coercitivas e como leis da liberdade<sup>31</sup>.

Habermas estrutura a sua teoria do direito em consonância com a definição kantiana de legalidade, que está na combinação entre o fato de imposição de leis e a validade desse sistema jurídico. Na tensão entre facticidade e validade, é observado que o sistema jurídico foi caracterizado pela sua jurisprudência e não por se constituir como sendo inserido em um processo democrático. O processo democrático se configura pelo exercício político da soberania popular na confecção de normas jurídicas. A análise de Habermas sobre as condições da gênese e legitimação do direito se intensificou na política legislativa, isso quer dizer que a Teoria do discurso pretende resgatar o caráter legislativo de constituição dos direito civis. O direito inserido na tensão entre facticidade e validade possuiria dois elementos constitutivos para a confecção de normas: a jurisprudência e o processo democrático. A jurisprudência se caracteriza pelo legalismo ou a positivação de normas jurídicas em acordo com o sistema dos direitos, por outro lado, o

---

<sup>31</sup> Ibid., p. 295.

processo democrático se caracteriza pela validade e instituição de normas segundo o princípio da soberania popular. A validade no direito necessita de um consenso e de discursos racionais que fundamente as normas. Habermas concebe que na idéia de legalidade da teoria do direito de Kant é observado o cumprimento da lei como um elemento coercitivo e como um elemento válido. Segundo Chevigny, em sua análise da dupla perspectiva do direito, afirma que "é possível em um estado moderno democrático somente os cidadãos terem o poder para participar completamente na confecção dos direitos, que obrigam eles, e que o estado propriamente é limitado pelo direito"<sup>32</sup>.

Na historiografia jurídica, as regras do direito privado se constituíram como modelo para a instituição do direito. Em sua *Doutrina do Direito*, Kant estabeleceu que os direitos naturais subjetivos tivessem uma precedência em relação aos direitos positivos. O estabelecimento do estado civil permitiu que existisse um monopólio legal da força, segundo o qual o aparelho estatal utilizaria na forma de autorização judicial. O conceito de Legalidade em Kant expressa o modo complexo de validade do direito. A facticidade impositiva do direito se relaciona com a validade das normas jurídicas. Em Kant a relação entre a facticidade e a validade se apresenta no conceito de legalidade, nesse princípio jurídico os destinatários do direito podem seguir uma norma por ela ser a expressão de sua liberdade ou porque ela coage a sua ação. O uso coercitivo do direito é imposto às ações que transgridam ao princípio de proteção da igual liberdade de ação. As normas jurídicas apresentam os caracteres no qual o exercício da força legal é necessário para a adequação das ações individuais à norma jurídica.

Esse paradoxo das normas jurídicas na Doutrina do direito de Kant está na análise do fato de que os indivíduos cumpram as leis por razões morais ou, que eles tenham um comportamento em conformidade com as leis, por uma motivação que não seja moral (como seria a de agir por dever). Essa possibilidade de realização de uma ação em conformidade com direito é verificada como sendo derivada de um cálculo racional de indivíduos que agem estrategicamente e apenas analisam o ônus da sanção. Em síntese, uma ação que esteja em conformidade com a lei, mas não possui sua motivação por cumprir o dever é expressa pelo conceito de legalidade. Segundo Kant,

---

<sup>32</sup> CHEVIGNY, 2000, p. 310.



A mera concordância ou discrepância de uma ação com a lei, sem ter em conta os móveis da mesma, se chama legalidade (conformidade com a lei), mas aquela em que a idéia de dever segundo a lei é o móbil da ação se chama moralidade (eticidade) da mesma<sup>33</sup>.

Dessa forma, o ordenamento jurídico atua como uma limitação fáctica da esfera de ação dos indivíduos segundo seu arbítrio. Por outro lado, o direito pode ser um mecanismo de integração social ou de associação dos arbítrios de cada indivíduo segundo uma motivação moral pela garantia das leis da liberdade, ou mesmo, pelo reconhecimento da validade do ordenamento jurídico. Este é o paradoxo ou a tensão que o direito possui no ato de produção e aplicação das normas, e no seu questionamento pela legitimidade das normas. Porque Kant com a formulação do Princípio universal do direito na Metafísica dos Costumes, em seu processo de dedução das leis jurídicas válidas universalmente, procede do princípio moral ao princípio do direito, fazendo preceder as liberdades subjetivas em relação à vontade política.

Na modernidade, as liberdades subjetivas foram fundamentadas moralmente, e não obstante, o processo de formação da vontade foi relegado a um sujeito particular que formula normas jurídicas com base na autonomia moral, esse caminho gradual de construção da doutrina do direito de Kant possibilitou a obtenção das leis jurídicas, e por meio da dedução foram apresentadas as três dimensões da doutrina do direito. Segundo Kant,

O conceito de direito, enquanto se refere a uma obrigação que lhe corresponde (isto é, o conceito moral do mesmo), afeta, em primeiro lugar, só a relação externa e certamente prática de uma pessoa com a outra, enquanto que suas ações, como fatos, podem conciliar-se entre si (imediate ou mediatamente). Mas, em segundo lugar, não significa a relação do arbítrio com o desejo do outro (portanto, com a mera necessidade (*Bedürfnis*)), como nas ações benéficas ou cruéis, somente com o arbítrio do outro. Em terceiro lugar, nesta relação recíproca do arbítrio não se atende em absoluto a matéria do arbítrio, isto é, ao fim que cada qual se propõe com o objetivo que

---

<sup>33</sup> KANT, 1994, p. 24.

quer; por exemplo, não se pergunta se alguém pode beneficiar-se também ou não com a mercadoria que compra para seu próprio negócio; mas somente se pergunta pela forma em relação do arbítrio de ambas partes, na medida em que considera unicamente como livre, e com ele, a ação de cada um pode conciliar-se com a liberdade do outro segundo uma lei universal. Portanto, o direito é o conjunto de condições sob os quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio de outro segundo uma lei universal da liberdade<sup>34</sup>.

Na interpretação de Habermas, a primeira dimensão do direito: refere-se à relação externa da pessoa jurídica com os demais membros da comunidade jurídica, no qual, sendo realizada uma abstração da complexidade e dos conflitos que existem na sociedade contemporânea entre os diversos projetos de vida e visões de mundo; a segunda dimensão: refere-se apenas ao arbítrio dos indivíduos e não à vontade livre dos destinatários, visto que, a teoria do direito kantiano abstrai da capacidade dos destinatários das normas jurídicas de conectar pela própria iniciativa a vontade livre com o arbítrio; e por fim, a terceira dimensão: implica na faculdade de exercer a coerção contra os abusos ao arbítrio dos outros associados e se contenta com as ações dos indivíduos em conformidade com as leis seja qual for à motivação.

Por outro lado, a construção kantiana da doutrina do direito manifesta a representação platônica de uma ordem jurídica como um espelho concretizado do mundo inteligível, no mundo dos fenômenos, da ordem inteligível de um reino dos fins. Seguindo a herança metafísica do direito natural racional, Kant realiza uma duplicação do direito ao manter a diferenciação entre o direito natural e o direito positivo, pois ao idealizar uma comunidade ideal de sujeitos capazes de agir e de responder moralmente, o princípio do direito e o princípio da vontade unida do povo (democrático) ficam subordinados às determinações do princípio moral.

Como vimos, Habermas caracteriza o direito moderno sob o parâmetro de direitos subjetivos. Nessa forma de compreender o direito moderno é verificado que os sujeitos de direito podem realizar suas ações em conformidade com a legislação jurídica sem que levem em

---

<sup>34</sup> Ibid., p. 38.

consideração os requisitos que uma ação moral exigiria. No caso da ética discursiva, seria a ação comunicativa dos agentes morais que almejam o entendimento por meio das pretensões de validade normativa que são elencadas por eles.

O direito moderno não extingue a possibilidade de integração social entre os membros da comunidade jurídica e que almejam agir orientado pelo entendimento. Essa positivação das normas jurídicas na evolução do processo legislativo está baseada na vontade do legislador que estatui uma estrutura de normas segundo a expressão de sua vontade. Neste sentido, a característica preponderante do positivismo jurídico está em seu voluntarismo da criação das leis. Todavia, não se pode deixar de lado que a legitimação do direito esteja na aceitação racional de seus membros e que se exige uma pretensão de validade que seja legitimada por seus membros. Para Habermas, existe uma ligação entre a aceitação fáctica das normas jurídicas e a sua aceitabilidade de legitimação por meio das pretensões de validade. A pretensão de validade só pode ocorrer pelo agir comunicativo e em uma ordem social estabelecida. Em outro momento e sob outro foco de reflexão – nas Notas programáticas para a fundamentação de uma Ética do discurso - Habermas apresenta a tensão que existe nas pretensões de validade normativas e sua relação com o mundo social que podem ser mediatizadas pela linguagem dos sujeitos morais:

[...] não basta à entrada em vigor positivista das normas parara assegurar duradouramente sua validez social. A imposição duradoura de uma norma depende também da possibilidade de mobilizar, num dado contexto da tradição, razões que sejam suficientes pelo menos para fazer parecer legítima a pretensão de validez no círculo das pessoas a que se endereça, Aplicado às sociedades modernas, isso significa: sem legitimidade, não há lealdade das massas!<sup>35</sup>

Nesse sentido, o direito tem uma tensão entre facticidade e validade ou entre a coerção de suas normas e a validação delas por meio da idéia de autolegislação exercida por seus membros. Na tradição filosófica moderna, a categoria “direito” foi compreendida como possuindo uma dupla característica: a positivação de normas e a coerção dos arbítrios dos indivíduos para assegurar a liberdade. “Desde que Kant

---

<sup>35</sup> HABERMAS, 1989, p. 83.

formulou a idéia de que tanto o Estado como o direito sobre o qual aquele se assenta há de legitimar sua legalidade pelo tribunal da razão prática, se inaugurou um novo cenário para esse variável jogo de poder e justiça, de facticidade e validade, que executa o direito estatal”<sup>36</sup>.

Dessa forma, a força de legitimação do direito adviria pelo processo de instituição de normas jurídicas ou mediante a prática jurídica da validação das leis e da facticidade da imposição pela via estatal. Por isso, o direito ao se impor sobre seus destinatários lhes pede apenas que sejam obedientes, pois estarão observando a lei que a si mesmo promulgaram e terão a garantia da liberdade. A legitimação do sistema jurídico é o objetivo da teoria do direito de Habermas. Essa legitimação é averiguada na tensão entre a facticidade e a validade na estrutura fundamental do direito. Segundo Maus, esse intuito justifica o restabelecimento da teoria social e a teoria do direito no centro de discussão do sistema jurídico<sup>37</sup>. Nessa interpretação a reconstrução do sistema jurídico pela Teoria do discurso representa primeiramente a relação que o sistema jurídico deve manter com o processo democrático. E o segundo elemento é a superação da hierarquia entre os direitos naturais e positivos mediante a dissolução na tensão entre facticidade e validade.

Habermas em sua reconstrução do ordenamento jurídico moderno afirma que a questão da validade do direito se constituiu na explicação de que o Estado de direito garante ao mesmo tempo a efetiva imposição jurídica e a instituição legítima do direito. Daí a legalidade do procedimento ser a observância e aplicação de normas, e a legitimidade do ordenamento jurídico consistir em cumprir normas por respeito à lei.

Esse paradoxo no sistema de direitos, de um lado, é a postulação de liberdades subjetivas de ação e, de outro lado, o estabelecimento de direitos políticos aos cidadãos está em colisão com a possibilidade de ação estratégica ou comunicativa pelos sujeitos de direito. Em outras palavras, o paradoxo no sistema jurídico que se caracteriza primeiramente pela positivação de liberdades subjetivas de ação e posteriormente pela legitimação pelo princípio da soberania popular. Segundo Habermas, esses direitos políticos poderiam ser interpretados, assim como as liberdades subjetivas, como direitos subjetivos porque permitem que os cidadãos se eximam das obrigações políticas e adotem

---

<sup>36</sup> VELASCO, 1994, p. 179.

<sup>37</sup> Cf. MAUS, 2002, p. 89.

um comportamento legal. Por outro lado, o processo legislativo permitiria que os destinatários do direito se entendessem sobre normas jurídicas que eles estabeleceriam para a convivência social.

## **1.2 DE HABERMAS PARA KANT: A MEDIAÇÃO ENTRE OS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA TEORIA DO DISCURSO PARA A COMPREENSÃO DA FILOSOFIA PRÁTICA DE KANT**

Na *Crítica da Razão pura* de Kant é instituído o tribunal da razão. Esse tribunal da razão possui o intento de julgar e averiguar as pretensões que a razão edifica para si mesma. Essas pretensões da razão transcendem os limites da mera razão e se postulam termos, conceitos ou entidades metafísicas que a própria razão não consegue comprovar pelo simples exercício racional de pensar conceitos sem se contradizer em suas afirmações. Em verdade, a tarefa da Primeira Crítica é demonstrar os limites da própria razão, bem como se constituir em uma investigação sobre aquilo que realmente a razão pura possui a capacidade de conhecimento. Por isso, se institui um tribunal da razão, segundo o qual ela mesma julga os seus pressupostos e se estabelece como sendo:

[...] um convite à razão para de novo empreender a mais difícil de suas tarefas, a do conhecimento de si mesma e da constituição de um tribunal que lhe assegure as pretensões legítimas e, em contrapartida, possa condenar-lhe todas as presunções infundadas; e tudo isso, não por decisão arbitrária, mas em nome de suas leis eternas e imutáveis. Esse tribunal outra coisa não é que a própria Crítica da razão pura<sup>38</sup>.

Por outro lado, se analisarmos pelo viés da filosofia prática, o tribunal da razão se constitui no método de expurgação de princípios empíricos que não permitem a constituição de uma filosofia prática fundada em pressupostos metafísicos. No uso prático da razão para a instituição de uma metafísica dos costumes que garanta a liberdade, o direito necessita de uma legitimação para a instituição de suas normas jurídicas. Em verdade, o direito desde a filosofia crítica kantiana vive

---

<sup>38</sup> KANT, 2001, p. 05.

um processo de tensão entre a facticidade e a sua validade ou entre a instituição da norma jurídica e a análise da justeza da norma jurídica pelo filósofo. A crítica da Razão pura se constitui em um tribunal para a destituição de toda controvérsia que possa concernir ao projeto de depuração dos elementos empíricos em uma filosofia prática que está fundamentada em princípios a priori.

Sem esta crítica a razão mantém-se, de certo modo, no estado de natureza e não pode fazer valer ou garantir as suas afirmações e pretensões a não ser pela guerra. A crítica, pelo contrário, que extrai todas as decisões das regras fundamentais da sua própria instituição, cuja autoridade ninguém pode pôr em dúvida, proporciona-nos a tranqüilidade de um estado legal em que não nos é permitido tratar o nosso diferido a não ser mediante um processo.

A razão filosófica em Kant assume uma forma jurídica que os termos para a resolução e a demarcação dos limites da razão pura são apresentados segundo os termos jurídicos. Por exemplo, a intervenção na razão diante de suas controvérsias é realizada por um tribunal que se institui como instância superior e emite uma sentença para a realização da paz eterna entre os conflitos da razão. Na *Primeira Crítica*, Kant instituiu o filósofo como o legislador da razão em seu conceito cosmopolítico de Filosofia. Esse filósofo como legislador da razão almeja promover os telos essenciais da racionalidade humana. A razão legisladora possui dois objetos de sua construção metafísica que são a natureza e a liberdade. Essas duas metafísicas possuem duas formas de legislação: a legislação natural e a legislação moral.

A legislação da razão humana (Filosofia) possui dois objetos, natureza e liberdade; contém, pois, tanto a lei natural quanto também a lei moral, inicialmente em dois sistemas separados, mas finalmente num único sistema filosófico. A filosofia da natureza refere-se a tudo que é; a filosofia dos costumes concerne unicamente ao que deve ser<sup>39</sup>.

A definição de filosofia em sentido cosmopolítico entende que a filosofia seja uma ciência dos fins últimos [*Letzer Zweck*] da razão humana. O filosofar ou o legislar em nome da razão tem o objetivo de

---

<sup>39</sup> Kant, *Crítica da Razão Pura*, (B 868), p. 408.

utilidade e se constitui em uma doutrina da sabedoria. Por conseguinte, a filosofia é a idéia de uma sabedoria perfeita que nos mostra os fins últimos da razão humana. Ora, a filosofia é compreendida como a ciência da relação de todo conhecimento humano e de todo uso da razão com o fim último da razão humana, como fim supremo, aos quais todos os outros fins estão subordinados e no qual eles têm de se reunir de modo a constituir uma unidade. Dessa forma, o fim último do ser humano é inteira destinação do gênero humana a moralidade. O filósofo não é um técnico da razão, mas um legislador da razão, assim sendo o filósofo no sentido cosmopolítico tem de poder determinar as fontes do saber humano, a extensão do uso possível e útil de todo saber e os limites da razão. Por outro lado, o filósofo na qualidade de legislador da razão, no exercício de sua filosofia, possui dois objetos: a natureza e a liberdade ou a lei natural e a lei moral que inicialmente eram dois sistemas separados, mas que na filosofia crítica estão reunidos num único sistema filosófico.

O método de filosofar da filosofia crítica se aproxima da esfera jurídica para depurá-la de seus pressupostos empíricos e para metafisicamente realizar a constituição de um sistema de direitos fundamentados em princípios a priori. Esse fato é possível ser observado na fundamentação dos princípios do Estado civil, dos princípios da Constituição civil e das características das pessoas civis (cidadãos). Segundo Cortina Orts (1989), a razão filosófica se institui como uma instância que estabelece o direito em um nível cognitivo. Da mesma forma que a razão filosófica procedeu com a razão especulativa na demarcação de seus limites e de sua potencialidade, então na relação da razão filosófica com a razão prática são determinados os elementos puros de uma metafísica dos costumes. No tribunal da razão, a razão prática pura é depurada pelo método da dedução transcendental para a apresentação dos princípios a priori para constituição da filosofia política em conformidade com a racionalidade prática.

Como sabemos, a dedução transcendental é um modo de justificar proposições das que não podemos assegurar mediante uma prova direta: precisamente a proposição que Hume colocou em dúvida e que não podem provar-se em teoremas. Trata-se com ela de estabelecer a *quaestio juris* sobre determinados fatos, cuja legitimidade pode revelar-se mediante o acordo dos juízes: trata-se

de transitar de uma questão de fato a uma questão de direito<sup>40</sup>.

Segundo Kant, os estudiosos do direito positivo (jurisconsulto) em suas explicações e análises sobre o direito e as usurpações do direito distinguem uma questão de direito (*quid juris*) e uma questão de fato (*quid facti*) e exigem provas de ambas. Para as questões de direito é realizada uma dedução para a demonstração do direito e de sua pretensão de legitimidade. As questões de fato estão relacionadas ao processo de indiciamento dos fatos para a busca de uma resolução sobre determinado caso de direito. Por exemplo, no direito penal são coletadas provas que indiciem os sujeitos de direito a ser responsabilizado pelo delito quer possa ter cometido. No direito, em sentido metafísico, é realizada uma dedução transcendental que se vale de princípios a priori da razão e da eliminação dos elementos empíricos na fundamentação do direito.

Dou o nome de dedução transcendental à explicação do modo pelo qual esses conceitos se podem referir a priori a estes objetos e distingo-a da dedução empírica, que mostra como se adquire um conceito mediante a experiência e a reflexão sobre esta, pelo que se não refere à legitimidade, mas só ao fato de onde resulta a sua posse<sup>41</sup>.

Todavia, com o advento da guinada lingüística-pragmática não é admissível a compreensão da atividade filosófica e da Filosofia segundo as premissas da filosofia da consciência e da imagem de um “Tribunal da razão”. A filosofia prática de Kant está alicerçada em um *solipsismo metodológico* de obtenção das normas morais. A razão prática necessita diluir o seu conteúdo normativo em um substrato lingüístico que permita que os participantes de discursos práticos postulem normas de ação que possam ser admitidas por todos os envolvidos. Habermas compreende essa limitação da Filosofia e da atividade filosófica e propõe uma fundamentação dialógica das normas morais e jurídicas. Por isso, em Habermas existiria a substituição da imagem da Filosofia como o “Tribunal da razão” por uma imagem da Filosofia como “guardadora de lugar” (*Platzhalten*) que no processo de discussão dos diversos saberes tem o cuidado de mediar os diversos discursos racionais que são elevados pelos participantes de uma discussão como a “guardiã de lugar

<sup>40</sup> CORTINA ORTS, 1989, p. XXV.

<sup>41</sup> KANT, *Crítica da Razão Pura*, B 118.



da racionalidade científica e intérprete mediadora do mundo da vida”<sup>42</sup>.

Em *Facticidade e Validade*, Habermas por meio dos princípios da filosofia de Kant caracteriza o direito em sua ambivalência de legitimidade. Não obstante, a figura do filósofo como legislador da razão e a filosofia como um tribunal da razão não pode se constituir em um meio adequado para reconduzir a esfera do direito para se concernir em um *medium* nas sociedades pós-convencionais. Esse esforço de constituir a filosofia como tribunal da razão da filosofia kantiana não é mais possível em uma sociedade complexa que diversificou e ampliou o seu foco de atuação. Habermas havia configurado o projeto da filosofia crítica de Kant como a fundamentação de uma racionalidade formal em detrimento da racionalidade metafísica das sociedades tradicionais.

Para a estruturação de sua teoria discursiva do direito, Habermas empreende o esforço de fundamentar que Kant em sua filosofia prática quis resolver uma dialética existente entre os princípios do direito político de participação popular em Assembléia e de liberdade comunicativa, assim como a defesa de direito individuais relativos à concepção de bem dos sujeitos de direito. Esse é o ponto essencial a reconstrução habermasiana da teoria do direito de Kant. Por outro lado, como apresentado no capítulo anterior o conceito de legalidade de Kant se constitui no ponto motriz da discussão da legitimidade do direito. Essa forma de compreender o direito sobre esse viés da possibilidade da legitimidade pela legalidade conduz ao entendimento de que o direito possui uma ambivalência em sua estrutura normativa.

Na próxima secção desse trabalho acadêmico será apresentada filosofia política de Kant por meio da estruturação de seus princípios metafísicos inicialmente instituídos em *Teoria e Prática* e completamente expostos na *Metafísica dos Costumes*. Na próxima secção serão os objetivos desse trabalho a compreensão do conceito de direito e a forma de sua fundamentação na filosofia do direito de Kant, assim como, no processo legislativo compreender a maneira como Kant legitima o seu ordenamento jurídico. Em verdade, queremos entender a dialética existente na filosofia do direito de Kant entre os princípios de defesa de uma liberdade subjetiva e de uma liberdade política.

---

<sup>42</sup> HABERMAS, 1989, p. 27.

## PARTE II: A TENSÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E SOBERANIA POPULAR NA FILOSOFIA POLÍTICA DE KANT

[...] Peço àqueles que trazem a Filosofia sobre o coração (com o que se diz mais do que é comumente verdadeiro) – se encontrarem convencidos do que foi dito e do que se seguirá – de tomarem sob sua proteção a expressão idéia na sua significação original, para que futuramente não caia entre as demais expressões com as quais é costumeiramente designada em despreocupada desordem toda sorte de representações e para que não se perca com isso a ciência (KANT, 1991, p. 244).

### 2. O ESCÂNDALO DA FILOSOFIA PRÁTICA EM TEORIA E PRÁTICA<sup>43</sup>

O pensamento político de Kant não obedece a uma linearidade na construção da filosofia do Estado e do direito. Em suas obras sobre a filosofia política é expressa uma forma de exposição das idéias que se autocorrigue e amplia os seus conceitos na forma de exposição do sistema crítico da filosofia prática kantiana. Para compreender o *leitmotiv* da filosofia política kantiana temos que realizar conexões entre as suas obras com o objetivo de entender o mosaico do pensamento kantiano sobre a política em sua evolução conceitual.

O opúsculo de Immanuel Kant intitulado *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* apresenta o debate que Kant iniciou sobre um ditado popular que afirmava a existência de uma dissociação entre aquilo que é afirmado em teoria (*in thesi*) e que não teria ligação com a prática (*in hypothesi*) dos agentes. Porquanto a validade afirmada na teoria não teria uma aplicação na prática. Kant oferece a metáfora de um ignorante acadêmico que sai da escola para o mundo e afirma que andou atrás de idéias tolas e vazias ou sonhos filosóficos querendo afirmar que o que

---

<sup>43</sup> Denominamos *Teoria e Prática* a obra intitulada *Sobre a expressão corrente: isto poder ser correto na teoria, mas nada vale na prática* [*Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*], seguimos a tradução espanhola de nomear este opúsculo como *Teoría y Práctica*.

possui uma validade na teoria não valeria na prática. Esse ignorante teórico, em sua presunção prática, afirma que “esta ou aquela proposição valem certamente *in thesi*, mas não *in hypothesis*”<sup>44</sup>. Nesse sentido, Kant irá se contrapor a esse ditado popular na tentativa de demonstrar a validade dos princípios teóricos na práxis no campo da moral, política e no direito cosmopolita.

Kant denomina o termo Teoria como um conjunto de regras práticas que possuem a função de princípios universais e a Prática como a realização de um fim que cumpre certos princípios de conduta universais. Entre a Teoria e a Prática existe um termo médio que faz a ligação entre as duas, esse termo médio é o Entendimento [*Verstand*]. O entendimento contém a regra que deve ser acrescida de um ato da faculdade de julgar mediante o qual o prático distingue se é ou não um caso da regra. O entendimento atua na faculdade de ajuizar e produz conceito mediante a relação da teoria com a prática. Para PHILONENKO, Kant estabeleceu uma relação sintética entre esses três elementos práticos para a comprovação do amálgama entre a determinação racional e a sua atuação em objeto da experiência.

[...] particularmente em Teoria e Práxis, que a relação, não é analítica, mas sintética, visto que “entre a teoria e a práxis, falta um meio termo (*Mittelglied*)”. Esse meio termo é fornecido pelo ato da faculdade de julgar (*Aktus der Urteilskraft*) que assume a unidade sintética real entre a teoria e a prática<sup>45</sup>.

A importância do entendimento na filosofia política kantiana é saliente na discussão que a paz perpétua realiza sobre a formação de um Estado [*Staatserrichtung*] a ponto que até mesmo um povo de demônios [*Volk von Teufeln*] poderia formar um Estado [*Staatserrichtung*] se eles somente possuíssem o entendimento. Para Kant, a Teoria que se baseia no conceito de dever é objetivado que aconteça na experiência possível ou em *in hypothesis* (na prática). Por outro lado, a Prática é valorizada em sua experiência pela adequação dos princípios práticos à teoria.

O conceito de dever em Teoria e Prática é compreendido como a restrição [*Einschränkung*] da vontade à condição de uma legislação

<sup>44</sup> KANT, *Über den Gemeinspruch*, AA VIII, 276.

<sup>45</sup> PHILONENKO, 1976, p. 21.

universal possível mediante máximas<sup>46</sup>. Nessa forma de abordagem da teoria e prática é composto o “escândalo da filosofia” que afirma que o que é válido na teoria não teria uma aplicação na prática. Kant investiga essa tensão na filosofia prática sobre o dever, seja de direito ou de virtude, no modo de execução da teoria sob as condições da prática. Essa necessidade de afirmação da correlação entre a teoria e a prática é uma atividade que corresponde à função do filósofo que analisa sob os princípios práticos da razão pura mediante a relação entre o entendimento e a experiência. “Afirmar a separação da teoria e a experiência é uma coisa indigna de um filósofo”<sup>47</sup>.

A teoria política de Kant manifesta - em sua peculiaridade na filosofia da história - a confiança de que a violência e a miséria são elementos sociais que propiciaram a entrada dos indivíduos em um estado segundo leis públicas de coerção e que eles foram compelidos a estatuírem as leis públicas por meio de um contrato originário. Por outro lado, em sua filosofia política relacionada à construção de um protótipo de Estado civil numênico que seja espelho em um Estado civil fenomênico, Kant estabelece princípios transcendentais para o alicerce desse estado na medida em que ele cumpra as determinações racionais para os seres humanos.

Em verdade, a obra *Teoria e Prática* delinea a primeira formulação da arquitetura da filosofia política sob os princípios formais da razão prática pura. Nesse opúsculo, Kant dialoga, ora diretamente, ora indiretamente com o pensamento de Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau. Segundo Williams,

Eu irei utilizar este artigo para delinear a posição de Kant sobre a matéria de conceituação de liberdade, igualdade e independência na filosofia política, por meio de uma comparação com a perspectiva de outros teóricos políticos modernos, em particular Hobbes e Rousseau. O objetivo é apresentar que Kant tem o melhor entendimento congênito das teses conceituais, do que os estímulos dos ortodoxos do pensamento moderno político liberal, centrados num Estado-nação, pois freqüentemente tem lugar por meio desta noção de independência uma convincente alternativa

---

<sup>46</sup> Cf. KANT, Über den Gemeinspruch (*Teoria e Prática*), AA. 279-280.

<sup>47</sup> PHILONENKO, 1976, p. 19.

cosmopolita<sup>48</sup>.

De certa forma, a filosofia política de Kant parece coadunar os princípios da filosofia hobbesiana, em sua fundamentação do estado de natureza - ao compreendê-lo como um estado de uma potencial ação bélica – assim como na legitimação do ordenamento político é estimada a participação popular ou a correspondência das ações do Chefe do Estado em relação à vontade unida e corresponde do povo como um elemento constituinte da filosofia política de Rousseau. Essa se constitui a nossa forma de interpretar a filosofia política de Kant como sendo correspondente da filosofia de Hobbes e Rousseau na fundamentação de seus princípios políticos, bem como a ampliação da forma de compreender a ação política para além de uma fundamentação de um estado civil que tenha o objetivo de contentamento de seus súditos e a necessidade de uma participação substancial na Assembléia reunida.

## **2.1 A filosofia política de Kant: o sistema dos direitos do Estado civil segundo princípios a priori**

Na seção intitulada *Da relação entre teoria e prática no direito político (Contra Hobbes)*, Kant analisa os pressupostos da teoria do contrato social de Thomas Hobbes e apresenta a sua crítica ao contratualismo hobbesiano, compreendendo que Hobbes quis erigir um sistema de direitos civis sem uma fundamentação moral, mas apenas fundamentado no egoísmo racional e no auto-interesse dos indivíduos no estado de natureza. Na teoria contratualista de Hobbes, o estado de natureza é demarcado por ser um estado de hostilidades constantes que expressa à antropologia pessimista hobbesiana que segue a perspectiva maquiaveliana de investigar o ser humano como ser mal em um mundo corrompido. Dessa forma, a necessidade de estabelecimento de uma coerção legal que ordene e coordene essa tendência humana às ações maléficas. Por isso, os indivíduos preferem um estado sob coerção legal a um estado natural deletério, quer dizer, os indivíduos buscam romper com a relação natural de amigo-inimigo e estabelecer um sistema de cooperação segundo a segurança de uma ordem civil.

Para sair do *status naturalis* e romper com a relação de inimizade presente neste estado, os indivíduos buscam a proteção e a segurança em

---

<sup>48</sup> WILLIAMS, Howard, Liberty, Equality, and Independence: Core Concepts in Kant's Political Philosophy. In: BIRD, Graham (Ed.). **A Companion to Kant**. Malden: Blackwell Publishing Ltd, 2006, p.365.

uma ordem civil. Outro motivo da passagem do estado natural para o estado cívico é que mesmo os indivíduos possuindo uma liberdade irrestrita, estando em relativa igualdade (física ou intelectual), tendo a posse de alguns objetos, eles não possuem uma segurança que garanta a sua existência. Hobbes interpreta os indivíduos de uma maneira maquiaveliana, os indivíduos como animais políticos que possuem direitos naturais (a vida e a liberdade), contudo, eles se colocam em constante hostilidade devido à ausência de um estado jurídico.

O contrato social estabelece a socialização dos indivíduos e também configura a sua natureza jurídica em um Estado civil. A idéia de contrato social surge como um princípio de legitimação para o Estado de direito na modernidade. Por outro lado, expressa a dominação legal exercida pelo Estado no controle e na organização das ações sociais. Essa dominação legal é possível porque os indivíduos contratantes se submetem a uma legislação que eles mesmos teriam outorgado para si e estabelecido aos outros membros da comunidade jurídica. Em síntese, o contrato social é expresso pelo conceito de consenso ou assentimento de uma norma jurídica e também pela a idéia de imputação jurídica e de submissão às leis jurídicas na qualidade cidadão e de súdito do Estado civil. O contrato social na teoria filosófica se constituiu em uma hipótese lógica para a fundamentação dos Estados modernos que estavam se centralizando politicamente no final do século XVII e início do século XVIII. É possível que semelhante à forma como fossem realizados os contratos mercantis do século XVI tenha os filósofos políticos do contratualismo se inspirado nesta forma e produzido a teoria do contrato social. Não obstante, a forma como cada um estruturou a sua teoria é diferenciada. Como veremos na reflexão de Kant em seu debate contra a teoria do contrato social de Hobbes existe uma diferenciação no status do contrato social e na forma de estruturação do Estado civil. A natureza de um contrato, em sentido lato, é estabelecer entre os indivíduos uma relação jurídica que advenha de deveres e direitos entre os contratantes. Segundo Kant, o contrato social é aquele que estabelece uma constituição civil e se assemelha a qualquer outro contrato em sua execução, porém a distinção está em seu princípio de instituição. Ele é a condição a priori para o *status juridicus*.

Entre todos os contratos pelos quais um conjunto de pessoas se unem para formar uma sociedade (*pactum sociale*), o contrato que estabelece entre eles uma constituição civil (*pactum unionis civilis*) é de índole tão peculiar que, desde o ponto de vista da execução tem muito em comum com

todos os demais (que também estão orientados a promover coletivamente um fim qualquer), se diferencia essencialmente de todos eles no princípio de instituição (*constitutionis civilis*)<sup>49</sup>.

O contrato originário como uma hipótese lógica para o surgimento do Estado civil não se constitui em algo factível, mas como idéia da razão que guia e obriga os indivíduos a fundarem um estado regido por leis públicas. Embora o *pactum unionis civilis* se assemelhe ao modo de execução de um contrato mercantil, ele se diferencia em seu princípio de instituição. Em uma possível aliança em um estado sob o princípio teleológico é que satisfaz toda a forma de contrato. Todavia, o pacto social se constitui em uma união civil sob a idéia de dever. A realização do contrato social se converte em dever primordial e recíproco na filosofia política de Kant. Essa forma de união é somente possível em uma *societas politica* edificada no Estado civil. Essa teleologia na relação externa em uma sociedade política se estabelece sob o princípio de dever. Por modalidade de contrato social se postula como modelo formal para todos os deveres jurídico (ou deveres externos). Para o direito se estabelecer em uma sociedade política, ele necessita se estabelecer segundo leis públicas coativas que permitem garantir a igual liberdade de todos.

O contrato se converte na filosofia política de Kant em uma fórmula heurística para traduzir as exigências da razão prática na realidade da sociedade civil ou do Estado. Segundo Kant, não é preciso supor que o contrato originário, o único sobre o que se pode fundar entre os homens uma constituição civil, seja um fato; nem sequer é possível supô-lo<sup>50</sup>.

Para Kant, a associação sob um Estado de leis se constitui em um dever para os indivíduos e também a condição de todos os deveres externos para a constituição dos direitos dos indivíduos sob as leis públicas de coação. Como a teoria do contrato originário de Kant está fundada na idéia da razão que possui uma aplicação prática para os contratantes, a idéia da razão se apresenta como um dever para o legislador político, porque ele tem a obrigação de confeccionar as suas leis como se [*als ob*] elas pudessem emanar da vontade coletiva de um

---

<sup>49</sup> KANT, 2006, p. 25. (AA 289).

<sup>50</sup> ABELLÁN, 2004, p. 246.

povo inteiro, e a considerar todo súdito, enquanto ele quer ser cidadão, como se ele tivesse assentido pelo seu sufrágio a semelhante vontade. Nesse sentido, o contrato originário se constitui na co-ligação de todas as vontades particulares e privadas de um povo em uma vontade geral e pública para a realização de uma legislação jurídica.

A legitimidade do sistema dos direitos é considerada de forma virtual e não substancial como acontece na teoria política de Rousseau, que afirma a necessidade da Assembléia reunida que gera um corpo moral e político. Segundo Kant, é impossível que um povo inteiro possa dar o seu consentimento, mas se é possível que o povo forneça seu o assentimento, então é um dever considerar a lei como uma lei justa.

O contrato originário se constitui no único mecanismo de constituição civil legítima em uma *societas civilis*. Esse contrato age em união da vontade particular e privada, em um povo, transformada em uma vontade comunitária e pública. Ele não se constitui de fato, como supostamente pensara Rousseau, mas em uma idéia da razão que possui uma realidade prática. Essa realidade prática significa a obrigação de todos os legisladores que confeccione as suas leis como se estas pudessem ser emanadas da vontade unida do povo. A legitimidade da lei pública está nessa consideração virtual da vontade unidade do povo como se eles estivessem consentidos em realidade ou de fato.

Por fim, em Teoria e Prática o *pactum sociale* é um contrato *sui generis* porque estabelece um princípio racional de julgamento de toda constituição jurídica pública em geral. Dessa forma, o contrato originário se estabelece perante o ordenamento jurídico para que as leis públicas estejam em consonância com a legislação universal.

## **2.2 O conceito de direito em Teoria e Prática**

A categoria do direito, que se originou da idéia do contrato originário, se constitui na coação dos cidadãos sob uma legislação jurídica que possui uma finalidade em si mesma e, ao mesmo tempo, se constitui em um dever para os contratantes. O conceito direito denota, como direito externo, a sua procedência do conceito de liberdade nas relações externas e não se relaciona com o telos natural ou a busca da felicidade pelos indivíduos.

Por outro lado, o termo coação designa a restrição da liberdade de arbítrio que o súdito possui em vista da consonância com a liberdade de arbítrio de outro súdito. Ora, o conceito de direito na Teoria e Prática de Kant poderia ser manifesto pelo brocardo jurídico latino que diz *Jus et obligatio sunt correlata* (o direito e a obrigação são correlatos), pois,



simultaneamente ao entendimento de direito como garantia de bem jurídico - neste caso a liberdade externa – podemos afirmar que os cidadãos têm a obrigação de proteger esses direito por meio da coação que as normas jurídicas exercem sobre os indivíduos. Kant caracteriza esse direito como direito externo que organiza a relação externa entre os indivíduos em um Estado civil (*bürgerlicher Zustand*). O direito possui uma característica negativa na forma como ele age ao limitar a liberdade dos indivíduos para que elas estejam em consonância com a liberdade de todos segundo uma lei universal.

[...] o conceito de um direito externo em geral procede inteiramente do conceito de liberdade nas relações externas dos homens entre si, e não tem nada a ver com o fim que os homens perseguem de modo natural (o propósito de ser felizes) nem com a prescrição dos meios para alcançá-lo; [...] <sup>51</sup>.

O conceito de direito é definido em seu sentido negativo como uma limitação da liberdade pelo arbítrio do outro com a condição de que ela possa coexistir segundo uma lei universal. A limitação da liberdade externa por parte do arbítrio de outro indivíduo é denominada coação, essa limitação acontece mediante a instauração da constituição civil que estabelece leis positivas que agem segundo princípios a priori nas ações externas dos indivíduos e não na matéria empírica – por exemplo, a busca da felicidade – dos arbítrios dos indivíduos. Em sua divisão do direito, Kant caracteriza o Direito público como o conjunto de leis externas que possibilitam a concordância em uma legislação jurídica, bem como o estado de uma legislação efetiva que constitui a todos os indivíduos como súditos que se relacionam em um estado jurídico, a saber, da igualdade de ação e reação de um arbítrio reciprocamente limitador em conformidade com uma lei universal da liberdade (chamasse a isto estado civil).

Em sua obra tardia sobre o direito – Doutrina do direito [*Rechtslehre*] - Kant distinguiu o direito privado e o direito público, o primeiro se refere ao direito inato que os indivíduos possuam antes de entrarem em um Estado civil e, o segundo significaria o direito que efetiva o único direito inato (a liberdade externa) dos indivíduos contratantes no estado cívico.

Nesse sentido, é oportuno apresentar a gênese da filosofia política de Kant presente em sua *Crítica da Razão pura* que demonstra os

---

<sup>51</sup> KANT, 2006, p. 26.

insights de Kant sobre a organização política e sobre a sua concepção da categoria do direito. A *Crítica da Razão pura* de Immanuel Kant se constitui em uma obra sob a qual encontramos vários insights filosóficos políticos que posteriormente foram apresentados e estruturados adequadamente ao sistema crítico kantiano. Em outras palavras, é sabido que mesmo diante da complexidade e hermeticidade da Primeira Crítica é possível encontrar gérmenes de filosofia política na Primeira Crítica e não apenas discussões de filosofia especulativa (ou teórica). Por outro lado, uma provável resposta para compreendermos a dificuldade de entendermos a Primeira Crítica é por causa de ela ser oriunda de várias discussões de Kant com seus críticos em diversos momentos e também por ser um conglomerado de textos escritos em diferentes momentos e reunidos para constituir o período crítico. Segundo Cassirer, Kant houvera anunciado aos seus debatedores o surgimento da Primeira Crítica como o resultado das várias discussões empreendidas entre eles em diversas circunstâncias.

O primeiro de maio de 1781, na carta dirigida a Hertz, pôde Kant anunciar-lhe a completa aparição da obra. “Nas próximas Páscoas aparecerá um livro com o título de Crítica da razão pura... Este livro contém os resultados de múltiplas investigações realizadas sobre conceito que há tempos que disputamos sob o signo de *mundi sensibilis e intelligibilis*, para mim, é muito importante submeter à soma total de meus esforços aos juízos de um homem perpscaz que acredito oportuno estudar minhas idéias e além do mais que nenhum outro nelas com sua inteligência penetrante.<sup>52</sup>”

O objetivo primordial da Dialética transcendental de Kant é o desvelamento das ilusões contidas nos juízos transcendentais e imanentes e, ao mesmo tempo, ela possui o intuito de ser uma restrição ao engano que possam causar os juízos transcendentais e imanentes. Diante da relação entre a sensibilidade e o entendimento, os juízos transcendentais almejam ultrapassar as barreiras do mundo fenomênico e se atrevem a entrarem em um âmbito que não possua qualquer demarcação (mundo numênico). Os juízos imanentes são os juízos que mantêm suas explicações dentro dos limites da experiência possível. Os erros da

---

<sup>52</sup> CASSIRER, 1968, p. 168.

relação do entendimento e sensibilidade podem originar quando a sensibilidade influencia e determina as ações e oajuizamento do entendimento.

Na *Crítica da Razão Pura*, na seção primeira do livro primeiro da Dialética Transcendental, Kant realiza um esboço dos princípios políticos que guiarão a sua filosofia política e jurídica. Segundo Kant, a metafísica de Platão com o termo “Idéia” designou um elemento teórico que não era oriundo da sensibilidade e que excede os próprios conceitos do entendimento. Segundo Kant, a *Politéia* platônica (República platônica) seria um ideal a ser colocada em prática, essa idéia funciona como um arquétipo para as instituições políticas e possui a sua razoabilidade para a ordenação das instituições estatais e jurídicas. Essa admiração da *Politéia* está no estabelecimento do cumprimento da *Politéia* fenomênica em semelhança com a idéia de Bem. Em verdade, com o auxílio da metafísica política platônica, “Kant [...] começa por estabelecer sua doutrina da relação da teoria e a práxis cativa ao problema ético”<sup>53</sup>.

Com certeza é um germen formidável de filosofia política, que encontramos primeiramente na Dialética Transcendental, a afirmação de que a “constituição da máxima liberdade humana, segundo leis que façam com que liberdade de cada um possa coexistir com liberdade dos outros [...], é pelo menos uma idéia necessária”<sup>54</sup>. Nessa primeira definição da função de uma Constituição política encontramos a defesa do único direito inato do ser humano, ou seja, a liberdade externa. O elemento que estabelece e fundamenta a constituição kantiana é a liberdade humana e não a felicidade ou a máxima realização da felicidade e os prazeres humanos como apregoam as teorias políticas eudaimonistas e utilitaristas. Por isso, como uma apresentação primária e antecipação da Lei universal do direito na *Rechtslehre*, Kant afirma a necessidade de compatibilização dos arbítrios dos indivíduos com os arbítrios dos outros indivíduos ou da liberdade de cada um com a liberdade de todos.

O conceito de liberdade é a pedra angular para o estabelecimento e a fundamentação das leis jurídicas e éticas. Ora, em um primeiro momento esse princípio intervém nos obstáculos que se constituem restrições à liberdade dos agentes morais, sejam os obstáculos que

---

<sup>53</sup> PHILONENKO, 1976, p. 25.

<sup>54</sup> KANT, 1991, p. 242.

derivam da natureza humana ou que originam das imperfeições das legislações. A estruturação das leis e do governo conforme o princípio da liberdade permite uma diminuição (ou uma rara) aplicação das penas. Segundo Kant, é possível racionalmente pensar que uma correta ou adequada relação entre o governo e a legislação permitam a diminuição das penas ou a dispensa delas.

Ora, a idéia de liberdade funciona como um arquétipo para as constituições políticas fenomênicas para que essas possam se aproximar da maior perfeição possível de uma constituição política numênica. A fundamentação das constituições políticas sob o princípio da liberdade resulta em um infundável progresso da humanidade. “Com efeito, ninguém pode e deve determinar qual seja o grau supremo em que a humanidade tenha que se deter e quão grande seja a distância que necessariamente reste entre a idéia e sua execução, porque precisamente a liberdade pode exceder todo limite invocado”<sup>55</sup>.

Essa perspectiva platônica e kantiana de estruturação da teoria ética permite o distanciamento e o erro de construção de uma ética a partir da falácia naturalística ou daquilo que é realizado segundo o costume ou as tradições de um grupo social. Pois, o dever dos agentes morais não pode ser estabelecido segundo o que é feito ou ser limitado às obrigações morais por aquilo que é feito tradicionalmente nas sociedades. Segundo Kant, as experiências no campo ético se constituem em a “mãe das ilusões”. Uma vez que, a construção do sistema ético está fundamentada nas idéias da Razão, toda a natureza e as ações humanas são compreensíveis a partir das idéias que são causas eficientes das ações e dos objetos de conhecimento e de ação moral. Não obstante, os seres humanos (indivíduos e espécie) se encontram distante do ideal de humanidade ou da idéia de perfeita de humanidade.

Para Kant, a República platônica se constituiria em uma idéia prática para a constituição da liberdade humana. A idéia de república funciona como *maximum* arquétipo (idéia) em que a constituição jurídica humana deve se aproximar da maior perfeição possível da *res publica noumenon*. A constituição da *res publica fenomenon* deve se estabelecer segundo o princípio da máxima liberdade humana. Todavia, a *res publica fenomenon* estabelece a limitação necessária da liberdade de todos os membros da comunidade jurídica para a garantia de um equânime uso da liberdade.

---

<sup>55</sup> Ibid., p. 243.

Uma constituição da máxima liberdade humana segundo leis que façam com que a liberdade de cada um possa coexistir com a liberdade dos outros (não uma constituição da máxima felicidade, pois esta se seguiria já espontaneamente), é pelo menos necessária, que tem de ser posta a fundamento não somente do primeiro projeto de uma constituição política, mas também de todas as leis, e em que inicialmente se tem que abstrair dos obstáculos presentes, que possam originar-se não tanto inevitavelmente da natureza humana quanto do desleixo das autênticas idéias de legislação<sup>56</sup>.

Kant esclarece o conceito de liberdade como o fundamento do direito, em contraposição ao estado civil de Hobbes que possuiria a obrigação de gerir um conforto (*delection*) aos súditos. A república kantiana não se constituiria segundo o princípio da máxima felicidade, e, sim, pelo propósito de garantir a máxima liberdade de todos conforme a restrição da liberdade de cada um. Por outro lado, a idéia de república é uma idéia regulativa que fundamenta o projeto de constituição civil e a legislação jurídica. Segundo as reflexões políticas da Primeira Crítica, a república numênica seria um protótipo a ser alcançado pela república fenomênica, daí que a estrutura jurídica fenomênica deve ser um reflexo da estrutura jurídica ideal. Por fim, Kant observa que em uma república na qual a sua legislação e governo se aproximassem da idéia prática da *res publica noumenon* seria proporcionalmente menor a aplicação das sanções penas. Dessa forma, Kant conclui, assim como Platão ousou pensar, que em um Estado no qual exista uma perfeita ordenação da legislação e do governo não haveria a necessidade do direito penal.

Em Teoria e Prática, a constituição civil se compõe em uma relação de homens livres que estão sob leis coativas. Essa constituição civil se fundamenta sobre a obrigação racional de legislar a priori as leis externas a serem postuladas na instituição do Estado civil. O Estado civil é deduzido transcendentemente por meio dos princípios regulativos. O Estado civil é estabelecido em conformidade com os princípios a priori da razão. Os princípios a priori são condições para o estabelecimento de uma ordenação jurídica que regule a convivência social em termos da garantia da liberdade.

---

<sup>56</sup> KANT, 1991, p. 187-188.

### 2.3 Os princípios a priori do Estado civil (*bürgerlicher Zustand*): as características do sujeito de direito como homem, súdito e cidadão

O Estado civil [*bürgerlicher Zustand*] configurado na filosofia política de Kant, em Teoria e Prática, possui alguns princípios a priori para a sua constituição como uma relação jurídica entre os contratantes. O Estado civil se constitui em um *status iuridicus* fundado sob leis positivas. Esses princípios, por serem a priori, não se constituem em leis jurídicas, mas em condição de possibilidade para a instauração do Estado civil. Tais princípios racionais sintetizam o princípio da liberdade no Estado civil e organizam a fundação do estado sob leis jurídicas.

A convivência social em um Estado civil necessita da instituição desses princípios a priori, pois eles derivam do único direito humano, a saber, a liberdade externa. Os princípios a priori são: a) Liberdade de cada membro da sociedade como homem (*homme*); b) Igualdade dos indivíduos com todos os outros na qualidade de súdito (*bourgeois*) e c) Independência, como um requisito para ser admitido como cidadão (*citoyen*) no Estado civil.

a) A Liberdade como homem possui a sua expressão na seguinte fórmula: “Ninguém pode me constranger a ser feliz a sua maneira, mas a cada um é permitido buscar a felicidade pela via que lhe parece boa, contanto que não cause dano à liberdade dos outros<sup>57</sup>”. Esse direito da liberdade advém quando se é membro da comunidade política na qualidade de homem, ou seja, como ser que é capaz de serem atribuídos os direitos e a obrigação do cumprimento de normas jurídicas. Kant realizou uma crítica à forma de Estado que tenha por finalidade ditar a forma de vida de seus súditos, pois essa intromissão estatal se caracterizaria o Estado em um governo paternal. O paternalismo estatal regulariza a forma como os súditos devem buscar a sua felicidade.

De forma metafórica podemos afirmar que Kant seria contra a política do *panem et circenses*, quer dizer que seria contra um governo paternalista que queira determinar o modo de busca da felicidade dos indivíduos ou que buscam satisfazer os interesses pessoais – bem-estar - de seus súditos. Em outras palavras, as críticas de Kant se referem à forma despótica de um Estado civil que tenha por princípio o

---

<sup>57</sup> KANT, 2006, p. 27. (AA VIII, 290).

eudaimonismo de seus súditos – como é o caso de soberano hobbesiano – ou que tenha por princípio ético o intuito de determinar a concepção de bem de seus súditos. O direito de liberdade garantiria a qualidade do membro da comunidade como homem que a ele poderia ser concedido os direitos e as obrigações decorrentes do contrato social, assim como, a possibilidade de participação em uma associação jurídica. Do direito à liberdade externa, possibilidade de ter direito implicaria o princípio à igualdade como súdito.

O princípio a priori da liberdade expressa à condição formal para o estabelecimento das normas jurídicas em acordo com o direito inato. Hobbes no *Leviatã* conceituou o termo liberdade como a ausência de um constrangimento exterior. Ele argumenta em favor da liberdade subjetiva como característica formadora e garantidora do poder soberano e de sua *auctoritas* (autoridade) em um Estado civil. A liberdade subjetiva hobbesiana atua como uma proteção do estado aos indivíduos. Essa concepção de liberdade contrasta com a concepção de liberdade política em Kant como um conceito de autonomia. Pois o exercício de nossa liberdade em consonância com uma lei universal permite o exercício da autolegislação.

Liberdade não é simplesmente uma matéria de exclusão da influência de outros sobre nós, mas concerne à própria inclusão da outros sobre nós. Liberdade para Kant envolve a relação recíproca de indivíduos sobre cada um. Este é o caminho apropriado de definição da convenção externa entre os indivíduos<sup>58</sup>.

Esse princípio da liberdade pode ser observado segundo uma duplicidade de definição do direito natural, pois ele fundamenta a possibilidade do uso da força e da violência que os indivíduos hipoteticamente se encontrariam em um estado natural e, ao mesmo tempo, ele fundamentaria a liberdade dos indivíduos, na condição de seres racionais, de constituírem um estado civil que preserve a sua liberdade de arbítrio em acordo com os princípios da razão.

Kant é conduzido como Rousseau, a distinguir duas figuras da liberdade e em consequência duas noções de direito natural. Ao direito natural fundado sobre a força e o instinto se opõe o direito natural apoiado sobre a razão: o direito natural se

---

<sup>58</sup> WILLIAMNS, 2006, p. 366.

cumpra em um Estado em unidade ao direito racional que funda a liberdade como liberdade humana. O primeiro termo da síntese da cidadania é, pois estabelecido<sup>59</sup>.

Podemos observar esta dubialidade de explicação do processo de fundação do Estado civil na medida em que contrastamos as reflexões política de Kant no nível da construção racional, com princípios a priori, do estado jurídico e no nível da construção teleológica da fundação do Estado civil pela força ou violência oriundas do instinto antagônico nos seres humanos. Neste momento de reflexão, o princípio da liberdade fundamenta a humanidade dos indivíduos, uma vez que ele constitui os indivíduos na qualidade de homens, como uma salvaguarda do *homme* em um estado civil. Em sua análise dos princípios racionais para instituição da ordem jurídica é derivada à relação dos homens em um estado de leis positivadas e a postulação de sua igualdade no cumprimento dessas leis.

b) A Igualdade como súdito é formulada dessa forma: “Cada membro da comunidade possui um direito de coação sobre todos os outros, excetuando apenas o chefe de Estado [*Oberhaupt*] porque ele não é membro desse corpo, mas o seu criador ou conservador, o qual é o único que tem poder de constringer, sem ele próprio estar sujeito a uma lei coercitiva”<sup>60</sup>. Nesse sentido, todos os indivíduos que estão associados no Estado civil que esteja sob as leis são considerados como súditos. Disto decorre que os sujeitos de direito exercem o constringimento sobre todos na qualidade de membros do corpo comum; a única exceção é o chefe de estado [*Staatsoberhaupt*], pelo qual se pode exercer toda coação de direito. Pois se ele também pudesse ser constringido não seria o chefe de estado e a série ascendente da subordinação iria *ad infinitum*.

Esse princípio da isonomia é derivado do princípio da liberdade como condição para uma ordem possível segundo um direito positivo. Se o princípio da liberdade fundamenta à condição dos indivíduos, como homens, sob um estado natural, por consequência, o princípio da igualdade fundamenta os indivíduos, como súditos, em uma ordem possível regulada sob leis jurídicas. Na qualidade de súditos, os indivíduos devem a obediência ao Chefe de estado estabelecido em decorrência do pacto social.

O soberano hobbesiano contrasta com as determinações do Chefe

---

<sup>59</sup> PHILONENKO, 1976, p. 40.

<sup>60</sup> Cf. KANT, 2006, p. 28.



de Estado em Kant. Pois, Hobbes, no *De Cive*, postula uma separação entre o Soberano e seus súditos. Para ele, o chefe de Estado não está unido ao povo e não pode cometer injustiça contra os cidadãos. Pois “[...] os que detêm o poder supremo na cidade não se obrigam por nenhum pacto a ninguém. Donde se segue que os mesmos não podem cometer injúria alguma aos cidadãos”<sup>61</sup>.

Pois o pacto social que os contratantes hobbesianos realizaram com o soberano é um pacto de submissão e que não possuía nenhuma cláusula que estabelecesse a obrigação do poder soberano com os seus súditos. Por outro lado, o soberano hobbesiano não pode cometer qualquer injúria contra os seus súditos. Hobbes considera o termo injúria como a quebra de contrato.

Violar um compromisso, ou exigir de volta algo que já demos é o que se chama injúria. Consiste, sempre, numa ação ou omissão. E tal ação ou omissão é chamada injusta, uma vez que injúria significa a mesma coisa que uma ação ou omissão injusta, ou a quebra da confiança ou o rompimento do compromisso que foi firmado<sup>62</sup>.

Não obstante, se o súdito não obedecer às leis prescritas pelo soberano, ele cometerá a injúria, primeiro ele irá contra os seus concidadãos e segundo porque ele irá contra o governante supremo. Disto decorre que o soberano hobbesiano possui a obrigação ou o dever de satisfazer ou criar um estado de agradabilidade para os seus súditos, sob a pena de cometer uma injustiça contra a lei da natureza que ordene a preservação da vida, Hobbes entende a preservação da vida como uma vida que possui uma qualidade que é o conforto de seus súditos.

Em Kant, o legislador, neste caso o soberano, não possui direito de decidir sobre os assuntos que um povo não pode decidir a seu respeito por si mesmo. O soberano kantiano em relação aos súditos não tem a obrigação como o soberano hobbesiano de proporcionar o bem-estar dos súditos, pois a constituição civil não se estabelece segundo os princípios empíricos e sim, em sua relação com a forma do direito que estabelece um estado de direito que segundo a forma jurídica atua sobre os arbítrios dos indivíduos para a consonância da liberdade de todos sob uma lei universal. O soberano hobbesiano, segundo Kant, objetiva a preservação do estado de direito e não o estabelecimento da constituição

---

<sup>61</sup> HOBBS, 2002, p. 120.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 54.

como um fim em si mesmo.

A idéia de igualdade jurídica dos homens em um corpo político comum, denominado Estado civil, observa os indivíduos em sua característica como súditos. Esse corpo político possui a seguinte fórmula: que cada membro desse corpo deve poder chegar a todo o grau de uma condição a que possa levar o seu talento, a sua atividade e a sua sorte e é preciso que seus co-súditos não surjam como obstáculos no seu caminho.

Kant possui uma tese polêmica sobre a igualdade dos súditos, pois ele afirma que a igualdade dos homens em um Estado civil como súditos é totalmente compatível com a maior desigualdade na qualidade ou nos graus da propriedade, quer na sua superioridade física ou intelectual sobre os outros ou em bens de fortuna que lhe são exteriores e em direitos em geral em relação aos outros. Essa tese apresenta o conceito de igualdade jurídica, em que os súditos independentes de sua classe social seriam iguais em direitos. Segundo Kant, o direito está relacionado apenas à forma e não à matéria ou ao conteúdo de um direito material. Na verdade, a vontade geral legislante não pode se referir à matéria de escolha do plano de vida dos súditos, mas à forma jurídica de como possibilitar que os súditos realizem a finalidade que se instituem para a sua vida.

Mas segundo o direito (que como expressão da vontade geral só pode ser única, e que concerne à forma do jurídico, não a matéria ou objeto sobre que o que tenho um direito) todos, enquanto súditos, são iguais entre si, porque ninguém pode coacionar ao outro senão por meio da lei pública (e através de seu executor, o chefe de Estado); [...]<sup>63</sup>.

A idéia de igualdade humana na comunidade política, como súditos, resulta também a seguinte formulação: “A cada membro da comunidade há de ser lícito alcançar dentro dela uma posição de qualquer nível (de qualquer nível que corresponda como súdito) fazer o que possa alcançar o seu talento, a sua aplicação e sua sorte”<sup>64</sup>. Desta fórmula da igualdade jurídica inferimos que esta igualdade não pode ser abdicada ou sublimada na forma de um mérito ou de uma prerrogativa hereditária que outra pessoa possua em relação a uma pessoa inferior.

---

<sup>63</sup> KANT, 2006, p. 29.

<sup>64</sup> Ibid., p. 30.

O direito consiste na limitação da liberdade de todos segundo a máxima da coexistência entre o arbítrio de um com o arbítrio de outro em uma legislação universal. O direito público se constitui em um estado de legislação efetiva em conformidade com esse princípio de limitação da ação externa, o direito inato. Nesse sentido, todos os indivíduos se postulam como iguais, na qualidade de súditos, segundo o princípio da igualdade de ação e reação que o arbítrio dos indivíduos se encontra em uma legislação universal da liberdade.

Segue-se daí que nesse estado o direito inato de cada um (vale dizer, previamente a toda ação jurídica por sua parte) em ordem a faculdade de coacionar a todos os demais para que permaneçam sempre dentro dos limites de um uso de sua liberdade que está de acordo com a minha, é igual para todos sem exceção<sup>65</sup>.

A nenhum súdito é permitido transgredir esse princípio a priori do Estado jurídico, pois cometeria um delito contra os princípios do Estado. Com exceção de que o súdito cometa um delito, porém não por contrato, pela força bélica ou por ato jurídico de deixar de ser dono de si mesmo se assemelhando aos animais. Da igualdade jurídica em um Estado civil depreendemos o conceito de independência de um membro como cidadão.

c) A Independência dos membros da comunidade jurídica possibilita o conhecimento do outro lado da constituição de um Estado civil que é o exercício do direito de cidadania. Em verdade, esse princípio caracteriza a cidadania dos indivíduos. O direito de cidadania garante a possibilidade de co-legislação dos direitos civis.

O homem é cidadão na medida em que é a origem da autoridade soberana, a qual aquele é tanto súdito. Assim se fundamenta a autoridade soberana, o homem não obedece à outra coisa do que a ele próprio. Definir a cidadania é, por consequência, definir as condições ao qual é instituída a autoridade soberana<sup>66</sup>.

Como um princípio que sintetiza a condição dos indivíduos sob um direito natural (a liberdade) e de um direito positivo (a igualdade), o direito à cidadania (independência) completa os princípios formais do

---

<sup>65</sup> KANT, 2006, p. 30-31. (AA, VIII 292-293).

<sup>66</sup> PHILONENKO, 1976, p. 59.

estabelecimento de um estado jurídico em determinação dos princípios da razão. “Esta síntese produziria o conceito de cidadania. Com efeito, este se constitui no momento de unificação do direito racional”<sup>67</sup>.

No que se refere à independência civil, esta é uma característica da legislação dos cidadãos em uma igualdade e liberdade em uma legislação pública. A independência se constitui no elo entre os dois princípios a priori citados acima. O cidadão (*citoyen*) no Estado civil se constitui em uma associação política com os outros membros da comunidade jurídica na qualidade de co-legislador das normas jurídicas.

O termo latino utilizado por Kant para se referir à independência é *sibisufficientia*, como o sujeito de direito que a si próprio se basta ou que se auto-sustenta. Ora, é certo que esse termo latino apresenta a compreensão kantiana de independência como o status do cidadão que é senhor de si mesmo e que retira o seu próprio sustento pela sua propriedade. Após a qualificação natural para o exercício da cidadania, o outro elemento é a qualificação econômica como a posse de uma propriedade.

A propriedade não se limita necessariamente à propriedade da terra sem que compreenda todo aquele indivíduo que pode ser senhor *sui iuris*: compreende também a arte, a artesanato, a ciência; o possa ser excluído do conceito de independência e de suas conseqüências políticas é a prestação de serviços. Os que prestam serviços não gozam de independência econômica e estão privados da participação política, como *Schutzgenossen* (junto com as mulheres e as crianças, que estão “naturalmente”). Os assalariados foram identificados em Kant como prestadores de serviços e qualificados como membros passivos do Estado<sup>68</sup>.

Por outro lado, os homens que não se enquadram nos requisitos para a cidadania na comunidade política de Kant são admitidos como co-protetidos pelas leis públicas e essa denominação os qualifica como obedientes à legislação jurídica.

O direito depende das leis que lhe são positivadas. No tocante à legislação pública, que determina a todos os membros da comunidade jurídica, se constitui de um ato da vontade pública. Da vontade pública

---

<sup>67</sup> Ibid., p. 37.

<sup>68</sup> ABELLÁN, 1994, p. XXIX – XXX.

são procedidos todos os direitos e essa vontade se constitui na vontade de um povo. Assim como Rousseau, Kant coibiu o processo de autolegislação das normas jurídicas na configuração das vontades particulares. Em verdade, Kant compreendeu que a vontade popular legislante não poderia cometer erros contra a sua própria vontade, contudo, alguém que legislasse em nome do povo cometeria esse equívoco, por consequência, uma injustiça contra a vontade popular.

Propriamente, na constituição deste conceito concorrem os conceitos de liberdade externa, igualdade e unidade da vontade de todos, e para esta última é condição a independência, pois se requer a votação quando se dão as duas primeiras<sup>69</sup>.

O contrato originário, como princípio formal do direito, se constitui na lei fundamental que emerge da vontade geral (unida) do povo. Ele se postula como o critério infalível para que o legislador político em consonância com o princípio do direito não cometa um equívoco em relação à vontade popular.

Pois basta com que não seja contraditório que todo um povo esteja de acordo com semelhante lei, por mais dura que ela resulte, para que essa lei seja legítima. Mas se uma lei pública é legítima e, por conseguinte, irreprovável (*irrepreensível*) desde o ponto de vista do direito, estão também ligadas a ela a faculdade de coacionar e, por outro lado, a proibição de opor-se à vontade do legislador, incluso algo que não seja de trabalho; isto é, o poder que no Estado da efetividade à lei não admite resistência (é *irresistível*), e não há comunidade juridicamente constituída sem tal poder, sem um poder que cai por terra toda resistência interior, pois esta aconteceria conforme a uma máxima, que universalizada, destruiria toda constituição civil, aniquilando único estado em que os homens possuem direitos em geral<sup>70</sup>.

Os cidadãos no Estado de direito de Kant se caracterizam pela a condição de exercício do sufrágio. Segundo Williams,

Cidadania para Kant envolve uma relação recíproca entre autoridade e liberdade. A

<sup>69</sup> KANT, 2006, p. 34-35. (AA VIII, 294-295).

<sup>70</sup> KANT, 2006, 39-40. (AA VIII, 297-298).

autoridade da sociedade como um bem que dever ser incorporada no poder de uma regra cuja instrução não pode ser resistida. Liberdade implica a possibilidade de coerção, mas é uma coerção que nós respeitamos como emanada de nossa própria vontade<sup>71</sup>.

Os indivíduos, ou melhor, os cidadãos para o estabelecimento da convivência social, determinada pelas normas jurídicas, têm que constituir uma autoridade soberana. A autoridade que é constituída possui a sua representação na figura de um Chefe de Estado. Todavia, a autoridade do Chefe de estado é mediada pela soberania popular que avalia as suas ações e determinações em conformidade com uma vontade legisladora que necessita de um assentimento universal.

## **2.4 O cidadão em Teoria e Prática: o portador de direito ao sufrágio na comunidade política**

A primeira configuração do cidadão na filosofia política de Kant é a caracterização do sujeito como possuidor do direito ao voto. O sujeito de direito que possui o direito ao voto se caracteriza como cidadão (*citoyen*), assim chamado de “cidadão de Estado” e o “cidadão da cidade” como o súdito (*bourgeois*).

Kant distingue o *citoyen* (*Staatsbürger*) e o *bourgeois* (*Stadtsbürger*). O primeiro apenas se relacionaria ao Estado, o segundo serviria, ao mesmo tempo, ao Estado e seria um membro do Estado. Essa é a retomada – em Hobbes de outro modo – da célebre distinção de Hobbes entre o cidadão livre e o escravo [...] <sup>72</sup>.

Para o exercício do direito político de legislar e ao sufrágio, os sujeitos de direito, vistos como súditos e cidadãos, devem preencher alguns requisitos: o primeiro requisito é que os cidadãos no Estado civil devem possuir é o requisito natural. Esse requisito natural se refere à afirmação que somente os homens possuirão o status de cidadãos. Contudo, os homens que podem usufruir o direito de cidadania seriam aqueles que possuíssem uma independência econômica, em outras palavras, aqueles indivíduos que possuam alguma propriedade e dela extraíam os seus sustentos ou que sejam funcionários públicos. Em

---

<sup>71</sup> WILLIAMNS, 2006, p. 372.

<sup>72</sup> PHILONENKO, 1976, p. 61-62.

síntese, o cidadão kantiano possui o sufrágio masculino e possui uma independência econômica perante os outros membros da comunidade política.

O direito de voto – o sufrágio - do cidadão do Estado deve ser estabelecido segundo uma lei de equidade pública que não se realiza na unidade do sufrágio e sim pela maioria dos votos. Eles votam de acordo com a lei de equidade pública, pois do contrário haveria um conflito jurídico. O princípio majoritário no sufrágio é exercido pelos delegados do povo, na medida em que estes são representantes do povo e possuem um mandato eletivo, bem como seguem o princípio pelo acordo geral do contrato originário que estabeleceu a constituição civil.

O cidadão e os súditos no Estado possuem algumas restrições em sua atuação política, por exemplo, o exercício da cidadania impede o direito de resistência [*Widersetzen*] pelos súditos. O poder soberano no Estado civil não admite o direito de resistência porque tal direito estabelecido irrompe com a idéia racional de constituição civil, essa idéia racional que permite aos indivíduos se associar sob leis universais do direito, porém impede que eles se postulem contra as determinações do Chefe de Estado ou dos representantes do povo.

Dessa forma, a oposição ou a resistência ao representante supremo do poder legislativo se constitui em um delito para o Estado civil de Kant, pois destrói os fundamentos do estado civil e se institui como uma violação ao contrato originário. Pois, o contrato originário se estabelece pelo princípio de acordo entre os contratantes que se submetem às normas jurídicas e nessa submissão proporcionam a sensação de seguridade jurídica entre os associados da comunidade política. A possibilidade de descumprimento do acordo efetuado pelo contrato originário proporcionaria uma insegurança jurídica aos associados e ao representante eleito, nesse sentido, Kant condena taxativamente qualquer ato contra os princípios estabelecidos pelo contrato originário, bem como a resistência as determinações jurídicas do Chefe de estado.

Mas, no concernente aos fundamentos do direito (admitindo que com tal rebelião não se cometa injustiça alguma contra o soberano, quem havia violado assim como uma *joyeuse entréee* consistente em um contrato real com o povo, contrato que subjaz como fundamento), resulta claro que o povo, com este modo de buscar seus direitos, cometeu injustiça em altíssimo grau, porque tal modo de proceder (uma vez aceitado como máxima) torna insegura toda constituição

jurídica e introduz um estado de absoluta ausência de lei (*status naturalis*) em que todo o direito cessa, quando menos, de sortir efeitos<sup>73</sup>.

Não obstante, como uma forma de equilíbrio entre as determinações do Chefe de estado, Kant admite o direito à liberdade de escrever. A liberdade de escrita seria um mecanismo de aclaração as ações do governante, somente esse direito é outorgado aos súditos em se reportar ao Chefe de estado. Assim como, em *Resposta à pergunta: O que é Esclarecimento?* - um texto anterior à *Teoria e Prática* - Kant reafirma que o único direito que os cidadãos possuem de esclarecerem sobre possíveis equívocos do Chefe de estado é pelo direito de pena ou a liberdade de pena. O direito à liberdade de escrita se constitui no paladino dos direitos do povo. Quer dizer que o direito do povo de escrever ao chefe de estado com o objetivo de aprimorar a estrutura e as instituições estatais, bem como em seu direito negativo o povo opera em favor do chefe do Estado que possivelmente não haveria ordenado suas leis sob o princípio da melhor vontade, nas palavras de Kant: “O que o povo não pode decidir sobre si mesmo, tampouco pode decidir o legislador sobre o povo”<sup>74</sup>. Este seria o princípio universal que um povo poderia julgar os seus direitos negativamente como uma restrição ao poder legislativo e executivo, em outras palavras, o legislador político deve exercer o seu poder político somente nas causas que o povo pudesse decidir por si próprios.

Não obstante, permanece a recomendação imperativa da obediência dos súditos sob um suposto espírito de liberdade que o chefe de Estado proporcionaria aos seus súditos. Segundo o conselho esclarecido de um suposto chefe de Estado esclarecido - Kant se referia ao monarca Frederico II - que afirmava “raciocinais tanto quanto quiserdes e sobre qualquer coisa que quiserdes; apenas obedecei!”. Essa liberdade de escrever se constitui em um direito que salvaguarda o direito da comunidade política contra as ingerências do Soberano.

Kant realiza uma compatibilização problemática entre a obediência incondicional dos súditos e a liberdade de escrever que eles possuem para corrigir os desacertos do soberano. Segundo Kant, a comunidade política é caracterizada como a obediência segundo leis coercitivas, mas ao mesmo tempo possui um espírito de liberdade em expressarem as suas opiniões no uso público de sua razão. Ele foi

---

<sup>73</sup> KANT, 2006, p. 43.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 47.



enfático em sua filosofia política ao impedir que as formas revolucionárias que a Revolução Francesa adotara, a saber, a revolta e a rebelião se instaurassem no Estado civil. Em *Resposta à pergunta: o que é esclarecimento [Aufklärung]*, Kant afirma que a revolução não poderia fornecer o elemento necessário para o esclarecimento do ser humano, que necessitaria apenas da liberdade, neste caso a liberdade de escrita.

Uma revolução poderá talvez realizar a queda do despotismo pessoal ou da opressão ávida de lucros ou de domínio, porém nunca produzirá a verdadeira reforma do modo de pensar. Apenas novos preconceitos, assim como os velhos, servirão como cintas para conduzir a grande massa destituída de pensamento<sup>75</sup>.

A liberdade se constitui no uso público da razão pelos cidadãos para que eles levantem questões sobre todos os âmbitos do conhecimento humano. Todavia, Kant distingue o uso público da razão e o uso privado da razão, este possui as suas limitações segundo a condição social do agente social em um cargo público e uma função que ao agente social foi confiada. Porém, o uso público da razão como uma exposição de idéia a um mundo de letrados e “[...] não age contrariamente ao dever de um cidadão se, como homem instruído, expõe publicamente suas idéias contra a inconveniência ou a injustiça dessas imposições”<sup>76</sup>. Em verdade, o uso público da razão é uma característica do cidadão que expõe as suas idéias e realiza críticas à forma de comando pelo Chefe de estado, contudo, de forma simultânea o cidadão é também um súdito que deve obedecer às determinações soberanas.

Por outro lado, Kant considera como um crime de traição as formas de rebelião e revolução, porque elas causam um arruinamento do fundamento do Estado civil. O filósofo de Königsberg chega ao ponto extremo de afirmar que se o Chefe de Estado se tornar um tirano, mesmo assim não seria permitido aos súditos o direito de resistência, isto é, não seria permitido ao súdito exercer a resistência ao poder do Chefe de Estado e retornar a um estado de natureza. Por exemplo, se hipoteticamente houvesse uma violação pelo chefe de Estado dos princípios do contrato originário e o povo quisesse realizar uma revolução, o povo agiria não como uma comunidade política, mas como

---

<sup>75</sup> KANT, 2005, p. 65.

<sup>76</sup> Ibid., p. 66.

uma facção que se instaurou no Estado.

Esses princípios formais são fundamentais na filosofia política de Kant, pois percebemos no desenvolvimento do pensamento político kantiano a definição dos princípios formais do Estado, Constituição civil e do Cidadão. A liberdade e igualdade constituem o núcleo de concepção do sistema jurídico. Não obstante, o elemento “independência civil”, em alguns momentos da filosofia política kantiana será denominado como dependência jurídica, constitui o artifício que possibilita a passagem do nível do individual, seja na jusnaturalismo do conceito de liberdade como direito originário ou na positivação da igualdade jurídica como súditos, para o nível do coletivo que envolveria a organização de uma comunidade política segundo os princípios da racionalidade. A estruturação política compete necessariamente aos cidadãos e aos seus representantes que agem segundo uma norma, uma vontade, que possa se tornar universal.

Nessa primeira abordagem da filosofia política de Kant apresentamos os três princípios constituintes do Estado civil, embora exista uma semelhança inicial com os princípios ou lema da Revolução Francesa. A diferença incide sobre o princípio de “independência” na filosofia política kantiana ao invés de “fraternidade” do lema da Revolução Francesa. O princípio da independência se constrói como o princípio político, os anteriores – liberdade e igualdade – são direitos dos indivíduos como homem e súdito. Certamente se apresenta um elemento de distanciamento de Kant em relação à Revolução Francesa. Na medida em que as instituições políticas não são constituídas pela revolução ou insurreição de um povo, e sim pelo contrato originário que estabelece os princípios do direito político. E, por outro lado, o objetivo do estado jurídico kantiano não seria a formação de uma solidariedade social, ou fraternidade, mas a vivência dos membros sob determinações legais que seguem os ditames da racionalidade.

A argumentação acima poderia refletir sobre o objetivo do direito, como sabemos o direito teria o objetivo de compatibilizar os arbítrios individuais em consonância com a liberdade de arbítrio de outro indivíduo, não obstante, o direito não teria o intuito de geração de uma solidariedade entre os membros da comunidade jurídica. Para Kant, o exercício da solidariedade social se reportaria necessariamente ao âmbito moral e não ao âmbito do direito. Segundo Kersting, “para Kant uma comunidade de direito não é uma comunidade de solidariedade ao

necessitado, mas uma comunidade para a auto-proteção nesta como o poder para agir"<sup>77</sup>.

Em outras palavras, competiria à moralidade a geração de ações e princípios que considere o outro como indivíduo a ser respeitado em seus direitos e ajudado quando estivesse em necessidade (filantropia). A obrigação da filantropia não seria uma obrigação necessariamente jurídica, mas uma obrigação moral pelos sujeitos de direito.

### 3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REPUBLICANOS EM À PAZ PERPÉTUA

Justitia hostes vincere gloriosius est quam armis (É mais glorioso vencer o inimigo pela justiça do que pelas armas). Cícero. *Dos deveres*, III.

O *Süßen Traum* (doce sonho) dos filósofos, a paz perpétua, se estabelece na filosofia política kantiana como um projeto filosófico a ser colocado em prática. A idéia de paz perpétua se constitui como um dever racional aos seres humanos. O projeto kantiano se encontra entre os vários projetos para a organização de uma ordem internacional na Europa que remonta desde o final do período medieval<sup>78</sup>. A obra de 1795 do filósofo de Königsberg expressa a reconstrução filosófica de um projeto político de armistício entre os Estados em um Tratado de Paz, esse projeto foi preconizado pelo *Abbé Saint-Pierre* e Jean-Jacques Rousseau. Todavia como uma idéia prática, o projeto kantiano não se limita ao estabelecimento de um mero armistício como a “ordem westphaliana”.

As reflexões de *Abbé Saint-Pierre* serviram para a instituição do Acordo de Westphália e os escritos de Rousseau se caracterizaram pelas considerações e críticas ao projeto de *Abbé Saint-Pierre*. Em Kant, a temática da paz é conduzida a patamares de uma obrigação moral que a razão no uso das inclinações humanas conduzirá à realização de seus propósitos, entre os propósitos da razão seria a paz perpétua como o

---

<sup>77</sup> KERSTING, Wolfgang. Politics, freedom, and order: Kant's political philosophy. In: GUYER, Paul. **The Cambridge Companion to Kant**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 345.

<sup>78</sup> Cf. TRUYOL Y SERRA, 1994, p. IX.

sumo bem da política<sup>79</sup>.

Kant não foi o primeiro a desenvolver uma proposta para a paz internacional. Ele menciona *Abbé* de Saint-Pierre e Jean-Jacques Rousseau como seus predecessores. Saint-Pierre havia proposto que as regras cristãs da Europa formariam a federação com um senado permanente em uma corte internacional de arbitragem e a constituição de uma força militar internacional para acalmar as disputas entre os membros estatais. Outros requerimentos mencionados pelo Saint-Pierre são a redução dos exércitos permanentes e a proibição de expansão territorial e intervenção nos assuntos internos de outros estados. Rousseau resumizou os conteúdos da obra de Saint-Pierre e apresentou para uma transmissão ao público<sup>80</sup>.

Em contraposição, com os seus antecessores teóricos do direito internacional, Kant irrompe com a tradição do direito internacional que admitiu um *iustum bellum* (guerra justa) como o princípio do direito das gentes. Na tradição filosófica desde Cícero, passando por Agostinho, e culminando nos filósofos jusnaturalistas modernos (H. Grócio, S. Pufendorf e T. Hobbes) a guerra justa foi considerada como um direito do Estado quando sofresse uma violação por outro Estado. Os teóricos modernos do direito das gentes concebiam as regras para execução de uma guerra que fosse admitida como legítima. A guerra era institucionalizada pelos teóricos do direito internacional sob a determinação de uma guerra justa. Para Kant o *iuri belli* se constitui em uma violação dos princípios racionais de um Estado.

Todavia, na relação de estado natural entre os homens é possível que cada um se influencie mutuamente até mesmo pelo conflito violento. Em verdade, o estado natural dos indivíduos é o estado de recíproca insociabilidade, por isso, a necessidade de constituição de um estado jurídico que coordene as ações dos indivíduos.

A única causa jurídica pensável para uma guerra seria o direito de obrigar o partido adversário a entrar num estado civil e de submeter-se a um

---

<sup>79</sup> KERSTING, 2004, p. 3.

<sup>80</sup> KLEINGELD, Pauline. Kant's theory of peace. In: GUYER, Paul (Ed.). **The Cambridge companion to Kant and modern philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p.478.

poder legislativo. Mas esse direito, por meio do qual Kant integra as fundações dos estados no decorrer da história, oriundos da violência, ao seu argumento da filosofia do direito, não é aplicável às relações inter-estatais. Existe uma assimetria entre a pacificação infra-estatal e inter-estatal: não há uma lei da razão que permita terminar o status *naturalis* entre dois estados por meio da coação. Estados têm de se tratar um ao outro como juridicamente iguais, autônomos e intangíveis. Só nessa condição o direito pode ser posto em prática, e isso conforme o direito dos cidadãos<sup>81</sup>.

A proposta filosófica de paz perpétua estabelece os direitos dos povos em uma federação cosmopolita segundo uma constituição. Em verdade, o problema filosófico de paz perpétua, em Kant, se estabeleceria sob uma forte coerção do elemento moral em suas prerrogativas de instituição do *ius cosmopoliticum*. De fato, Kant se utiliza o verbo dever (*sollen*) em sua forma negativa para colocar as proibições aos Estados que efetivariam o tratado de paz. “[...] Nesse texto estão presentes desde a dimensão claramente determinante dos artigos preliminares e definitivos, todos com a fórmula *Sollen*, até a reflexionante-teleológica da filosofia da história que aparece como garantia da paz”<sup>82</sup>. Em seus artigos preliminares é escusada a possibilidade de cláusulas secretas que fomentem uma possível guerra ou hostilidades. Em sua resenha sobre a Paz perpétua, Fichte acentua que os contrantes ao realizar o pacto social, que estabelece a relação jurídica, se submetem ao direito de atribuir um sistema jurídico ao tratado de paz sem qualquer interpelação que objete ou contradiga o telos da paz<sup>83</sup>.

Em *À Paz perpétua*, Kant estabelece o Estado civil como uma pessoa moral conforme podemos ler na explanação do segundo artigo preliminar à Paz perpétua. O conceito de Estado não permite a sua apropriação e nem a sua anexação por outro Estado, pois o Estado se estabelece como um ente moral e não como um patrimônio que possa ser adquirido por outro estado jurídico. Essa pessoa moral surgiu do contrato originário, esse *pacto unionis* se estrutura com um telos em si mesmo e não permite que o seu resultado – o Estado civil – seja

---

<sup>81</sup> KERSTING, 2004, p. 5.

<sup>82</sup> TERRA, 2003, p.85.

<sup>83</sup> Cf. FICHTE, 1994, p. 373.

reduzido a uma coisa do direito privado relativo ao meu e o teu (*Mein und Dein*) do estado de natureza de outros Estados civis. A compreensão desta prerrogativa permite a constituição de um estado civil em acordo com o direito sobre um povo.

Anexá-lo, porém, como enxerto a outro Estado, ele que tinha como tronco a sua própria raiz, chama-se anular a sua existência como pessoa moral e fazer da última uma coisa, e contradiz, portanto a idéia do contrato originário, sem o qual não se compreende nenhum direito sobre um povo<sup>84</sup>.

O contratualismo da filosofia política de Kant em *À Paz perpetua* consiste em caracterizar o Estado de natureza (*status naturalis*) como um estado de uma hostilidade que não é efetiva, mas que está em permanente tensão de ameaças hostis em sua virtualidade de possível agressão bélica. A teoria kantiana sobre a guerra apresenta um elemento hobbesiano na consideração dos conflitos e das hostilidades, como sendo um elemento próprio da natureza humana ou como *bellum omnium contra omnes* no estado de natureza.

Tal como Hobbes afirma, o estado de natureza é um estado de violência e de prepotência e devemos necessariamente abandoná-lo para nos submeter à coação das leis, que não limita a nossa liberdade senão para que possa conciliar-se com a liberdade de qualquer outro e, desse modo, com o bem comum<sup>85</sup>.

O *status naturalis*, para Kant, é um estado de constantes ameaças hostis e que forçou os homens a implementação de um estado civil, no qual houvesse uma segurança de paz. O fundamento da constituição de um Estado civil sob uma perspectiva cosmopolita é que a influência recíproca entre os homens deve ser exercida mediante as leis de uma constituição civil. A constituição civil se estabelece em três dimensões do direito: o direito civil, direito das gentes e direito cosmopolita. Essas dimensões do direito são necessárias para a instituição da paz perpétua e a extinção da relação de hostilidade e ameaças recíprocas.

“É necessário investigar o estado que a natureza dispôs para as pessoas que agem em seu grande palco, que por fim torna necessária sua

---

<sup>84</sup> KANT, 2008, p. 15.

<sup>85</sup> KANT, *Crítica da Razão Pura*, A 752 B 780.

segurança de paz, e primeiramente o modo como ela fornece”<sup>86</sup>. O palco do *status naturalis* é a disposição tríade dos seres humanos segundo as determinações da natureza: a primeira disposição seria em cuidar para que vivessem em todas as regiões do planeta; a segunda disposição seria em dispersá-los pela guerra e a terceira disposição seria a obrigação de instituição de uma ordem jurídica internacional.

Em sua teleologia da fundação do Estado civil, Kant tece galanteios à guerra e violência como elementos empíricos proporcionadores de um estado jurídico. A sociedade civil (*societas civilis*) adequada aos princípios constitucionais se estabelece empiricamente mediante as leis da liberdade de uma *res publica phaenomenon* que somente é possível na filosofia da história de Kant por meio dos conflitos, guerras e hostilidades mútuas. A coerção às leis públicas, segundo o propósito da natureza, se não instituída pelos seres humanos segundo um princípio racional, eles seriam forçados pelas adversidades sociais da convivência no estado natural. A natureza agiria em favor da razão para a organização de um estado civil e posteriormente à instituição de um Estado dos povos. Para Kant, as divergências ou as inclinações antagônicas dos seres humanos conduziriam os seres humanos a estabelecerem um sistema de leis públicas coercitivas.

À diferença de Rousseau, Kant entende que a luta tem suas raízes na natureza humana. O homem é certamente um ser social, aberto à associação com os demais em benefício mútuo; mas existe por sua vez uma dimensão anti-social, devida a um sentimento de repulsa. A atração recíproca se vê na parte contra-restada pela a tendência de dissociar-se dos outros. Daí, a existência no homem de que com acerto chamou Kant de “insociável insociabilidade” (*ungesellige Geselligkeit*), que traduz uma polaridade de concórdia e discórdia finalmente beneficente para a espécie [...]<sup>87</sup>.

Dessa forma, para o encerramento desse estado de hostilidade potencial os indivíduos haviam preferido o Estado civil sob a égide de uma Constituição civil. Ora, se estabelece como postulado para os fundamentos definitivos da Paz perpétua que essa capacidade de

---

<sup>86</sup> KANT, 2008, p. 45.

<sup>87</sup> TRUYOL Y SERRA, 1996, p.21.

influenciar um ao outro, pela força ou poder, deve se constituir em uma constituição civil. O contrato originário como um princípio racional fundamenta o princípio de todo direito, pois é por meio do contrato originário que se criou a relação jurídica.

A teoria do direito político estabelece a regulação nas interações individuais por meio de uma lei pública, bem como a interação entre os Estados sob uma lei do direito internacional e por fim, a regulação entre os cidadãos e os Estados em uma interação cosmopolita pelo direito<sup>88</sup>. Por isso, Kant realizou uma diferenciação entre as pessoas jurídicas de que trata a Constituição civil no direito: 1) Constituição segundo os direitos civis de um povo (*ius civitatis*); 2) segundo o direito das gentes (*ius gentium*/direito internacional) na relação dos povos uns com os outros e segundo 3) o direito cosmopolita (*ius cosmopoliticum*) na relação dos homens e do Estado em sua influência recíproca como entes de direitos políticos. Esses entes de direitos políticos devem ser considerados, em suas relações externas, como cidadãos de um Estado universal da humanidade.

As três categorias do direito político se constituem pela idéia de liberdade jurídica externa. Uma vez que o telos do Estado de direito é garantia da liberdade externa de seus membros. A teoria do direito de Kant carrega em seu germen a fomentação do direito cosmopolita para a sucessão dos conflitos entre os Estados. De fato, após a formação do estado jurídico, os outros estados jurídicos se constituíram como pessoa moral que estão em conflito contínuo com o outro estado jurídico. Em outras palavras, a constituição do estado civil ainda é insuficiente para o estabelecimento do direito em seu sentido pleno, o direito necessita de uma instância cosmopolítica que efetive o direito à liberdade.

### **3.1 A Constituição civil republicana como critério dos direitos civis (*ius civitas*)**

Na obra sobre a paz perpétua existe uma tese explícita de que a constituição republicana conduz a um pacifismo jurídico em contraposição com a constituição despótica. O primeiro artigo definitivo para a Paz perpétua é a postulação de que a Constituição civil em cada Estado deve ser republicana. A constituição civil se institui sob o princípio da liberdade dos membros da comunidade política na

---

<sup>88</sup> Cf. KLEINGELD, 2007, p. 481.



qualidade de pessoa humana. No entanto, em um estado civil regido por uma legislação jurídica é estabelecida a dependência jurídica dos membros como na qualidade de súditos e a instituição da igualdade jurídica como cidadãos. A constituição civil é derivada do contrato originário que estabelece o Estado civil.

A paz perpétua para Kant é possível somente em uma organização estatal pelos princípios republicanos. A expressão republicana designa a distinção que Kant realiza entre a constituição republicana e constituição democrática. O elemento republicano da constituição se constitui no fundamento de todos os modelos de constituição civil. A constituição civil se estabelecida sobre os princípios da liberdade dos sujeitos morais, ela pode ser concebida como a unidade distributiva da vontade de todos sob um Estado de leis. Por outro lado, o Estado civil como a unidade coletiva da vontade de todos, quer dizer que os sujeitos morais assentiram em um estado sob a coação de leis jurídicas<sup>89</sup>.

O modelo republicano de constituição é única forma de governo em organização política compatível com o sistema jurídico do direito público. O elemento republicano da constituição civil contrasta com a forma democrática de exercício da soberania. Segundo Kant, as formas de Estado (*civitas*) podem ser classificadas segundo a diferença das pessoas que possuem o supremo poder do Estado (soberania/forma *imperii*). Em um Estado, no qual somente uma pessoa possui o poder designamos como autocracia (poder do príncipe); em um Estado, no qual alguns possuem o poder designamos como aristocracia (poder da nobreza) e no Estado em que todos possuem o poder designamos como democracia (poder do povo). “O republicanismo é importante não somente porque é apenas a constituição que é completamente em acordo com direito externo, mas também porque é a somente pela constituição que natureza conduz para a paz”<sup>90</sup>. A forma de governo republicana se contrapõe à forma de governo democrática de um Estado despótico ou paternalista como averiguado em Teoria e Prática.

O modo de governar um povo ou sua forma de governo (forma *regimiis*) se refere ao modo baseado na constituição, no ato da vontade geral, ou é republicana como um princípio político da separação do poder executivo (governo) do legislativo ou, é o modo despótico

---

<sup>89</sup> Cf. KANT, 2008, p. 59.

<sup>90</sup> KLEINGELD, 2007, p. 484.

segundo um princípio da execução arbitrária pelo Estado de leis que ele mesmo se concedeu, por conseguinte, a vontade pública é manejada como sua vontade privada. No despotismo a vontade geral é reduzida à vontade particular do monarca ou do governante, impedindo que haja uma limitação nas paixões monarquista para a guerra. Para Kant, a forma democrática de governo se constitui em governo despótico porque ela está fundada no poder executivo. No modo democrático de governar concebe-se que todos que decidam sobre todos e que todos também contra um. Este que todos decidem contra ele poderá não oferecer o seu consentimento. Nesse sentido, a conclusão lógica é que numa forma de governo em que todos decidam sobre todos, resulta que nem todos realmente decidam. A democracia direta possui em seu gérmen uma contradição *ipso facto* da vontade geral consigo mesma e com a liberdade dos cidadãos porque o mesmo poder político que legisla é aquele que aplica os julgamentos e executa as normas jurídicas.

Por outro lado, em sua forma representativa o governo republicano garante a idéia de direito e da vontade geral, segundo a qual o legislador não é o mesmo que aplica as leis e o contrário também é verdadeiro. A constituição civil republicana possui como exigência a consulta aos súditos e que esses forneçam o seu consentimento para as possíveis ações bélicas do Chefe de Estado. Segundo Kant, os cidadãos refletiriam sobre o ônus da guerra e dificultariam o ensejo de uma guerra.

Kant estima a constituição republicana porque o soberano necessitaria da vontade geral do povo ou de seu consentimento para iniciar uma guerra. Em outra forma de governo (despótica) o chefe de Estado se constitui como proprietário do Estado e não como chefe como ocorre na constituição republicana. Para o “proprietário do Estado”, um monarca, não haveria prejuízo algum se iniciasse uma guerra contra outro Estado, pois o ônus da guerra necessariamente incumbiria ao povo.

Essa constituição civil para o Estado civil, apresentada na Paz perpétua, assim como, os princípios a priori para o Estado civil apresentado em Teoria e Prática, possui três princípios: a) Liberdade dos membros da sociedade; b) dependência de todos em relação a uma única legislação comum (enquanto súditos) e c) igualdade na qualidade de cidadãos. Segundo Kant, a igualdade jurídica é a única que deriva do contrato originário.

### 3.2 A liberdade jurídica exterior e a Igualdade jurídica exterior na Paz perpétua

Kant define a liberdade jurídica exterior por meio do método da negação do conceito de liberdade. Em um primeiro momento poderíamos definir a liberdade jurídica como a permissão para toda e qualquer ação sem que seja realizada a injustiça. Este conceito de liberdade natural é denominado como uma tautologia vazia. Para a dedução do significado de liberdade jurídica exterior sob o prisma da idéia de autonomia. Segundo Kant, a liberdade jurídica exterior não seria somente a autorização para se fazer o que se quer, desde que não cometa injustiça a outrem. Na re-elaboração desse princípio por Kant é defendido um conceito de liberdade jurídica externa que tenha como elemento o assentimento dos cidadãos, quer dizer, a liberdade jurídica seria obedecer a uma lei exterior a qual forneci o meu assentimento. A Liberdade jurídica (externa) é a faculdade de não obedecer a quaisquer leis externas senão enquanto lhes puder dar meu consentimento.

A Igualdade exterior (jurídica) em um Estado civil é a relação que os cidadãos possuem segundo a qual nenhum cidadão pode criar uma relação jurídica sem que submeta a sua vontade a uma legislação jurídica (a lei) e pode ser reciprocamente também de igual modo vinculado a ela. A igualdade jurídica exterior se constitui em um elemento de dependência jurídica que os cidadãos reciprocamente se estabelecem. Esse conceito expressa que um cidadão não poderá ser obrigado a uma lei, à que outros concidadãos não estejam obrigados e o contrário também é verdadeiro. Pois a igualdade jurídica expressa uma relação de reciprocidade entre os súditos de um estado jurídico.

A validade desses direitos inatos, necessariamente pertencentes à humanidade e imprescritíveis, fica confirmada e realçada pelo princípio das relações jurídicas do homem mesmo para com seres superiores (quando ele se representa tais seres), na medida em que justamente segundo os mesmos princípios ele se representa também como cidadão de um mundo supra-sensível<sup>91</sup>.

O princípio da dependência jurídica, segundo Kant, não necessitou ser esclarecido porque se vincula estritamente ao conceito de uma constituição de um Estado civil. Quer dizer que pelo contrato

---

<sup>91</sup> KANT, 2008, p.25.

originário, como um fato jurígeno das relações sob um Estado civil, é pressuposta a dependência jurídica para a sustentabilidade do próprio ordenamento jurídico.

Em sua análise do projeto kantiano de paz perpétua, Schlegel<sup>92</sup> critica a inclusão da dependência jurídica no conceito de constituição. Pois esse princípio não seria somente da constituição republicana, mas em toda e qualquer forma de organização política jurídica. A questão de Schlegel recai sobre os princípios anteriores que se estruturam na forma de negação. Para ele, seria falaciosas a dedução kantiana de introdução de princípios negativos e a afirmação da validade pela negação. Ele propõe que a liberdade e igualdade sejam derivadas da característica positiva do republicanismo. Se compararmos a definição kantiana e a análise de Schlegel é possível compreender a definição kantiana de liberdade como autonomia se constitui em um termo inicial do conceito de liberdade civil. O termo médio seria, na definição apresentada por Schlegel, como não obediência mais às leis externas do que aquelas que a maioria do povo aceitou em sua totalidade e o termo final, para Schlegel, seria a definição dada por Kant como tautologia vazia.

Para Schlegel a igualdade jurídica externa é somente um mínimo desta progressão infinita a idéia inalcançável de igualdade política. O termo médio seria que os cidadãos se obrigariam somente aquelas obrigações que a maioria pudesse querer em sua totalidade. O termo máximo seria a igualdade absoluta de direitos e deveres entre os cidadãos que tivesse por finalidade colocar término a todo o domínio e dependência.

Na verdade, a análise do projeto kantiano de paz perpétua realizado por Schlegel se constitui, segundo Kleingeld, em uma Em apreciar o projeto kantiano como sendo conduzido por um pessimismo nas relações internacionais, uma vez que Schlegel reafirma um conceito puro de Estado que não necessita da avaliação se as pessoas cumprirão as determinações legais. “Curiosamente, e talvez até mesmo em resposta de Schlegel, Kant aponta na *Metafísica dos costumes* que não é a "experiência" ou "um facto", que exige os poderes coercitivos do Estado, mas sim a mera possibilidade de que as pessoas violam uns aos outros os domínios da liberdade”<sup>93</sup>.

Por isso, se justificaria um determinado realismo político na Paz

---

<sup>92</sup> Cf. SCHLEGEL, 1983, vol.1, p. 35-51.

<sup>93</sup> KLEINGELD, 2007, p. 497.

perpétua de Kant ao elaborá-la segundo a forma de um Armistício como se estivesse estruturando um Tratado de paz para os Estados e não somente elaborando um projeto filosófico com os princípios da razão prática para o estabelecimento de um direito cosmopolita.

### 3.3 “*Fiat iustitia, pereat mundus*”: a relação entre a Moral e a política na Paz perpétua

Kant concebe uma primazia à moral em relação com a política, pois a política deve se submeter à tutela da moral para as suas ações. A política em seu plano prático age segundo princípios pragmáticos que analisam as vantagens de suas ações. Nesse sentido, se estabelece o conflito entre a política, como teoria aplicada do direito e a moral. Em sua metáfora do provérbio evangélico, Kant estabelece que a pomba deva guiar as ações da serpente, para que a política e a moral estejam em uma harmonia *in hypothesi* – na prática- em suas deliberações.

O conflito entre a moral e política acontece no plano subjetivo, devido às inclinações egoístas dos indivíduos, pois no plano objetivo – na teoria- não existe esse conflito entre a moral e política. Kant conceitua a moral, em seu sentido prático, como um conjunto de leis incondicionalmente obrigatórias segundo o qual os sujeitos de direito devem agir. Por outro lado, a Política é a teoria aplicada do direito e a moral é a teoria do direito, como teórica. Neste caso, não haveria qualquer conflito da prática com a teoria.

A política se caracteriza como uma teoria geral da prudência [*Klugheitslehre*], isto é, na política os indivíduos possuem algumas máximas que se adéquam aos propósitos da política. Em sua prática a política possui como elemento característico à vantagem e o descumprimento das leis morais. Pois a política, como teoria geral da prudência, elimina os mandamentos morais de seu âmbito de atuação.

A política é a sagacidade ou prudência (*Klugheit*), versa sobre o tipo de ação que transforma tecnicamente a realidade empírica; para lograr, se apóia em conhecimentos fenomênicos adequados e acata suas conexões fáticas. A moral, ao contrário, é a expressão do *homo noumenon* e de sua liberdade<sup>94</sup>.

Kant realiza uma distinção entre o político moral e o moralista

---

<sup>94</sup>CAFFARENA, 1996, p. 67.

político. O primeiro se constitui em um homem que age segundo os princípios da prudência política de modo coexistente com a moral. Por outro lado, o moralista político é aquele que tece uma moral útil as conveniências do homem de Estado. Pois o moralista político subordina os princípios aos fins, tornando desprezível o propósito de conciliar a política com a moral.

A política moral, segundo Kant, se constitui na fundação de um Estado civil que faça a defesa da liberdade e da igualdade e cujo postulado prático é o dever dos sujeitos de direito e não a astúcia como é praticada na política. Essa forma de pensar a política conduz a uma relação entre a política e a moral, em que a política em suas ações deveria analisar se as ações políticas se constituem ou possam se constituir em normas segundo o princípio da moral que é o dever. “[...] A política é uma teoria ordenada a uma prática que, todavia, segue dependendo da liberdade humana. E, seguramente, por isso a insistência kantiana na urgência da atitude moral foi sendo tão grande como foi possível ver”<sup>95</sup>. O provérbio latino *fiat iustitia, pereat mundus* (domine a justiça, ainda que por isso pereçam em seu todo, os celerados do mundo)<sup>96</sup> é um provérbio que se apresenta em forma imperativa e que rompe com a perspectiva política da sagacidade e da astúcia, e impõe a perspectiva moral que almeja administrar os princípios políticos.

Para corrigir os defeitos estruturais da política, Kant apresenta um duplo princípio transcendental da publicidade como mecanismo de correção dos atos políticos. O princípio da publicidade concebe que a confecção de normas jurídicas deve possuir o princípio da publicidade nas pretensões jurídicas. Este princípio visa à coibição da ilegalidade de uma norma jurídica que possa ir contra os princípios da constituição civil. O princípio da publicidade é o que pode ser publicamente divulgado e funciona como critério de aplicação que se encontra a prior na razão para o estabelecimento da justiça no Estado civil.

Seguindo o Princípio da publicidade, Kant apresenta a formula transcendental do direito público: “Todas as ações relativas ao direito de outros homens cuja máxima não se conciliar com a publicidade são injustas”<sup>97</sup>. Este princípio não é um princípio que tenha uma relação com a ética (doutrina da virtude), mas também possui uma relação política como um princípio jurídico. Em sua característica negativa

---

<sup>95</sup> Ibid., p. 74.

<sup>96</sup> Cf. KANT, 2008, p. 71.

<sup>97</sup> Ibid., p. 76.

permite realizar uma discriminação entre o que é justo e o que não é justo em relação aos outros.

Uma forma de aplicação do Princípio da publicidade está relacionada à proibição do direito de resistência. Kant realiza a fundamentação da negação do direito de resistência no que se refere ao direito de Estado. Segundo Kant, deveríamos perguntar se seria legítima a revolta de um povo contra um soberano opressor (tirano) e aplicar o Princípio transcendental da publicidade. O raciocínio dessa questão seria a inferência de que ao tirano não se causaria nenhuma injustiça, mas é injusto da parte dos súditos reivindicarem o seu direito deste modo. O problema se resolveria pela própria estrutura do pacto social, pelo Princípio da publicidade se indagaria ao povo se eles tornariam pública essa possível insurreição - antes do estabelecimento do pacto civil - segundo a máxima do desígnio de uma eventual sublevação ou de revolta entre os membros da comunidade jurídica.

Segundo este princípio questiona-se o próprio povo, antes do estabelecimento do contrato civil, sobre se ele se atreveria a tornar publicamente conhecida a máxima do propósito de uma eventual insurreição. Percebe-se facilmente que, se quer fazer como condição da instituição de uma constituição de Estado exercer a força contra o chefe em certos casos determinados, então o povo teria de arrogar-se uma potência legítima sobre aquele<sup>98</sup>.

O Princípio da publicidade permite a eliminação da falta de consonância entre a política e moral (como teoria do direito/*Rechtslehre*). A consonância da política com a moral seria possível em uma união federativa dos Estados. Segundo Kant, o amor aos homens e o respeito pelo direito dos homens são ambos os deveres, o primeiro é condicionado e o segundo é um dever incondicionado, absolutamente imperativo. A política facilmente coincide com a moral no primeiro sentido (como ética) e sacrificar o direito dos homens aos seus superiores, mas no segundo sentido da moral (como teoria do direito) a política acha aconselhável não entrar em pactos, e escolhe negar-lhes antes toda a realidade e interpretar todos os deveres como sendo atos de benevolência. Kant reformula o princípio da publicidade sob o aspecto positivo do direito público: “Todas as máximas que

---

<sup>98</sup> Cf. KANT, 2008, p. 78.

necessitam da publicidade (para não malograr em seu fim) concordam com o direito e a política unidos<sup>99</sup>.

Dessa forma, Kant postula que as máximas políticas para alcançarem o seu telos devem estar em conformidade com o fim geral do princípio da publicidade e concordar com ele seria a tarefa própria da política. As máximas políticas devem estar em conformidade com as leis em geral para que seja retirada a desconfiança das máximas políticas.

#### 4. A TEORIA DO DIREITO DE KANT

A *Metafísica dos Costumes* de Kant, por muito tempo foi considerada como uma obra de pouca relevância ou negligenciada<sup>100</sup> para a compreensão da filosofia política de Kant. Ela foi primeiramente conhecida pelas jocosas considerações de Schopenhauer sobre essa obra da fase madura da filosofia prática de Kant<sup>101</sup>. Entretanto, Kant desde o Prefácio da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* houvera anunciado que o seu projeto de filosofia crítica da razão, neste caso na crítica da prática pura, incluiria uma Metafísica dos Costumes que indagasse sobre os princípios práticos que existem a priori na racionalidade humana<sup>102</sup>. No Prefácio da *Metafísica dos Costumes*, é retomado esse ensejo de que após a crítica da razão prática se seguiria o sistema que seria composto pelos *Princípios Metafísicos da Doutrina do direito* e os *Princípios Metafísicos da Doutrina da virtude*. Essas seriam as duas divisões da Metafísica dos Costumes. Essa forma de metafísica no uso prático da razão se refere aos princípios que determinam a priori e tornam necessária a realização de um ato e a não realização desse ato ou conduta em relação a princípios universais da moral<sup>103</sup>. Nesse sentido, a *Metafísica dos Costumes* está inserida no sistema crítico em semelhança à metafísica da natureza (*Princípios metafísicos da ciência natural*).

À crítica da razão prática deveria seguir-se o sistema, a metafísica dos costumes, que se compõe de princípios metafísicos da doutrina do direito e princípios metafísicos da doutrina da

<sup>99</sup> Cf. KANT, 2008, p. 84.

<sup>100</sup> Cf. BARON, Marcia. Moral Paragons and the Metaphysics of Morals. In: BIRD, Graham (Ed.). *A Companion to Kant*. Malden: Blackwell Publishing Ltd, 2006, p.335.

<sup>101</sup> Cf. HÖFFE, 1986, p. 194.

<sup>102</sup> Cf. KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, AA 390.

<sup>103</sup> Cf. KANT, 1991, p. 409.



virtude (como uma contrapartida dos princípios metafísicos da ciência da natureza, já publicados), [...] <sup>104</sup>.

A Metafísica dos Costumes se estabelece no projeto de filosofia crítica como uma face da razão como crítica de si mesma, neste caso no que se refere à orientação das ações dos sujeitos em uma sociedade sob leis jurídicas e internamente a autocoação que os indivíduos exercem em suas ações internas como oriundas de princípios morais. A Fundamentação da Metafísica dos Costumes e a Crítica da Razão Prática se constituíram como precursoras da conclusão do sistema crítico no âmbito moral. Esse seria um lado da dupla Metafísica de Kant. O outro lado corresponderia à Metafísica da Natureza ou aos Princípios Metafísicos da natureza. A Metafísica dos Costumes, segundo Kant, é um sistema de conhecimento a priori a partir de conceitos que tem o objetivo de analisar a liberdade de arbítrio dos sujeitos morais. Os seres humanos possuem essa metafísica na forma de idéia de dever, o qual os seres humanos estão obrigados à instituição de uma legislação universal por meio de seus princípios a priori. A Metafísica dos Costumes está depurada de todo o elemento empírico e caracterizada pelos elementos a priori para a sua constituição. Por outro lado, o verso de uma Metafísica dos costumes se constitui na antropologia prática direcionada aos sentimentos, tipos de personalidade e caráter dos seres humanos.

A primeira parte da filosofia moral da Metafísica dos Costumes é a Doutrina do direito como um sistema estabelecido segundo os princípios da razão. Para Kant, o conceito de direito é um conceito puro que possui a sua fundamentação na práxis. Se recordarmos o significado do termo práxis, no texto sobre a Teoria e Prática, observaremos que os princípios teóricos da razão prática necessitam de sua aplicação na prática, em outras palavras entre os princípios práticos não poderia existir um abismo entre a teoria e a práxis. Não obstante, os elementos teóricos oriundos da experiência não se constituem como complementos para a teoria ou para o sistema. Em verdade, o sistema de direito é concebido e projetado de forma apriorística, pois esse sistema se distingue da práxis jurídica empírica. As leis morais, de direito e de virtude, possuem a sua diferenciação em relação às leis da ciência natural, pois aquelas só podem ser compreendidas como fundamentadas a priori e necessárias. Porque as leis morais ordenam a qualquer sujeito

---

<sup>104</sup> KANT, Metafísica dos Costumes, AA 205.

sem ter em consideração as suas inclinações. Uma vez que se postula o sujeito como livre e possuidor de racionalidade prática, então ele estaria obrigado ao cumprimento das leis morais.

Nos parágrafos § A-E da Introdução à Doutrina do Direito é determinado o objeto de discussão jurídica de Kant. Nesses parágrafos o “direito” é tomado na perspectiva de sua *ratio essendi*, pois é questionado o direito em parâmetros teóricos racionais e não empíricos que sejam oriundos do voluntarismo legislativo ou da lógica sistêmica jurídica, como realizara a ciência jurídica da contemporaneidade<sup>105</sup>. No parágrafo § A, Kant determina a doutrina do direito em sua efetivação como direito positivo; em § B a definição do direito segundo a forma de sua abstração; no parágrafo § C está à apresentação do Princípio e da Lei universal do direito como um mecanismo de estabelecimento do sistema jurídico pelos princípios racionais a priori; no parágrafo § D está à configuração do direito como uma faculdade de exercer a coação e finalmente, o parágrafo § E está à apresentação do direito em sentido estrito como o exercício da recíproca coação entre os membros da comunidade jurídica em conformidade com uma legislação universal que garanta à liberdade.

A *Rechtslehre* se constitui na primeira parte da moral que é a metafísica do direito, essa exige um sistema que tenha por origem os princípios racionais. A Doutrina do direito indica o objeto a ser estudado que possui o seu referencial no termo latino *Ius* (direito). Segundo Höffe “De fato, a expressão não indica uma disciplina, mas o seu objeto, o conteúdo; assim, *Lehre* em alemão também pode significar ‘o conteúdo integral de uma lição, aquilo que em um ramo de conhecimento é ensinado articuladamente’<sup>106</sup>.

Kant na Metafísica dos Costumes objetivou alicerçar um edifício que fosse uma completude sobre os deveres, sejam eles os deveres de direito e de virtude. Segundo Baum, “ao proceder à refundação da Doutrina do direito, Kant vai além do Direito natural tradicional e simultaneamente possibilita a Metafísica dos Costumes como sistema conjunto de *ius* e *ethica*”<sup>107</sup>. Dessa forma, Kant trata de diferenciar o âmbito moral entre o direito e a virtude (ética). Segundo essa

---

<sup>105</sup> A ciência jurídica contemporânea que nos referimos está na crítica ao positivismo jurídico de H. Kelsen e a funcionalismo sistêmico da teoria de N. Luhmann. (Cf. HÖFFE, 1998, p. 206 e 210).

<sup>106</sup> HÖFFE, 1998, p.204.

<sup>107</sup> BAUM, 2004, p. 65.

compreensão kantiana do âmbito da doutrina da virtude os seres humanos agem em conformidade com as leis morais, mesmo ao seguirem as leis jurídicas porque essas se constituem em leis da liberdade para aqueles. Se sujeitos agem em sua externalidade da ação ao seguir em conformidade com a legislação jurídica denomina-se legalidade, por outro lado, a conformidade com a legislação ética denomina-se moralidade. Todavia, as duas legislações são complementos da moral.

O resultado que se apresenta a Kant, é, portanto, o da diferenciação entre Direito e Ética em conformidade com as leis sob as quais o homem age: o Direito é a sumo das leis morais externas e coercitivas, a Ética contém todas as obrigações morais internas do homem, mas em que implicitamente, contudo, é tomada a “Moral” como conceito supremo de ambas as disciplinas, assumindo, não raramente, o mesmo sentido que “Ética”<sup>108</sup>.

Nesse sentido, observa-se que as ações livres dos sujeitos morais possuem uma finalidade que na ação em conformidade com o dever (legalidade) e a ação por dever (moralidade) possuem máximas que os sujeitos majoram para si no direcionamento de sua conduta. O conceito de direito é um conceito puro que possui os seus princípios a priori, não obstante, a categoria do direito se refere à práxis, pois possui a sua aplicação na experiência. Por isso que Kant denomina a primeira parte de sua *Metafísica dos Costumes* como Princípios metafísicos da doutrina do direito. A *Doutrina do direito* se estabelece como um conjunto de leis para as quais é possível uma legislação externa. Na hipótese dessa legislação externa se institucionalizar, é denominada doutrina do direito positivo. O estudioso da Doutrina do direito é denominado como jusperito ou jurisconsulto. O perito no direito possui o conhecimento da aplicação da legislação jurídica aos casos da experiência jurídica. A aplicação da lei aos casos de direito e a sua aceitação entre os membros da comunidade jurídica é formada a jurisprudência. Na hipótese de não se formar uma jurisprudência, a aplicação da lei a um caso de direito é permanecida como ciência do direito. A ciência do direito (ciência jurídica) se constitui no conhecimento sistemático da doutrina do direito natural.

---

<sup>108</sup> BAUM, 2004, p.66.

Kant na *Crítica da Razão pura* havia ironizado os juristas que perseguiram um conceito empírico da ciência do direito. “Os juristas ainda procuram a definição para o seu conceito”<sup>109</sup>. Para Kant, a ciência do direito é um conhecimento sistemático da doutrina do direito natural que possui pressupostos a priori.

Kant dirige-se primariamente contra o próprio direito positivo, na medida em que não esteja submetido a princípios morais, e apenas secundariamente contra aquela teoria do direito positivista, que pretende deixar o direito livre de todas as pretensões morais<sup>110</sup>.

Dessa forma, não é possível encontrar a definição de direito se buscado na legislação positiva como elemento empírico, em verdade, o jurisconsulto que assim procedesse adentraria em um círculo vicioso que não se resolveria. Uma vez que a resposta do jurisconsulto se restringiria à definição do que seja o direito na expressão de um ordenamento jurídico restrito à sua temporalidade. Em outras palavras, a definição do jurisconsulto seria a apresentação da jurisprudência em um ordenamento jurídico. Contudo, se questionado sobre a justiça ou a legitimidade de uma lei ou sobre o critério de universalização dessa legislação lhes seria fugidio a resposta. De fato, a definição do termo direito, assim como a busca pela definição do que seja a verdade, se constitui em uma questão metafísica. Kant eleva a questão da definição do direito ao nível de uma metafísica, neste caso a uma metafísica dos costumes. A definição metafísica do direito deve ser investigada por meio de princípios a priori que permitem a institucionalização do direito. O jurisconsulto deveria abandonar os seus princípios empíricos e buscar os fundamentos do direito e de sua legislação positiva em sua racionalidade. Segundo a sátira da metáfora kantiana a uma teoria empírica do direito que estabelecesse o seu arcabouço teórico a partir das leis positivas, essa tentativa de teorização poderia estabelecer um corpo teórico, contudo, lhe faltaria o fundamento da legislação. “Uma doutrina da direito meramente empírica é (como a cabeça de madeira na fábula de Fedro) uma cabeça que talvez seja bela, mas infelizmente não tem cérebro”<sup>111</sup>.

Kant procura mostrar na *Metafísica dos Costumes* que o fracasso dos juristas, na busca do conceito

---

<sup>109</sup> KANT, 1991, p.360. [KrV B 759]

<sup>110</sup> HÖFFE *apud* HECK, 2007, p. 87.

<sup>111</sup> KANT, *Metafísica dos Costumes*, AA. 230.

do direito, resulta da crença de encontrar, na legislação positiva, a resposta para uma questão de essência e que deve ter valor universal. Há uma inversão das questões e das respostas: enquanto se pergunta “quid sit iuris?” (*Was rechtens sei?*), a indagação só encontra resposta no empírico, vale dizer, o que certa legislação positiva do direito diz em certo tempo e em certo lugar<sup>112</sup>.

Essa forma de apresentação do conceito do direito contrasta com a forma empírica de apreensão do objeto de direito como *quaestio facti*, na verdade, Kant almeja apreender o conceito de direito em princípios que estejam fundados racionalmente como *quaestio juris*. Esta acepção do direito se diferencia da concepção dos teóricos do direito natural anterior à formulação kantiana que estavam fundados na historiografia do direito ou em termos técnicos jurídicos. A historiografia do direito natural alemão (Baumgarten e Anchenwall) fundamentava os princípios jurídicos nos fatos jurídicos do direito positivo e constituíam empiricamente a forma teórica de uma ciência jurídica. O objetivo de Kant é a fundamentação de uma doutrina do direito que esteja alicerçada em princípios transcendentais em sua dedução dos princípios morais constituintes do direito. Segundo Höffe:

De fato, Kant dirige-se primariamente contra o próprio direito positivo, na medida em que não se submete a princípios morais, e apenas secundariamente contra aquela teoria do direito positivista, que quer deixar o direito livre de todas as pretensões morais<sup>113</sup>.

O direito, assim como o estabelecimento dos princípios morais, possui uma forma legislativa, na medida em que essa legislação possa ser compreendida como fundamentada a priori e necessária em sua forma prática, bem como oriunda da autonomia dos sujeitos de direito. Não é possível que os dados vindos da experiência se transformem em princípio moral como fizeram os químicos e físicos em suas teorias científicas, pois a doutrina do direito é de outra espécie que as teorias técnico-científicas. A legislação jurídica em sua positividade deve se regular pelos princípios do direito natural<sup>114</sup>. O ato legislativo do direito acontece como expressão da autonomia dos sujeitos de direito no uso de

---

<sup>112</sup> SALGADO, 1986, p. 278.

<sup>113</sup> HÖFFE, 1998, p. 206.

<sup>114</sup> Cf. HÖFFE, 1998, p. 206.

sua liberdade externa.

A consciência da faculdade de sua ação para a produção do objeto chama-se arbítrio. A vontade de um agente se constitui na faculdade de desejar cujo fundamento de determinação interno encontra-se na razão do sujeito. A vontade pode conter o arbítrio, mas também o mero desejo. Por outro lado, o arbítrio determinado pela razão pura chama-se arbítrio livre (*arbitrium liberum*) e o arbítrio determinado apenas pela inclinação chama-se arbítrio bruto (*arbitrium brutum*). A liberdade do arbítrio é esta independência de sua determinação por estímulos sensíveis, sendo esse seu conceito negativo. O conceito positivo é a faculdade da razão pura de ser prática por si mesma, esse modelo positivo de liberdade se relaciona com a autonomia dos sujeitos.

As leis da liberdade são denominadas como leis morais e a sua legalidade ou a conformidade das ações em relação à lei, chama-se jurídica, mas se for exigido que ela – a lei - seja o fundamento de determinação das ações elas se chamam éticas (virtude). A concordância com a legislação jurídica chama-se legalidade e com a última moralidade das ações. A liberdade que se reportam as primeiras –leis jurídicas- só pode ser a liberdade no uso externo, mas aquelas que se reportam às leis éticas denominam-se a liberdade tanto no uso externo quanto no uso interno do arbítrio, na medida em que ele- o arbítrio - é determinado por leis da razão.

Da mesma forma, seja a liberdade no uso externo ou no uso interno do arbítrio, suas leis, como leis práticas puras da razão para o arbítrio livre em geral, têm de serem ao mesmo tempo fundamentos internos da determinação do mesmo, ainda que não devam ser sempre consideradas nesta relação.

Como componente da filosofia moral, a teoria do direito em sua legislação da liberdade incide sobre as ações dos sujeitos morais em sua externalidade que manifesta a legalidade das leis jurídicas. A legislação jurídica, ou mesmo a legislação ética, possui dois elementos centrais procedentes da razão: a lei e um móbil. A lei é um elemento objetivo que determina as ações como necessárias e que deve ser realizada como um dever; o móbil é um elemento subjetivo que faz da lei do dever um móbil para a ação.

A legislação jurídica estabelece a lei sem considerar o móbil da ação, ela admite a possibilidade de que outro móbil não-moral seja fundamento para a ação externa do sujeito moral. A concordância da ação externa com a legislação jurídica se denomina legalidade. Por outro

lado, a legislação ética internaliza a lei do dever no móbil da ação, o qual se denomina moralidade. Os deveres da legislação jurídica são deveres externos porque essa legislação não exige que a idéia de dever, que é uma idéia interna, determine o arbítrio do agente. A legislação ética que possui a idéia de dever internalizada não exclui as ações externas.

Segundo Kant, o conjunto de deveres, pelo fato de constituírem na forma se de deveres, pertence à ética, porém a legislação é que diferencia entre uma ação ética e uma ação jurídica. A ética ordena o cumprimento de um contrato, mesmo que a outra parte não pudesse coagir a tal cumprimento, mas ela assume a lei e o dever correspondente como dado pelo direito. Neste caso, o cumprimento das promessas não se encontra na ética e sim no direito. A ética ensina que a idéia de dever é suficiente como móbil da ação. A legislação que faz de uma ação um dever e deste dever simultaneamente um móbil é denominado como ética. Mas aquela que não inclui o último na lei, admitindo assim também outro móbil que não seja a idéia do próprio dever é denominada como jurídica. Todos os deveres pelo o fato de serem deveres pertencem à ética, mas a sua legislação não se encontra sempre na ética, pois muitos deles se situam fora da mesma. A doutrina do direito e da virtude não se distinguem em relação aos deveres. A diferença incide sobre a forma legislativa. A legislação ética, mesmo que seus deveres possam ser externos, é aquela que não pode ser externa, e a legislação jurídica é aquela também pode ser externa.

#### **4.1 QUID SIT IURIS? O CONCEITO DE DIREITO NA DOUTRINA DO DIREITO**

Na Doutrina do direito, o conceito de Direito se define como um conjunto de condições sob os quais o arbítrio de um pode ser reunido com o arbítrio do outro segundo uma lei universal da liberdade. Segundo Loparic: “[...] o direito trata de princípios fundamentais da legislação externa da razão prática que garantem direitos e deveres no uso externo da liberdade, impondo restrições sobre este uso”<sup>115</sup>. Essa coexistência entre o arbítrio dos membros da comunidade jurídica expressa à função do direito de estabelecer as condições para a

---

<sup>115</sup> LOPARIC, Zeljko. O problema fundamental da semântica jurídica de Kant. In: PEREZ, Daniel Omar (Org.). **Kant no Brasil**. São Paulo: Escuta, 2005, p. 281.

convivência social, bem como o direito expressa uma restrição aos planos de vida que impeçam uma ação externa sobre o princípio da universalidade. O direito não se refere aos planos de vida que estejam orientados à busca da felicidade ao seu próprio modo, todavia, diante das diversas formas de realização pessoal e sucesso, o direito se constitui como um mecanismo de coordenação das ações em compatibilidade com o princípio da liberdade.

O direito está relacionado com a faculdade de coação e de obrigar e isto se referiria ao conceito moral do direito. Em sua conceituação moral do direito, Kant estabelece três dimensões à categoria do direito: 1) apenas à relação externa e prática de uma pessoa com outra pessoa; 2) não significa a relação do arbítrio ao desejo (portanto à mera necessidade) do outro, mas apenas em relação ao arbítrio do outro; 3) não é levada em consideração a matéria do arbítrio (fim que cada um se propõe com o objeto que quer), mas somente a formalidade da ação externa. As leis jurídicas se relacionam apenas com a forma do arbítrio, na medida em que possa se colocar de acordo com uma lei universal.

A primeira dimensão se refere à reciprocidade das relações jurídicas. Se as determinações da moral estão em agir somente na individualidade do sujeito que autonomamente legisla sobre máximas que possam ser universalizadas, por outro lado, o direito se estabelece na coordenação das ações externas de seus destinatários para a adequação de suas ações segundo as normas jurídicas em consonância com uma legislação universal. Essa relação externa é estabelecida pelas ações externas das pessoas de direito, como um fato jurídico, que influencia reciprocamente os membros da comunidade jurídica. Por exemplo, a posse de um objeto no estado civil exige o reconhecimento recíproco dos membros de uma comunidade jurídica do direito privado à posse.

A segunda dimensão concebe que as normas jurídicas se estabeleçam com o objetivo de compatibilização dos arbítrios dos destinatários do direito de acordo com uma legislação universal. Essa dimensão é derivada da primeira dimensão que estabelecia à reciprocidade jurídica, nesta segunda dimensão a relação entre arbítrio está em concordância com responsabilização e imputação de normas jurídicas. A função do direito é a instituição da liberdade e a adequação das ações a esse princípio do direito inato. O direito, como é sabido desde Teoria e Prática, não se relaciona com os desejos e a satisfação dos interesses dos indivíduos em um Estado civil, mas com o arbítrio das pessoas que agem livremente. Por outro lado, “a crítica do utilitarismo em Kant não tem apenas um significado jurídico-teórico,



mas também jurídico-político<sup>116</sup>”, em outras palavras, o direito não se relaciona com o desejo do outro. Essa afirmação conduz a pensar a forma como estado natural é figurado segundo as ambições humanas, a busca pelo poder, o uso da força, etc. diante desses elementos sensíveis o direito não se relacionaria com essas paixões (desejos) dos seres humanos. O direito autoriza a livre busca de sua realização passional pelos indivíduos, no entanto existe a coibição das ações que possam prejudicar a liberdade externa do outro.

A terceira dimensão estabelece que o direito não regule a matéria do arbítrio, mas a sua forma em acordo com uma legislação universal. O direito não se relaciona com o telos das ações humanas, mas com a forma das ações em sua relação de reciprocidade. O formalismo do direito está em garantir que as ações em conformidade com uma lei universal sejam realizadas independentes da motivação para a ação. No exemplo de uma compra de mercadoria, Kant argüiu que não é a preocupação jurídica se no ato da compra o sujeito possui uma vantagem ou mesmo na posse de um objeto não se pergunta a finalidade pela qual o sujeito adquire o objeto pela compra. Essa relação formal do direito não indaga pelos propósitos ou objetivos da ação.

A forma jurídica somente se estabelece em consideração com a relação do arbítrio de um com o arbítrio dos outros associados da comunidade jurídica, pois somente é considerado o sujeito de direito como livre e na medida em que é possível conciliar a sua ação externa com a liberdade de outros segundo as leis universais. Nesse sentido, a definição transcendental do direito é que ele se constitui de condições sob as quais o arbítrio de um pode se conciliar com o arbítrio de outro segundo a lei universal da liberdade.

O direito envolve a faculdade de coação que na forma de uma restrição a todo o impedimento de uma ação externa que cause prejuízo à liberdade de arbítrio de outrem. O sistema jurídico tem a função de compatibilizar as ações externas segundo uma lei universal, bem como à restrição ou impedir que todo e qualquer impedimento à liberdade seja realizado. Pois caso fosse efetivado esse impedimento da liberdade de arbítrio por outro membro da comunidade jurídica seria realizada uma injustiça. Em verdade, o direito se constitui na coação recíproca dos membros da comunidade jurídica segundo uma lei universal da liberdade.

---

<sup>116</sup> HÖFFE, 1998, p. 218.

## 4.2 O conceito de legalidade na legislação jurídica: a extensão do conceito de Direito

Kant desde suas obras precedentes – *Teoria e Prática* e *À Paz perpétua* - à Doutrina do direito houvera conceituado a categoria do direito como um mecanismo de limitação da liberdade dos indivíduos segundo uma consonância do arbítrio dos outros indivíduos da comunidade jurídica. Na teoria do direito de Kant o direito tem a função de instituir as normas jurídicas que garantam a liberdade dos cidadãos. Se analisarmos essas leis jurídicas como leis da liberdade podemos considerá-las como leis morais, por outro lado, se analisarmos pela sua legalidade compreender-se-á que são somente leis jurídicas. A concordância das ações externas a estrutura das leis jurídicas se designa legalidade e a concordância com as leis da liberdade chama-se moralidade das ações.

Kant no prefácio da *Fundamentação da Metafísica do Costumes* havia antecipado essa divisão nas ações entre moralidade e legalidade, ao conceituar a Metafísica dos Costumes como uma investigação das fontes dos princípios práticos que residem a priori em nossa razão. Em que o moralmente bom não pode ser apenas conforme a lei moral, mas deve também ser por amor dessa mesma lei.

Ademais, na primeira seção da *Fundamentação*, Kant distingue a ação conforme ao dever e a ação que foi praticada por dever, e a outra modalidade de ação em conformidade com o dever que foi praticado com uma intenção egoísta ou por inclinação imediata. A ação praticada em conformidade com o dever e por dever constitui a ação ética, e a ação legal é ação em conformidade com o dever, na qual o seu móbil está fundado nas inclinações.

A liberdade que as leis jurídicas se referem é a liberdade no uso externo. Todavia, na legislação ética, a liberdade é referida tanto no uso externo quanto no uso interno do arbítrio, na medida em que o arbítrio é determinado por leis da razão. Kant realiza uma distinção entre o arbítrio *liberum* e o arbítrio *brutum*. Em que o arbítrio determinado pela razão pura chama-se arbítrio livre e o determinado apenas pela inclinação chama-se arbítrio bruto. Nesse sentido, o livre-arbítrio é a independência de determinação por estímulos sensíveis, sendo esse o seu conceito negativo. O conceito positivo de liberdade é a faculdade da razão pura de ser prática por si mesma ou a capacidade de legislar segundo uma lei universal.

Da mesma forma, seja a liberdade no uso externo

ou no uso interno do arbítrio, suas leis, como leis práticas puras da razão para o arbítrio livre em geral, têm de ser ao mesmo tempo fundamentos internos da determinação do mesmo, ainda que não devam ser sempre consideradas nesta relação<sup>117</sup>.

O conceito de liberdade é uma idéia pura da razão humana que na arquitetônica da Doutrina do direito se estabelece como um princípio regulador e possui a ambivalência de ser um princípio regulativo positivo e um princípio regulativo negativo.

A liberdade em seu significado positivo é a legislação das leis práticas incondicionais que são chamadas de leis morais, ou a capacidade de exercício da autonomia para a postulação de leis práticas para a sua própria ação.

Em seu sentido negativo, a liberdade é postulada como uma limitação à intromissão de outro arbítrio sobre a liberdade de outrem. Em outras palavras, a liberdade em seu significado negativo seria a capacidade de agir sem a determinação de uma causa externa à sua vontade. Isso quer dizer que a determinação que procede da vontade para o arbítrio se encontra sem qualquer determinação exterior aos apelos racionais. Isso significa o adjetivo “negativo” do conceito de liberdade como uma independência de determinações exteriores à racionalidade prática.

As leis morais possuem a sua validade como leis, na medida em que possam ser compreendidas como fundamentadas a priori e necessárias. A legislação ética contém duas partes: 1) uma lei que representa objetivamente como necessária a ação que deveria ser concretizada, essa lei transforma a ação em um dever, segundo um móbil que se relaciona subjetivamente à representação da lei no fundamento de determinação do arbítrio para esta ação; 2) a lei faz do dever um móbil. Pela primeira parte, a ação é representada como dever, o que é um mero conhecimento teórico da determinação possível do arbítrio, isto é, de regras práticas que devem ser colocadas em prática; pela segunda parte, a obrigação de assim agir é ligada efetivamente no sujeito ao fundamento de determinação do arbítrio. A legislação que faz de uma ação um dever e deste dever ao mesmo tempo um móbil é denominada como legislação ética. Mas aquela que não inclui o último na lei, admitindo assim também outro móbil que não seja a idéia do

---

<sup>117</sup> KANT, *Metafísica dos Costumes*, AA 214.

próprio dever é denominada como legislação jurídica.

Chama-se a mera concordância ou não concordância de uma ação com a lei, sem considerar seu móbil, a legalidade (conformidade à lei) [*Gesetzmäßigkeit*]; mas a àquela concordância, em que a idéia de dever pela lei é ao mesmo tempo o móbil da ação, chama-se a moralidade [*Moralität*] (*Sittlichkeit*) da ação<sup>118</sup>.

A legalidade jurídica se constitui na possibilidade positiva de uma ação em conformidade com os princípios do direito, não obstante, ela se constitui em uma iminente possibilidade que está para além da legislação jurídica. Porque ela propicia que haja uma ação de conformidade à lei segundo uma legitimidade moral ou moralidade. Nesta ação em conformidade à lei e a aceitação desta segundo a idéia de dever que se constitui no móbil da ação é determinado à legitimidade moral (moralidade).

Os deveres da legislação jurídica são deveres externos porque não é exigida a idéia interna de dever. Por outro lado, a legislação ética faz com que as ações internas sejam deveres tais quais as ações externas. A legislação ética (mesmo que os seus deveres possam ser também externos) é aquela que não pode ser externa e a legislação jurídica é aquela que pode ser externa. Para Kant, não existe a distinção entre os deveres da doutrina do direito e da virtude.

### 4.3 O Princípio e a Lei universal do direito

O Princípio universal do direito se formula nestes termos: “É justa toda ação segundo a qual ou segundo cuja máxima a liberdade do arbítrio de cada um pode coexistir com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal”<sup>119</sup>. Esse princípio do direito se propõe como “critério universal” para a análise das ações dos sujeitos de arbítrio livre que agem segundo essa regra para averiguá-la se as ações são conforme ao princípio do direito ou se são justas (*recht*) ou injustas (*unrecht*)<sup>120</sup>. O princípio do direito fornece aos destinatários do direito uma definição de como uma ação externa pode ser realizada em conformidade com uma legislação universal.

<sup>118</sup> KANT, *Metafísica dos Costumes*, AA 219.

<sup>119</sup> KANT, *Metafísica dos Costumes*, AA 230.

<sup>120</sup> Cf. LOPARIC, 2005, p. 281.

O Princípio do direito estabelece o padrão de julgamento das normas jurídicas. Ele se postula a garantir o único direito inato dos seres humanos – a liberdade – como um direito antecedente ao estado jurídico. “Mas a singularidade deste direito não exclui que ele seja usado como padrão de medida, como cuja ajuda certos direitos elementares pode justificar-se como direitos humanos”<sup>121</sup>. Em verdade, a positivação de normas jurídicas se estabelece mediante o critério do Princípio do direito. Dessa forma, se a ação de um sujeito de direito estiver em conformidade ao Princípio universal do direito, ela pode ser considerada como justa. Ao contrário, se o sujeito de direito é impedido de praticar uma ação que não possa ser praticada segundo leis universais ou segundo as leis da liberdade é estabelecida a injustiça. Todavia, o Princípio universal do direito não pode se constituir como um princípio para as máximas das ações dos sujeitos morais, pois esse princípio regula somente sobre a ação externa dos sujeitos morais. Uma vez que tornar um princípio que pode ser universalizado como máxima compete necessariamente à doutrina da virtude (*ethica*) e não a doutrina do direito (*ius*).

Segundo Guido de Almeida, o Princípio universal do direito se constitui em um Princípio de avaliação (*principium diiudicationis*), porque se estrutura em um critério avaliativo das ações dos sujeitos de direito pelo Princípio e também é um princípio fundamental do direito privado e do direito público<sup>122</sup>. Por outro lado, o termo latino *principium diiudicationis* pode ser considerado como um princípio de ajuizamento, em que podemos julgar ou avaliar se a nossa ação externa está em conformidade com uma legislação universal da liberdade externa de todos os indivíduos.

A Lei universal do direito, segundo Guido de Almeida, é um princípio de execução (*principium executionis*), pois ordena a forma como os sujeitos de direito devem agir em conformidade com a lei universal do direito ou como executar uma ação em conformidade com uma legislação universal da liberdade externa. Essa lei do direito se estabelece na forma imperativa. Em outras palavras, a compatibilidade da ação em uma legislação universal permite o estabelecimento e a efetivação de ações que possam ser em conformidade com o direito. A Lei universal do direito é formulada nestes termos: “Age exteriormente

---

<sup>121</sup> HÖFFE, 1998, p. 223.

<sup>122</sup> Cf. ALMEIDA, 2006, p. 210.

de tal maneira que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal<sup>123</sup>” é uma lei que me impõe uma obrigação ou um dever, porém não possui a força coercitiva para que esse imperativo se transforme em um móbil de minha ação. Uma vez que não compete, *prima facie*, à legislação jurídica constituir as suas determinações – leis – em mólibes para as ações externas. Porém, para os sujeitos de direito que observam a legislação jurídica e agem por amor à lei, essa legislação dos sujeitos de direito pode se tornar uma lei da liberdade.

O agir de que fala a lei do Direito é o agir perante os outros homens que, enquanto pessoas, por sua vez, são capazes de ações racionais assentes sobre máximas, e que assim são livres; é de agir externo que se trata. Embora a lei do direito se refira apenas a estas condições em conformidade com a fórmula [...] é, porém, claro que estas ações externas realizam segundo máximas<sup>124</sup>.

Não obstante, essa imposição de uma obrigação de coexistência entre o meu arbítrio e o arbítrio do outro não se constitui em uma exigência para aqueles que queiram agir conforme o direito, a lei universal do direito se restringe a dizer como é possível restringir a liberdade segundo esse princípio de execução. Kant denomina como “lei” no sentido de uma lei prática que se apresenta ao sujeito de direito como uma ação objetivamente necessária a ser praticada e Kant a formula na forma de um imperativo. De fato, em *À Paz perpétua* (após a discussão do sexto artigo preliminar para *À Paz perpétua*) Kant esclarece o predicado “lei”, em seu sentido lato, as leis em geral – possivelmente a lei universal do direito – possui um fundamento de necessidade prática objetiva. A Lei universal do direito está na exposição da doutrina do direito para apresentar o que é conforme ao direito ou ao justo, a lei universal do direito não tem a função de se constituir em um móbil da ação, pois se ela se constituísse como móbil estaria relacionada com a virtude (ética) e não com a legislação jurídica.

Nesse sentido, a Lei universal do direito está em uma tensão de facticidade e validade na aplicação desse princípio de execução, pois se de um lado a lei universal impõe uma obrigação *ipso facto* ela não tem o poder de coagir aqueles que não queiram que ela coaja. Quer dizer, no

<sup>123</sup> KANT, *Metafísica dos Costumes*, AA 231.

<sup>124</sup> BAUM, 2004, p. 69.

plano ideal a lei universal do direito exerceria a coação, contudo, no plano fenomênico, assim como as leis morais, os sujeitos de direito podem não agir segundo o imperativo da lei universal do direito. Todavia, se a Lei se constitui em um princípio de execução para aqueles que desejam agir conforme o dever (*ius*) e por dever (*ethica*), então ela se torna um princípio de liberdade aos sujeitos de direito. Segundo Kant,

É certamente uma lei que me imponha uma obrigação, mas que não espera de modo algum, menos ainda exige, que, devido exclusivamente a esta obrigação, eu mesmo devesse restringir minha liberdade àquelas condições, mas a razão apenas diz que, em sua idéia, minha liberdade está restrita a elas e pode ser restrita por outros também ativamente; e isso ela diz como um postulado, o qual não pode ser demonstrado ulteriormente<sup>125</sup>.

Nesse sentido, a lei universal do direito permite que os sujeito sejam livres ao majorarem sobre as suas máximas, porém recomenda que as suas ações externas devem ser conforme a legislação jurídica. Pois, a legislação jurídica não possui a mesma exigência da legislação ética, o elemento determinante na legislação jurídica é a adequação da ação externa com o a lei universal do direito. Essa reciprocidade jurídica estabelece um estado jurídico, o qual está fundamentado na coexistência da forma dos arbítrios e sem a determinação da matéria ou conteúdo que os indivíduos queiram dar ao seu arbítrio *liberum*.

A lei jurídica da razão exige de cada um exatamente a limitação da liberdade, com a qual todos que influenciam uns aos outros em suas liberdades através de suas ações concordariam sob certas condições em uma situação livre de ameaça, isto é, uma limitação da liberdade que é estritamente universalizável, limitando cada ser humano do mesmo modo<sup>126</sup>.

O dever jurídico de estabelecer a minha liberdade de arbítrio em conformidade com a liberdade de arbítrio de outro indivíduo é realizado em sua facticidade, porém, é regulado segundo a lei universal do direito. A obrigação sobre os indivíduos se realiza de forma restritiva para proteger igualmente a liberdade de todos, quer dizer que a minha ação

<sup>125</sup> KANT, *Metafísica dos Costumes*, AA 231.

<sup>126</sup> KERSTING *Apud* MERLE, 2007, p. 99.

externa não deve ser contraditória ao direito originário dos outros associados do Estado civil.

Dessa forma, por meio de uma dedução analítica Kant demonstra em sua Doutrina do direito que o único direito originário dos seres humanos deve ser protegido por meio da coação que a lei universal do direito exerce sobre os indivíduos em suas ações externas, contudo, para aqueles que queiram a Lei em sua racionalidade prática, ela se constitui em uma não-coação.

#### 4.4 O sistema de direitos

O direito não deve ser pensado como composto de duas partes: a obrigação segundo uma lei e a faculdade daquele que obriga o outro através de seu arbítrio. Ou mesmo, como uma faculdade de coagir ao cumprimento da obrigação. O conceito do direito deve consistir imediatamente na possibilidade da conexão da coação recíproca universal com a liberdade de qualquer membro da comunidade jurídica, bem como se constituir em lei da liberdade para aquele que deseja cumprir por razões morais. O direito e a faculdade de coagir significam a mesma coisa ou se implicam mutuamente. Em verdade, o direito é definido pelo seu exercício da coação sobre seus destinatários. Em seu sentido lato, o Direito está relacionado à faculdade de coagir, quer dizer que a coação se coloca como um obstáculo ao que se impõe como impedimento à liberdade de arbítrio. Em outras palavras, toda a ação que se assenta sobre o princípio da contrariedade ao direito se constitui como um obstáculo ou em uma resistência à liberdade segundo as leis universais. A coação jurídica possui a obrigação de adequar a ação em conformidade com o direito. Por outro lado, o direito em sentido estrito como uma faculdade de coagir não pode ser pensada como determinada por uma lei, mas apenas como um decreto. Esses direitos seriam: a equidade (assume um direito sem coação) e o direito de necessidade (uma coação sem direito).

O Direito como faculdade (*facultas*) moral de obrigar a outros, como um fundamento legal para obrigar os seus destinatários, tem por divisão o direito inato e adquirido. O direito inato é entendido como aquele direito que pertence a qualquer indivíduo por natureza, que é independente de todo ato jurídico. Para Kant, o único direito inato dos seres humanos é a liberdade. Por outro lado, o direito adquirido é aquele que necessita para a sua existência a exigência de um ato jurídico que positive tal direito.

O Direito como uma doutrina sistemática se divide em direito



natural e direito positivo. O direito natural está fundamentado em princípios a priori da razão e o direito positivo é procedente da vontade do legislador jurídico. O direito natural se constitui em um critério racional para a instituição do direito positivo, este deve refletir os princípios racionais a priori do direito natural. Em verdade, o direito natural se executa na diferencia entre o justo e o injusto segundo uma legislação universal e o direito positivo se constitui na expressão fática do direito ou do que seja o justo por meio de normas jurídicas. Podemos depreender que a concepção kantiana de direito natural e de direito positivo está relacionada com a sua perspectiva contratualista de estado natural e estado civil. Segundo Cortinar Orts, essa equiparação se deve ao fato de que “A distinção entre o direito natural e positivo conduz melhor a diferenciação entre um direito pré-estatal, que pode ser social, e um direito estatal”<sup>127</sup>.

O direito natural se constitui em direito privado e o direito positivo (civil) como um direito público (ou oriundo do Estado civil). Uma vez que o *status naturalis* se contrapõe ao *status civilis*, pois o direito privado pode haver em uma sociedade sem um Estado jurídico, mas somente é possível o estabelecimento do meu e o teu ou a posse legal por meio do direito civil na hipótese de existência de leis públicas de coação em um estado civil. Em verdade, o direito público se constitui no objetivo de assegurar o direito privado pela constituição do Estado civil. “A legitimação do Estado coloca a sua tarefa de garantir peremptoriamente o meu e o teu, que eram provisoriamente no estado de natureza”<sup>128</sup>. Como sabemos o *status naturalis* em Kant se constitui como um elemento atemporal, que em diferença à Rousseau, ele não possui uma historicidade, ao contrário ele se constitui em uma idéia regulativa da razão. Nesse sentido, o legislador político se observa obrigado a legislar o direito natural humano e a garanti-lo pela força estatal.

Assim como em Teoria prática, Kant reafirma na Doutrina do direito que o único direito inato do homem é a liberdade como a independência do arbítrio coercitivo de um indivíduo, na medida em que pode subsistir com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal. Desse direito inato decorre a igualdade inata como a independência em não ser obrigado por outros mais do que se pode

---

<sup>127</sup> CORTINA ORTS, 1989, p. XLV.

<sup>128</sup> Op. cit., p. XLV.

também obrigá-los reciprocamente. Essa qualidade da igualdade inata pode ser na qualidade de homem como seu próprio senhor (*sui iuris*) e como homem íntegro (*iusti*). O conceito de liberdade para Kant possui uma importância na fundação do Estado civil, pois mediante a defesa desse direito natural é que todas as leis terão o dever de proteger os seus destinatários. Nesse sentido, não podemos afirmar que haja realizado qualquer ato de injustiça no estado anterior ao estado legal.

Essa divisão suprema do direito natural não pode ser dividida entre o direito no estado natural e o direito em um estado social. Mas deve ser entre o direito no estado natural e no estado civil. O primeiro é chamado de direito privado e o segundo é denominado direito público. Na medida em que o estado de natureza se contrapõe ao estado civil, e tanto neste como naquele é possível uma socialização, todavia a constituição de uma sociedade civil, que assegure direitos por meio de leis públicas, é somente possível no estado civil<sup>129</sup>.

Na Divisão geral da Metafísica dos Costumes, Kant argüi que os deveres podem ser classificados como deveres de direito, que possuem uma legislação externa, e como deveres de virtude, sendo impossível a estes uma legislação externa. Segundo Kant, Cícero havia concebido a Doutrina dos costumes (moral) como a doutrina do deveres, todavia, poderíamos concebê-la também como uma doutrina dos direitos. Porque é da liberdade que procedem todas as leis morais e todos os direitos tanto quanto deveres por meio de um imperativo moral. O imperativo moral é uma proposição que ordena um dever. A partir da idéia de dever podemos desenvolver posteriormente a faculdade de obrigar aos outros, isto é, o conceito de direito. Nesse sentido, a Doutrina do deveres se constitui em representar o homem segundo a sua faculdade de ser livre. Ele possui a qualidade de ser inteiramente supra-sensível, portanto, também segundo sua humanidade, como personalidade independente de determinações físicas (*homo noumenon*), diferente dele mesmo como sujeito acometido dessas determinações (*homo phaenomenon*).

#### 4.5 O Direito privado e o Direito público

A Doutrina do direito está dividida em duas partes. A primeira parte é denominada de direito privado e a segunda parte é denominada como direito público. Na primeira parte é designado o direito privado

---

<sup>129</sup> Cf. KANT, *Metafísica dos Costumes*, AA 243.

como relacionado ao meu e o teu externo em geral. Kant entende que o direito privado se refere ao direito inato que os indivíduos possuíam no Estado de natureza e o direito público se constitui na positivação do direito inato no Estado civil que assegura o meu e o teu civil por meio das leis públicas de coação. Uma vez que a divisão suprema do direito natural não pode ser aquela entre Estado de natureza e direito social, mas tem de ser aquela entre direito no estado de natureza e o direito civil, dos quais, o primeiro é chamado de direito privado, o segundo, direito público. Pois ao estado de natureza contrapõe-se, não o estado social (*Gesellschaftliche*), mas o estado civil, porque naquele bem pode existir sociedade, mas não uma sociedade civil que assegure o meu e o teu através de leis públicas, chamando-se direito, por isto, no primeiro, o direito privado.

O direito privado ou o direito do meu e teu externo em geral (*meum iuris*), que é oriundo do estado pré-cívico, se caracteriza pela afirmação de que o conceito de posse jurídica se constitui na condição subjetiva da possibilidade do uso em geral. Em outras palavras, a posse jurídica é explícita pelo o meu de direito na qualidade daquele objeto externo, o qual o sujeito de direito está ligado, e se o outro quisesse fazer uso dele sem o meu consentimento haveria de causar uma lesão ou delito. O conceito da posse jurídica de um objeto não se constitui em um conceito empírico, mas possui uma realidade prática que permite a aplicação aos objetos da experiência empírica. Kant realiza uma divisão entre a posse sensível (*possessio phaenomenon*) e a posse inteligível (*possessio noumenon*), a primeira se referiria a uma posse física de um objeto externo e a segunda se referiria à posse inteligível em sua forma jurídica ou como o objeto externo pensando em uma perspectiva formal. Essa posse jurídica de um objeto somente é possível em um estado sob leis coativas, nesse sentido, se deduz a permissão ao sujeito de obrigar os outros a quem se disputa a posse de um objeto a entrar em uma constituição civil. Sobre esses princípios transcendentais, de divisão entre posse inteligível e posse sensível, Kant apresenta a sua teoria da propriedade. A posse está relacionada à permissão para o uso do objeto externo e também se coloca como uma restrição à atividade de outro que deseje possuir um objeto de outrem sem a autorização.

No *status naturalis*, a posse dos objetos é provisória, pois não existe um poder que estabeleça definitivamente a posse de um objeto para os sujeitos, e sim, um modo de permanecer na posse de um objeto segundo a força ou a inteligência dos indivíduos no Estado de natureza. O direito natural que é positivado no estado jurídico não sofre qualquer diminuição desse direito que é conhecível a priori pela racionalidade

prática. O Estado de natureza, como um estado não-jurídico, é aquele que inexistente uma concepção de justiça distributiva. Kant concebe a justiça distributiva como uma idéia que é conhecível a priori pela razão, contudo, essa idéia necessita de um estado jurídico para se estabelecer. Neste caso, com a instituição do estado civil, o soberano executaria a justiça distributiva segundo o direito natural dos indivíduos no Estado de natureza. Essa justiça distributiva é efetivada por meio da sentença em um tribunal. Sendo assim, o único ideal de justiça que se possui no estado natural é a justiça comutativa que é válida entre as pessoas em seu comércio recíproco para a aquisição de coisas externas (objetos), pois o estado natural se apresenta como um estado sociável, mas não regido sob leis coercitivas públicas que garantam a igual liberdade de todos.

A segunda parte da Doutrina do Direito é constituída pelo Direito público. A primeira seção do direito público está relacionada ao direito do Estado. O direito público se constitui em um conjunto de leis que necessitam de uma promulgação em um Estado jurídico. Em outras palavras, o direito público é um conjunto de leis para um povo em um estado civil. O postulado do direito público é fornecido pelo fundamento do direito privado no *status naturalis*, uma vez que no estado natural a convivência social é inevitável e os indivíduos possuem uma tendência antagônica a se associarem e se isolarem, bem como, uma constante continuidade das hostilidades e da violência. Os indivíduos por meio do conceito de direito na relação externa se obrigam a um estado jurídico de justiça distributiva em detrimento do estado natural de potencial violência. Como vimos o direito público se constitui no conjunto das leis que necessitam de uma promulgação universal para produzirem um estado jurídico. Os indivíduos em estado de natureza se encontram sobre uma influência recíproca, bem como em um estado de hostilidades recíprocas. Nesse sentido, eles necessitam de um estado jurídico que sob uma vontade legislante realize a transformação dos indivíduos em membros de uma comunidade jurídica por meio de uma constituição civil [*Verfassung*] (*constitutio*) a fim de instaurarem o direito positivo.

Na Doutrina do direito o Estado civil [*bürgerliche*] (*status civilis*) é o estado dos indivíduos como um povo que está em uma relação de reciprocidade jurídica. Esse Estado (*civitas*) de todos os membros em relação a seus próprios membros é denominado República (*res publica*) quando pela sua forma (representativa e de divisão dos poderes políticos) se constitui o interesse comum de todos em se encontrar em um estado jurídico. A primeira ação a ser realizada é a necessidade de deixar o estado natural e instituir o estado civil.

Deve-se sair do estado de natureza, no qual cada um segue sua própria cabeça, e unir-se com todos os outros (não lhe sendo possível evitar entrar em interação com eles) com o intuito de se submeter a uma coação externa legal e pública, portanto entrar em um estado no qual é determinado legalmente o que deve ser reconhecido como o seu de cada um, cabendo-lhe por um poder suficiente (que não é o seu, mas um poder externo) deve-se antes de tudo o mais entrar em um estado civil<sup>130</sup>.

O Estado natural não se constitui propriamente em um estado de injustiça, mas um estado de ausência de direito. Em que o direito natural estava em contínua disputa entre os indivíduos do estado natural. Uma vez que não havia um juiz competente para fornecer a sentença e realizar a justiça distributiva com o objetivo de evitar a efetiva violência entre os indivíduos. Essa necessidade de reconhecer uma aquisição (posse provisória) antes da entrada no estado civil é a apreensão de que as leis sobre o meu e o teu no estado de natureza contêm, segundo a forma, o mesmo que prescrevem as leis no estado jurídico sob as leis do direito público.

A formação do Estado civil (*civitas*) se constitui na união de uma multidão de homens sob a determinação de leis jurídicas. Essas leis são necessárias como leis a priori, isto é, como resultado do conceito de direito externo em geral (não de forma estatutária), sua estrutura é a forma do Estado, tal como deve ser segundo princípios jurídicos puros. Os princípios puros são idéias da razão que servem de diretiva (norma) para toda a união efetiva em uma república (portanto internamente).

O contrato originário é o ato fundante do Estado civil, por meio deste ato o povo se constitui em um Estado, com o qual todos no povo entregaram sua liberdade externa, para imediatamente retomá-la como membros da república. A característica peculiar do contrato originário, na Doutrina do direito, é a expressão da Vontade unidade do povo como artefato de legitimação do poder político. Em suas *Reflexões sobre a filosofia do direito*, Kant afirma que: “O contrato social é a regra e não a origem da constituição estatal. O contrato social não é o *principium* da fundamentação do Estado, se não a da administração do Estado e

---

<sup>130</sup> KANT, *Metafísica dos Costumes*, AA. 312.

contém a idéia de legislação, de governo e de justiça pública”<sup>131</sup>. A idéia racional de contrato social se constitui como modelo de juridicidade, no qual toda a constituição civil deve se espelhar. A idéia de legislação e a administração estatal conduzem a formação de um estado jurídico que seja legítimo em relação aos princípios racionais a priori. Em verdade, o pacto social é um procedimento de garantia da justiça pública por meio da legislação jurídica que é expressa pela vontade soberana do povo.

Kant como filósofo da filosofia política moderna e seguindo a divisão do poderes políticos (conforme cunhado por Montesquieu) apresenta o poder político dividido em três poderes no Estado civil ou a vontade universalmente unificada em uma tríplice pessoa política: 1) a pessoa do poder soberano (soberania), na pessoa do legislador, 2) poder executivo na pessoa do governante (no seguimento da lei) e 3) o poder judiciário (como reconhecimento do seu de cada um de acordo com a lei), na pessoa do juiz. Os três poderes no Estado são coordenados entre si como as pessoas morais, ou seja, um complementa o outro para a completude da constituição do Estado; eles estão subordinados uns aos outros, de tal maneira que um não pode usurpar ao mesmo tempo a função do outro e por fim, eles conferem a cada súdito o seu direito pela reunião dos dois momentos anteriores. Por outro lado, os três poderes do Estado se constituem como dignidades políticas, o soberano universal é o povo e o súdito se constitui na relação de comandante com os seus subordinados.

A metáfora de Kant sobre os três poderes é a comparação com o silogismo da lógica aristotélica. Dessa analogia à lógica aristotélica identificaríamos que termo maior seria a lei que deriva da vontade do soberano, o termo menor a ordem de proceder segundo a lei ou o princípio da subsunção à lei pelo executivo e a conclusão pelo poder judiciário na forma de sentença sobre o que é direito em cada caso em questão. Desta forma, é postulado por Kant que a vontade legislante é irrepreensível em vista do que diz respeito ao meu e teu externo, a faculdade executiva é irresistível e a ordem judicial é irrevogável. Segundo essa tríade do poder político soberano, Pinzani afirma que:

A trindade política do poder legislativo, executivo e judicial corresponde em um silogismo prático no sentido de que nos três conceitos dos supramencionados conceitos de justiça expressam

---

<sup>131</sup> KANT, *Reflexionen zur Rechtsphilosophie*, XIX, n. 7734 *apud*, CORTINA ORTS, 1989, p. LXIII.

uma possibilidade, atualidade ou necessidade da propriedade. A lei expressa uma mera possibilidade, uma vez que não trata de casos particulares, mas tem um conteúdo geral, de acordo com o conceito de direito típico da teoria política moderna (um conceito pelo qual a maioria das leis em nosso estado contemporâneo seria nada, mas decretos governamentais). Uma lei seria, por exemplo, prevêem que o soberano pode cobrar um imposto específico para sustentar um exército no tempo de guerra, mas não especificam a quantidade de dinheiro que cada assunto é esperado para pagar, no máximo, pode especificar a razão, segundo a qual as diferentes classes de cidadãos devem ser sobrecarregadas financeiramente. Esta disposição geral iria encontrar a sua real aplicação apenas através de um decreto governamental, ou seja, através da ação do poder executivo. O que era apenas possível se torna real: *wirklich*. O poder judicial finalmente dá o caráter de necessidade de uma lei por fazer cumprir a sua aplicação através de sanção da violação do decreto governamental.<sup>132</sup>

Ao Poder legislativo somente compete à vontade unificada do povo ou à vontade universalmente do povo é que legisladora. Da vontade legisladora do povo procede todo o direito, pois se fosse de outro modo poderia ser cometida a injustiça contra o povo. Dessa forma, a vontade concordante e unificada de todos é a decisão que cada decide sobre todos e todos sobre cada um como uma vontade unida do povo que legisla. Enfim, os três poderes possibilitam ao Estado uma autonomia, no qual cada um constitui a si mesmo em conformidade com as leis da liberdade que obrigam a todos em uma constituição civil sob os princípios jurídicos racionais.

O Estado possui um poder sobre os cidadãos porque os contratantes consentiram na *auctoritas* (autoridade) do poder soberano. Essa autoridade é pressuposta e legitimada pela vontade soberana dos membros da comunidade civil. Segundo Waldron, o uso da autoridade soberana poderá ser exercido pelo consentimento dos cidadãos em obedecerem à legislação ou exercido pela força estatal para a garantia de

---

<sup>132</sup> PINZANI, 2008, p. 230.

sua autoridade<sup>133</sup>. A primeira perspectiva manifestaria um entendimento comunal ou a concepção do Estado como um corpo político ou comunidade política [*gemein Wesen*], no qual os cidadãos observam na legislação jurídica a expressão da vontade unida do povo. Nesse sentido, o representante político, como delegado do povo, institui as leis e essas expressam a vontade do povo. A segunda perspectiva estaria relacionada ao entendimento institucional do poder soberano. A perspectiva institucional compreende que existe pelo Estado uma dominação legal sobre os sujeitos de direito e que estes devem adequar as suas ações as determinações da autoridade soberana. Esta perspectiva manifesta o caráter coercitivo do sistema jurídico que estabelece as ações externas em conformidade com o direito.

Os cidadãos (*cives*) se constituem como membros de uma sociedade (Estado) que reunidos para a legislação conjuntamente com os seus atributos jurídicos inseparáveis de sua natureza como cidadãos, a saber, a liberdade legal, a igualdade civil e a independência civil, estabelecem as leis que seguirão na República. A liberdade legal é concebida como a recusa de obedecer a qualquer lei que não se tenha dado o seu consentimento; a igualdade civil é entendida no sentido de não reconhecer com relação a si mesmo nenhum poder superior no povo, a não ser em relação ao qual ele tenha a mesma faculdade moral de obrigar juridicamente ao que o outro tem de obrigá-lo e a independência civil como capacidade de ser o seu próprio senhor, quer dizer, a característica social daqueles de não ficar a carecer a sua existência e sustento ao arbítrio de outro, mas por meio de seus próprios direitos e forças, como membro da república, por conseguinte, como personalidade civil, de não ser representado por nenhum outro em assuntos jurídicos.

O sufrágio é a qualidade própria dos cidadãos da República de Kant, dessa forma, se distingue o cidadão ativo e o cidadão passivo. Existe essa contradição no conceito de cidadão na Doutrina do direito que Kant percebe entre o cidadão ativo (*citoyen*) e o cidadão passivo – em outros escritos seria o *bourgeois*. O cidadão passivo seria aquele que o seu sustento é retirado de acordo com a disposição de outras pessoas e não pelo o seu próprio trabalho, por isso não possuem a personalidade civil. Quer dizer que o cidadão passivo não possui uma independência

---

<sup>133</sup> WALDRON, Jeremy. Kant's Theory of State. In: KLEINGELD, Pauline (Ed.). **Toward perpetual peace and other writings on politics, peace and history**. New York: Yale University, 2006, p.179.



jurídica e muito menos uma independência econômica. Todavia, a relação de dependência em relação à vontade de outros e esta desigualdade não são contrárias a liberdade e a igualdade dos membros como homens, que reunidos em uma comunidade civil constituem o povo.

O cidadão ativo (*citoyen*) é aquele que possui o direito de organizar e contribuir para a introdução de leis no Estado, ele possui uma independência social e tira o seu sustento de seu próprio trabalho. Assim como em outros escritos políticos, a propriedade se constitui no elemento que diferencia o cidadão ativo e o cidadão passivo. A ideia de propriedade como elemento para configuração da cidadania representa a introdução de um elemento não-metafísico no sistema metafísico de Kant para a edificação do Estado como um elemento que relaciona a filosofia política de Kant com a tradição aristotélica e jusnaturalista moderna. Segundo Abellán,

A introdução de um elemento empírico, não fundamentado normativamente – a posse de alguma propriedade como condição do cidadão ativo - em que gera uma quebra dentro de sua construção a priorística da *societas civilis*, reproduz uma das características básicas do conceito de cidadão da tradição aristotélica e jusnaturalista moderna<sup>134</sup>.

Os jusnaturalistas modernos, Hugo Grócio e Samuel Pufendorf, na fundamentação do direito político sob bases racionais reintroduziram a discussão política aristotélica sobre a sociedade política, bem como adotaram as categorias políticas que constituíam na teoria política de Aristóteles o cidadão, a saber, o elemento natural (ser homem) e possuir a propriedade. Entretanto, os contratualistas a partir do prisma do direito natural racional introduziram a idéia de contrato social para o surgimento do Estado civil e abandonaram a perspectiva aristotélica de finalidade natural dos homens a viverem sob uma comunidade política. Por outro lado, o elemento artificial, para os contratualistas, é que constituiria a sociedade civil e não mais seguiriam o naturalismo político aristotélico. Kant se encontra sobre esse contexto de discussão política, pois mediante essa discussão no direito privado ou sobre a teoria da propriedade será possível instaurar a posse definitiva no estado civil, bem como os bens jurídicos que o cidadão terá direito.

---

<sup>134</sup> Cf. ABELLÁN, 2004, p. 240.

A capacidade jurídica e política do homem derivam de que seja proprietário: o matrimônio e os filhos são entendidos como um direito de propriedade do homem sobre suas ações; a liberdade é uma propriedade que se pode perder, alienar e recuperar<sup>135</sup>.

Em tempo, seguindo a observação de Abellán, o conceito de cidadão ativo como portador do direito ao sufrágio foi aceita paulatinamente na teoria constitucional moderna e sendo deixado de lado o outro lado, que seria o de súdito<sup>136</sup>.

A idéia como um princípio prático da razão e o dever de obedecer ao legislador se segue a proposição: o soberano no Estado tem apenas direitos em relação ao súdito, mas não possui nenhum dever em relação a eles. Se o soberano procedesse contra a lei, ainda assim o súdito não poderia opor resistência a esta injustiça, mas apenas reclamações. A constituição civil não pode conter nenhum artigo que tornasse possível um poder no Estado, no caso das leis constitucionais pelo comandante supremo, opor-se a ele e assim restringi-lo. A República está organizada do seguinte modo, o regente do Estado é a pessoa a quem compete o poder executivo; o agente do Estado é quem cria os ministérios e prescreve ao povo as regras que em conformidade com a lei é possível ao povo ter a posse definitiva de algum objeto. As decisões do administrador do Estado se estabelecem na forma de portarias e decretos porque se relacionam a um caso específico e são possíveis de revogação. A soberania popular é definida como a capacidade de legislar que em um sentido virtual seria o exercício da vontade unida e coincidente do povo. A soberania popular é exercida pelo legislador político que não pode ser a mesma pessoa do regente, pois este está submetido às leis e obrigado por elas. Por outro lado, o soberano pode retirar os poderes políticos do regente, depô-lo ou reformar a sua administração, mas não executar uma penalidade, pois esta função compete ao poder judiciário. O poder judiciário possui os seus magistrados nomeados pelo soberano na forma de eleições livres. Em tese, é o povo que realiza o julgamento de si mesmo, porém, na prática, o julgamento se realiza por meio de seus representantes, os delegados.

O povo pertence ao soberano como súditos na mesma relação de um comandante e seus subordinados. O regente do Estado – Chefe de

---

<sup>135</sup> ABELLÁN, 2004, p. 244.

<sup>136</sup> Cf. ABELLÁN, 2004, p. 255.

Estado – possui a relação de direitos com os seus súditos, porém não possui nenhum dever que possibilite coagi-lo se for contra as leis públicas. Nesse sentido, Kant assevera que a Constituição civil não poderia possuir elemento de controle do regente do Estado que pudesse coacionar ou restringir o seu poder soberano. Nesse caso, é desferida a crítica kantiana a uma constituição moderada que estabeleça alguns mecanismos de proteção às intromissões do Estado na vida dos indivíduos, que essa constituição seria uma quimera que deixa intrincada a possibilidade de oposição a um governo.

De fato, em seus escritos políticos, Kant tacitamente protestou contra o direito de resistência de um povo ao seu governante. Ora, a obediência civil caracteriza a função do súdito no Estado civil, pois ele se submete a uma vontade legisladora universal e a essa vontade legisladora é representada pelo soberano. Portanto, qualquer que seja a resistência do povo em relação ao seu representante, o regente de Estado, se constitui em uma desobediência aos princípios constitucionais que estabeleceram o estado jurídico. Uma vez que uma legislação suprema que estabelecesse a possibilidade de resistência as suas normas jurídicas, não seria admitida mais como legislação suprema porque a supremacia estaria nas mãos daquele que se opõem as leis do Estado. O que seria uma *contradictio in adjectis*, pois falsearia o estabelecimento de uma seguridade jurídica ao soberano e aos súditos no cumprimento do dever no Estado jurídico.

O povo é representado pelos deputados no parlamento e tem nestes os guardiões de sua liberdade e de seus direitos pessoais vivamente interessados em si mesmas e em cargos civis, aos quais em vez da resistência à usurpação do governo, cujo anúncio público precisa já de uma unanimidade prévia no povo. Neste caso, sendo impossível tal unanimidade da vontade legisladora consigo mesmo não existe qualquer resistência legítima do povo contra o legislador supremo do Estado. Porque somente pela submissão dos súditos sob uma vontade universalmente legisladora é possível um estado jurídico, portanto, não há qualquer direito de sedição, sob o pretexto de abuso de seu poder (*tyrannis*), de atentado contra sua pessoa e mesmo contra a sua vida. Pois, a menor tentativa se constitui em alta traição e o traidor dessa espécie deve ser punido com a morte como alguém que mata sua pátria (parricida). O fundamento do poder do povo de suportar até mesmo um abuso do poder supremo considerado insuportável é que a resistência à própria legislação suprema nunca pode ser pensada senão como ilegal e mesmo como destruindo o todo da constituição legal. Por outro lado, é possibilitada a alteração da constituição política que se encontre em

estado defeituoso. Essa alteração constitucional somente pode ser realizada tal correição pelo poder soberano mediante as reformas, mas não pelo povo em uma revolução. Mas quando ocorre uma revolução somente pode ser atingido o poder executivo e não o poder legislativo. Se essa revolução for bem sucedida devem os súditos se comportar como bons cidadãos.

#### **4.6 DE KANT PARA HABERMAS: A APROPRIAÇÃO DA FILOSOFIA PRÁTICA DE KANT PELA TEORIA DO DISCURSO NA CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DO DIREITO PARA A SOCIEDADE COMPLEXA E PLURALISTA CONTEMPORÂNEA**

Diante desse constructo da ordem jurídica instituída mediante os princípios formais da razão devemos conceber que semelhante à afirmação de Kant em suas *Reflexões sobre a educação*, “são duas as descobertas que no direito deve ser considerada como muito difíceis: a arte de governar os homens e propriamente de educá-los”<sup>137</sup>. A filosofia política de Kant se constitui no alicerce teórico para a instituição da teoria discursiva do direito. Não obstante, Habermas realiza uma reestruturação dos princípios políticos kantianos e os reorganiza sobre os princípios lingüísticos de sua Ética do discurso.

Na verdade, Habermas em sua análise da teoria do direito de Kant realiza uma apropriação dos conceitos fundamentais da filosofia prática do filósofo de Königsberg e o reformula por meio de uma teoria discursiva do direito. Os diversos momentos de diálogo entre a filosofia prática de Kant e a construção da teoria discursiva do direito se realizam pelo arcabouço teórico de Kant. Por exemplo, o primeiro conceito fundamental para a investigação da categoria social direito como inserida em uma tensão entre facticidade e validade é a diferenciação de Kant da ação em conformidade com o direito e a ação em conformidade com a ética. Como sabemos, em termos da Teoria discursiva, a primeira ação social se refere a uma ação estratégica, na qual os indivíduos realizam uma calculo do benefício pelo custo, e a segunda ação social se refere a forma da ação comunicativa, na qual os indivíduos avaliam a legitimidade da norma jurídica e por meio de sua motivação racional cumprem a determinação jurídica como uma ação com valor em si

---

<sup>137</sup> KANT, *apud* PHILONENKO, 1982, p. 270.

mesma.

Nessa próxima secção será oportuno tem em mente a forma conflitante de fundamentação do direito pela teoria política de Kant. Uma vez que a aceitação de uma fundamentação da ordem jurídica pelos princípios da liberdade subjetiva e posteriormente pelos princípios da liberdade política conduzem ao entendimento da existência de uma tensão na filosofia kantiana do direito que será refletida na discussão contemporânea sobre a fundamentação e legitimação do direito constitucional nos Estados democráticos de direito. De fato, a partir do século XIX a discussão da fundamentação do direito eclode sob uma dupla perspectiva: a fundamentação pelos direito subjetivos e a fundamentação pelos direitos políticos de exercício da soberania popular. Poderíamos afirmar que essa tensão na fundamentação do Estado democrático de direito se constitui na discussão filosófica dos pensadores políticos da tradição do Iluminismo. Segundo Wellmer, esses filósofos possuiriam uma concepção de liberdade universalista de liberdade que se interligaria com uma concepção de direitos fundamentais que o Estado de direito deverá assegurar aos seus membros<sup>138</sup>. Essa dialética na instituição da ordem político constitui a discussão entre os liberais e os republicanos sobre o direito constitucional norte-americano.

Habermas, por meio dessa tensão na filosofia jurídica de Kant, irá fundamentar a sua tese de co-originariedade entre os princípios do direito subjetivo e do direito político na instituição do Estado democrático de direito.

---

<sup>138</sup> WELLMER, 1996, p. 41.

### **PARTE III: A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO: RESOLUÇÕES DAS APORIAS SOCIAIS DO DIREITO NA MODERNIDADE**

A filosofia se coloca em uma tarefa desnecessária quando trata de demonstrar que não somente resulta óbvio por razões funcionais, sem que também seja uma obrigação moral organizar a convivência na forma de direito, isto é, o formar comunidades jurídicas. Aos filósofos deveria satisfazer-lhes que nas sociedades complexas somente com *medium* do direito é possível estabelecer fielmente essas relações de respeito mútuo (também entre estranhos) como moralmente obrigatório. (HABERMAS, 1998b, p. 677).

#### **5 A DUPLA FACE DE JANUS OU O SISTEMA DOS DIREITOS EM SUAS APORIAS SOCIAIS: A RESOLUÇÃO PELA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO**

Na mitologia romana a personagem *Janus* representa um ente sobrenatural ou uma divindade que é apresentada como possuindo duas faces, essa divindade era responsável pela abertura e fechamento do ano. Diante disso, Habermas realiza uma a relação entre as faces de *Janus* e a compreensão do direito moderno em sua bilateralidade atributiva de direitos civis como imerso no paradoxo da legitimidade pela legalidade.

O direito moderno, como caracterizado nos capítulos anteriores, foi analisado sob a perspectiva da teoria do agir comunicativo de Habermas. Essa postura filosófica não se contenta apenas em descrever a categoria do direito, mas ela possui o escopo de realizar uma teoria crítica que reconstrua a categoria do direito como ele deve se estabelecer na sociedade complexa e pluralista contemporânea. Uma vez que a Teoria do discurso é compreendida como uma teoria crítica da sociedade que não se limita a uma postura de observador na descrição entre a norma e a realidade social, porque essa postura filosófica possui o objetivo de dirimir as aporias sociais da sociedade contemporânea.

O mote inicial que Habermas adota é o fato de que os cidadãos se

atribuem direitos uns aos outros para a constituição de um ordenamento jurídico. Nesse ato de positivação das normas jurídicas é que se insere a tensão entre a facticidade e a validade no direito. A tensão entre a facticidade e a validade na categoria do direito acontece porque ela possui uma ambivalência na forma de sua legitimidade. Pois, a necessidade de elementos contra-factuais para a legitimação do direito conduz a rejeição dos fundamentos processuais do positivismo jurídico, bem como, a preclusão da forma legitimadora do jusnaturalismo. Daí, a solicitação de um elemento legitimador que esteja fundamentado na razão comunicativa dos sujeitos de direito. Essa legitimação do direito na teoria da ação comunicativa se realiza por meio do comprometimento dos destinatários do direito com a forma de estabelecimento das normas jurídicas, na medida em que eles se compreendam também como autores do direito. Em outras palavras, o sistema de direitos deve extrair a sua força legitimadora de sua própria racionalidade na mediação da integração social pela racionalidade comunicativa.

Habermas considera que a característica preponderante do direito moderno é a de positivação de direitos subjetivos. Os direitos subjetivos são a garantia que as pessoas jurídicas possuem em um espaço destinado ao emprego da liberdade de ação conforme o arbítrio dos indivíduos, desde que as ações individuais não se imiscuem na liberdade subjetiva do outro sujeito de direito. De fato, a ênfase de Habermas ao categorizar o direito moderno está na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*, que em seu artigo quarto afirma que:

A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.

O estabelecimento do Estado democrático de direito mediante as Revoluções políticas do século XVIII permitiram a estruturação de uma ordem jurídica que reconhecesse a liberdade subjetiva de seus cidadãos em igualdade de uso segundo um princípio de reciprocidade jurídica. Segundo Habermas, Kant em seu Princípio universal do direito na Doutrina do direito teria fundamentado esse princípio do direito a partir do artigo quarto da Declaração dos direitos do Homem e do cidadão de 1789. Essa relação entre o Princípio do direito e a Declaração está na observação de que a ação poderia ser afirmada como legítima, se ela cumprir o pressuposto de compatibilidade entre a ação do sujeito de

direito e o arbítrio de cada membro da comunidade jurídica mediante uma legislação universal. O princípio do direito constituiria no direito ao maior grau possível de liberdade segundo uma relação de igualdade em uma legislação. Aqui, o conceito de lei ou de legislação representa a idéia de igual tratamento entre os associados da comunidade jurídica, e o conceito de direito se expressa por leis abstratas e gerais que são atribuídas a todos os associados. Essa abstração dos conteúdos das normas jurídicas expressa uma adequação com as estruturas sociais da sociedade complexa que se estabelece como neutra de um ponto de vista ético e da busca da felicidade pelos indivíduos. Entretanto, como fundamentar a legitimidade das leis na legalidade ou no cumprimento de requisitos funcionalistas pelo ordenamento jurídico em uma sociedade complexa? Pois o direito em sua indiferença aos princípios éticos estabelece a liberdade subjetiva de ação e almeja a sua legitimidade pelo princípio da soberania popular. Deste fato, se constituiria um paradoxo nos direitos civis a possibilidade de observar a legitimidade da legislação jurídica pelo fato de serem cumpridas por razões não-morais pelos membros da comunidade jurídica.

Na Antiguidade e na Idade Média, o direito possuía como elemento legitimador a moral ou a eticidade de um grupo social. O direito estava subordinado à moral com o seu fundamento metafísico ou religioso, caracterizando o Jusnaturalismo clássico dos antigos ou o Jusnaturalismo teológico dos filósofos cristãos no período medieval. A legitimidade do direito era reconhecida por causa da existência de uma eticidade que orientava as ações dos indivíduos em um grupo social. Segundo Wolfgang Kersting em sua análise sobre a fundamentação do Estado de direito na filosofia política da modernidade em comparação com o modo clássico:

O pensamento político da Antiguidade e da Idade Média se estendia entre os dois pólos: por um lado, o aristotelismo político de orientação moral, e, por outro lado, o direito natural estóico-cristão, que se orientava por normas. Essas duas concepções teóricas constituíam o marco categorial compromissivo para o auto-entendimento social e político da Europa antiga<sup>139</sup>.

O direito natural clássico da tradição aristotélica ao tomismo possuía uma eticidade que, na sua dimensão vertical, ou seja, na relação

---

<sup>139</sup> KERSTING, 2003, p. 35.



entre as instituições estatais e o indivíduo, cuidava da formação dos padrões culturais de valoração e instituiu a motivação para a formação do caráter. A dimensão vertical da eticidade estabeleceu os padrões normativos e axiológicos que motivava as ações dos indivíduos. Na dimensão horizontal, na relação dos indivíduos entre si, possibilitou o reconhecimento de instituições legitimadas segundo a eticidade. Em outras palavras, os indivíduos reconheciam a legitimidade das instituições sociais que estavam estabelecidas. Essa característica do jusnaturalismo clássico representa a herança metafísica do direito natural, segundo o qual existia uma subordinação do direito positivo ao direito natural ou moral. Todavia, com o advento da Modernidade e com o processo de racionalização do mundo da vida houve o destronamento das tradições culturais e da eticidade. A modernização social as tradições culturais e a socialização vertical do *ethos* foram sendo paulatinamente dissociando de seu vínculo no mundo da vida. Por outro lado, a socialização horizontal foi se diferenciando nas diversas formas de orientação dos planos de vida dos indivíduos e de suas práticas sociais.

A característica da ação social na modernidade é a possibilidade de o sujeito no uso de sua capacidade de razão prática ajuizar sobre assuntos práticos que antes estavam assentados sob uma orientação consuetudinária nas sociedades tradicionais. Por exemplo, a determinação do que seja ético, na modernidade adquire um desempenho subjetivista. A capacidade racional compele os indivíduos a elencarem a sua própria forma de vida. Nesse processo de formação da consciência moral os indivíduos são impelidos a considerarem as suas ações sob um ponto de vista simétrico à possibilidade de realização pelo outro sujeito de direito. Esse indivíduo se orienta pelos princípios universais de uma moral racional que se distingue do *ethos* tradicional por não possuir uma referência ao grupo social que o indivíduo tenha pertencimento. A capacidade reflexiva dos indivíduos em uma sociedade pós-convencional exige que seus participantes adotem um enfoque em direção ao entendimento e ao estabelecimento de normas. Em igual medida as relações sociais se concentram no *medium* direito para dirimir os seus conflitos, bem como os indivíduos orientam as suas ações pelo sistema de direitos.

O direito moderno assumiu as premissas da filosofia da consciência que reputa à razão prática do sujeito a capacidade de se orientar por normas universais que eles mesmos podem se estatuir. Os indivíduos, com a sua racionalidade prática, na modernidade não orientam as suas ações pelo *ethos* do grupo social que eles pertencam,

não obstante, as ações são orientadas pelos princípios morais universais. De fato, com a decomposição da eticidade, o direito moderno necessitou buscar sua fundamentação na racionalidade prática dos sujeitos, essa forma de fundamentação jurídica ficou caracterizada como o direito natural racional. O direito moderno desobriga os indivíduos dos mandamentos morais pela garantia de suas liberdades subjetivas, e que, na qualidade de um conceito de direito subjetivo, desempenha uma função central na modernidade. Essa função social permite que a pessoa do direito possua um espaço de ação e que aja conforme a sua vontade e preferências.

A categoria do direito permite equilibrar a fraqueza que as ações sociais possuem diante dos mandamentos morais, no que se refere às exigências para uma ação moral, isto é, a satisfação cognitiva, motivacional e organizacional da ação. Estes três problemas referentes ao agir moral são exauridos pela facticidade de produção e aplicação do direito. Pois diante da indeterminação cognitiva, que possuem os indivíduos para a ação moral, o ordenamento jurídico determina as normas a serem seguidas; na questão sobre a motivação para o agir moral, o direito, no processo instituição das leis, estatui os meios de coerção necessários para a ação em conformidade com a lei jurídica, por exemplo, as sanções. Por fim, no problema referente à organização ou à imputação de obrigações, por causa do caráter universalista que a moral possui diante dos problemas da humanidade, o direito estabelece os mecanismos para a resolução desses problemas na qualidade de mediador entre os indivíduos. Não obstante, na perspectiva da teoria do agir comunicativo é verificado que a categoria do direito não pode se limitar a cumprir requisitos funcionais em uma sociedade complexa, mas que o direito precisa desempenhar um papel de realização da integração social dos cidadãos por meio do entendimento intersubjetivo dos sujeitos que agem discursivamente nas pretensões de validade.

O direito moderno libertou os indivíduos dos mandamentos morais ou da motivação que deveriam possuir para o cumprimento da lei, posto apenas solicitar dos indivíduos que cumpram as determinações da lei ou que a liberdade de arbítrio dos indivíduos se adapte à aplicação da lei. Ora, Habermas identifica no processo de legislação dos direitos civis a existência de um paradoxo, que por um lado, possui uma estrutura de concessão aos indivíduos de um espaço de liberdade de arbítrio e, por outro lado, tem o processo legislativo fundamentado em um procedimento democrático de confecção das normas jurídicas, no qual os indivíduos devem orientar-se pelo interesse coletivo mediante o entendimento mútuo no ato de atribuição de direitos e deveres que

regerão a convivência social.

Dessa forma, existe um suposto o paradoxo no sistema dos direitos civis porque tal sistema estabelece os direitos concernentes ao exercício da autonomia política dos cidadãos, por um lado, e concede um espaço de liberdade de arbítrio aos indivíduos, por outro lado. Este estabelecimento da liberdade subjetiva ocorre pelo processo de socialização horizontal dos indivíduos no ato de atribuição de máximos direitos a todos os associados da comunidade jurídica. Todavia, nesse processo de socialização horizontal não é examinada convincentemente a capacidade que o sistema dos direitos possui como força de integração social por meio do agir comunicativo dos indivíduos orientados pelo entendimento mútuo, mas apenas realizada uma conexão problemática entre a liberdade subjetiva e a autonomia política dos envolvidos.

Uma vez que o direito moderno ao mitigar os requisitos para uma ação moral e o colocar na forma de lei. Essas leis jurídicas obtêm a sua legitimidade no processo legislativo que está circunscrito ao princípio da soberania popular e assim é estabelecido o paradoxo na estrutura do ordenamento jurídico. Pois, ao mesmo tempo o direito moderno garante as liberdades subjetivas de ação e a possibilidade de exercício da autonomia política pelos cidadãos. Segundo Habermas, o paradoxo se estabelece porque os direitos de cidadania e os direitos subjetivos possuem a mesma estrutura formal. Ademais, Habermas enfatiza que os direitos políticos podem ser interpretados como liberdade subjetiva de ação, pois também exigem de um comportamento motivado racionalmente para um comportamento em conformidade com as normas jurídicas.

Todavia, o ordenamento jurídico em seu processo legislativo democrático necessita confrontar as expectativas de seus membros com expectativas normativas de orientação ao entendimento na comunidade jurídica. Ora, para preencher este requisito o direito precisa recorrer ao agir comunicativo com sua força de integração social.

### **5.1 A crítica de Habermas à teoria do direito de Kant**

Habermas considera que o sistema de direito positivo e a moral pós-convencional (moral racional) se desenvolveram co-originariamente e se nutriram das reservas de eticidade substancial que possuíam as sociedades convencionais. De tal maneira que ele retoma a discussão da estrutura do direito e a sua relação com a moral na teoria do direito de Kant. O objetivo de Habermas é postular como tese que o princípio do direito e o princípio da vontade unida e coincidente do povo, ou como

Habermas prefere nomear como Princípio da democracia, não devem estar subordinados ao Princípio da moral como acontece na filosofia política e jurídica de Kant. Essa tese de Habermas, a saber, a subordinação do Princípio do direito e o da democracia ao Princípio da moral na Doutrina do direito de Kant, serão analisados pormenorizadamente no próximo capítulo quando nos detivermos na análise crítica de sua Teoria do discurso comparada com a teoria do direito de Kant. Em verdade, existe um escarnecimento da crítica de Habermas ao princípio da democracia em Kant, pois na visão de Habermas esse princípio somente se constituiria no modo de governo republicano na filosofia política de Kant.

Na Paz perpétua, Kant caracteriza que um povo de demônios, que contemporaneamente a partir da Teoria da Justiça de John Rawls poderíamos caracterizá-los como um grupo de egoístas racionais que usando de sua capacidade racional, neste caso de sua razoabilidade, poderia instituir um Estado de direito segundo os princípios razão humana comum (*common human reason*). Em Kant, a instituição de um Estado (*Staatserrichtung*) seria possível se eles tivessem o entendimento, pois mediante a instituição do Estado, as leis coercitivas públicas poderiam formar bons cidadãos. Contudo, não seria possível a formação de um homem moralmente bom, pois um “povo de demônios” se constitui de seres que agem segundo o seu auto-interesse a satisfação de suas inclinações egoístas.

A teoria do direito de Kant, segundo Habermas, não esclareceu satisfatoriamente como seria a legitimação das leis gerais. Essas leis gerais teriam a função de estabelecer um sistema de egoísmo bem-ordenado segundo uma legislação jurídica. Existe uma indeterminação na teoria do direito de Kant na relação entre o Princípio da moral, do direito e da democracia, pois ambos os princípios estabelecem à sua maneira a idéia de autolegislação. Com esses três princípios na forma da autonomia, Kant teria criticado a teoria do contrato social de Thomas Hobbes que objetivava justificar um sistema de direitos civis fundado no auto-interesse dos membros da comunidade jurídica.

De fato, Hobbes no Do cidadão (*De Cive*) estabelece que o telos da cidade seja a satisfação dos interesses dos indivíduos, segundo essa obrigação o soberano (governante) deveria estabelecer o bem-estar da maior parte dos indivíduos pela a legislação jurídica. De certa forma, se estabelece um estado de leis, no qual os indivíduos somente serão prejudicados por sua própria culpa ou escolha. E que a garantia da segurança no Estado civil não se limitaria apenas à conservação da vida dos indivíduos, mas também à garantia da felicidade. “Pois os homens

se reuniram livremente e instituíram um governo a fim de poderem, na medida em que o permitisse sua condição humana, viver agradavelmente”<sup>140</sup>.

Essa forma de fundamentação hobbesiana do Estado de direito estabeleceria o sistema jurídico sem o auxílio de fundamentos morais. Por conseguinte a teoria política hobbesiana estabeleceria um Estado de direito sem democracia. Segundo Habermas, a filosofia política de Hobbes considera que o soberano emite as suas ordens na forma de leis jurídicas conforme o direito moderno. Essas leis jurídicas são expressas na forma de leis gerais que garantem as liberdades subjetivas de ação. Para Habermas, a fundamentação das leis jurídicas que estabelecem os direitos privados não pode ser baseada internamente na ordem jurídica que já está legitimada. Quer dizer que a fundamentação dos direitos privados não acontece pelo processo democrático de legislação política. Ora, na teoria hobbesiana, segundo a Teoria discursiva, ao estabelecer um sistema jurídico que bem organize o egoísmo racional dos indivíduos, esse sistema jurídico possuiria de antemão a sua legitimidade na satisfação dos interesses dos súditos.

Para a fundamentação da legitimidade das ações do soberano ou da linguagem jurídica do Soberano, Hobbes precisou estabelecer esse sistema de egoísmo bem-ordenado como preferível em um estado pré-cívico pelos sujeitos de direito que agem teleologicamente orientados. Hobbes equipara, no Estado de natureza, os interesses dos indivíduos com os partidos que eles estão filiados segundo os seus interesses. Segundo Habermas, Hobbes equivocou-se ao compreender que, assim como, os indivíduos que fazem proferimentos na forma da primeira pessoa do singular, os partidos também tomariam as suas decisões conforme os indivíduos. Contudo, os partidos no Estado de natureza almejam realizar uma troca entre a sua liberdade subjetiva de ação pelas liberdades do direito privado. O continuum da teoria política de Hobbes é apregoar uma fundamentação normativa do exercício da dominação legal é dispensável na medida em que satisfaça os interesses dos súditos. De maneira que a tensão entre a facticidade e validade das normas jurídica se desfaz na instituição de um sistema de egoísmo bem-ordenado. Em outras palavras, o que poderia ser fundamentado moralmente e quisto pelos princípios morais podem ser abandonados em face da construção de um sistema de egoísmo bem-ordenado.

---

<sup>140</sup> HOBBS, 2002, p. 199.

No entanto, a filosofia política de Kant em Teoria e Práxis observou contra Hobbes que os direitos subjetivos não podem ser fundamentados segundo os modelos do direito privado. Segundo Habermas, Kant estabeleceu a distinção na legitimação entre o contrato originário e o contrato comercial do direito privado, o que supostamente não acontece na teoria política de Hobbes. Kant compreendeu que Hobbes em sua teoria política se constituiu em um teórico do Estado burguês e construiu a socialização política em termos absolutistas ao estabelecer o princípio do utilitarismo no direito privado burguês. A tensão que a teoria do agir comunicativo interpreta haver no direito moderno, no que se refere à sua legitimação, se dissolve na dominação política e jurídica do soberano hobbesiano que garante a estabilidade política por meio da satisfação do egoísmo de seus associados. Como podemos observar na seguinte citação do livro *Do cidadão (De Cive)*, escrito por Thomas Hobbes,

Pois a cidade não foi instituída para o bem de si mesma, mas para o dos súditos; e, no entanto não se exige que ela cuide em particular de tal ou qual homem. Pois o governante (enquanto tal) não cuida da segurança de seu povo a não ser por meio de suas leis, que são universais; e, por conseguinte se desincumbe de tudo o que deve caso se esforce e empenhe, por leis salutares, em estabelecer o bem-estar (*welfare*) da maior parte, e em fazê-lo tão duradouro quanto for possível - de modo que ninguém sofra males, se não for por culpa própria, ou por algum acaso que não pudesse ser prevenido. [...] Portanto, quem assumiu a administração do poder nessa espécie de governo pecaria contra a lei de natureza (porque pecaria contra a confiança dos que lhe confiaram tal poder), se não estudasse os meios, que forem viáveis através de boas leis, para aprovisionar em abundância os súditos não apenas com as boas coisas relativas à vida, mas também com aquelas que aumentam o seu conforto (*delectation*)<sup>141</sup>.

Portanto, podemos observar a tese de que Hobbes tentou argumentar com um viés empirista que o estado civil é preferível ao estado de natureza, porque os indivíduos observam a argumentação

---

<sup>141</sup> HOBBS, 2002, p. 199.

hobbesiana por meio de um cálculo racional e de seus interesses individuais, as vantagens de se viver em um estado civil que satisfaça os seus interesses pessoais. Nesse sentido, Hobbes no capítulo décimo terceiro do livro *Leviatã*, no objetivo de fundamentar o contrato originário em termos empíricos, procede ao afirmar que:

As paixões que fazem os homens tender para a paz é o medo da morte, o desejo daquelas coisas que são necessárias para uma vida confortável, e a esperança de consegui-las através do trabalho. E a razão sugere adequadas normas de paz, em torno das quais os homens podem chegar a acordo<sup>142</sup>.

Dessa forma, Hobbes apresenta as motivações que hipoteticamente levariam os homens a preferirem o Estado civil em comparação ao Estado de natureza. Para a passagem do estado natural para o estado civil, os indivíduos deveriam renunciar parcialmente à liberdade e que se estabelecessem as seguintes condições: 1) Os indivíduos devem compreender a significado da relação social fundada no princípio da reciprocidade. Na construção hipotética do Estado de natureza os indivíduos não possuem a atitude de assumir a perspectiva de uma segunda pessoa e nem a de se observar segundo a perspectiva da segunda pessoa; e 2) Os partidos que acordam no contrato social tem que assumir a perspectiva da primeira pessoa no plural que está vedada aos sujeitos no estado de natureza e Hobbes reconhece a regra de ouro que advém com esta socialização, a saber, no *Leviatã* no capítulo XIV *Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris*<sup>143</sup> como uma lei natural e que permitiria uma fundamentação moral que estaria em desacordo com o sistema de direitos fundado no egoísmo racional. A regra de ouro *Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris* expressa a recomendação da derivação da primeira lei da natureza que é a busca da paz e a segunda lei da natureza, derivada da primeira, que é a necessidade de associação por meio de um contrato para alcançar a paz. Nesse sentido, a segunda lei da natureza obrigaria os indivíduos a renunciarem o seu direito a todas as coisas em benefício da comunidade jurídica e na obtenção de sua liberdade em coexistência a com liberdade de todos os outros. Não obstante, as leis da natureza possuam o caráter moral, a teoria política hobbesiana – em sua característica empirista – permaneceu a ênfase da

---

<sup>142</sup> Ibid, 1988, p. 74.

<sup>143</sup> Esse brocardo latino “*Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris*” pode ser traduzido pela regra de ouro: “Não façam a outrem o que não queres que te façam”.

estrutura o sistema dos direitos no cálculo racional e nos interesses dos indivíduos estrategicamente orientados o que produziu uma insatisfação na forma de legitimar o ordenamento jurídico.

Em seu recente artigo intitulado *A juridificação da liberdade: os direitos humanos no processo de globalização*<sup>144</sup>, Hans-Georg Flickinger questiona o sobre o processo de legitimação moral dos direitos humanos e a sua relação com o processo de globalização, assim como ele fornece argumentos em defesa da perspectiva hobbesiana de fundamentação dos direitos. Para Flickinger, o debate contemporâneo da filosofia política sobre a legitimação do sistema dos direitos pelos direitos humanos dissimula um processo de universalização de princípios morais que trazem em seu bojo a dominação econômica, cultural e social do Ocidente. Segundo Flickinger, o processo de legitimação dos direitos humanos na modernidade buscou a fundamentação em parâmetros racionais, assim os pensadores do jusnaturalismo racional (Hugo Grotius, Samuel Pufendorf) são precursores da corrente filosófica denominada *Pacta sunt servanda* (A força obrigatória). Segundo essa teoria jurídica os sujeitos morais estabeleceriam uma relação jurídica fundada nas obrigações de cada indivíduo para uma convivência social. Essas obrigações se constituiriam em um dever primordial que todos deveriam cumprir no Estado civil. Por outro lado, outra corrente filosófica atribui a esse dever primordial um fundamento último na constituição dos direitos naturais para a implementação dos direito humanos, neste caso, a liberdade.

Diante dessa configuração, Flickinger - com base nas reflexões de Walter Jaeschke - apresenta as deformidades que essas duas teorias possuem em sua estrutura argumentativa, bem como ele pretende afirmar que a teoria política de Thomas Hobbes possui a melhor fundamentação para os direitos humanos sem que se recorra aos fundamentos morais. Na perspectiva de Walter Jaeschke, os filósofos políticos fundamentaram os direitos humanos, na característica de liberdades subjetivas de ação, em princípios morais que seriam anteriores à socialização. Quer dizer, as teorias políticas não fundamentaram a liberdade humana com base nas decisões do contrato social, mas em pressupostos do direito natural que precedeu a toda forma jurídica. Nesse sentido, Flickinger questiona a forma liberal de fundamentar os direitos humanos.

---

<sup>144</sup> FLICKINGER, 2009, p. 89-100.



Se o pensamento liberal quiser de fato tornar-se sério, não deverá permitir o condicionamento da própria liberdade a partir de pressuposição de direitos naturais. Ao contrário, a fim de ser evitado o círculo argumentativo, a idéia de liberdade terá de preceder a todas as determinações jurídicas<sup>145</sup>.

Assim sendo, a teoria política de Thomas Hobbes seria única possível de dedução dos direitos humanos por meio de um estado de liberdade que antecede ao estado jurídico, “evitando, deste modo, o risco de cometer uma petição de princípio; petição esta que consistiria na pressuposição de um direito natural legitimador da fundamentação dos direitos humanos enquanto direitos intransponíveis”<sup>146</sup>. A hipótese lógica de um estado de natureza em que os homens agiriam pelo cálculo racional e pelos seus interesses para a busca de sua autoconservação poderia ser aceito como uma meta de todos os homens a sobrevivência. Desse modo, em tal estado natural que seria impossível a permanência dos seres humanos, ou, da conservação da vida, queriam esses indivíduos em modo pragmático de pensar a constituição de um estado civil que garanta a sua liberdade.

Um beco sem saída, portanto, que motivaria Th. Hobbes a optar por uma solução pragmática. Ao invés de os homens tentarem aniquilar seus contemporâneos fazendo deles meros instrumentos na busca de objetivos pessoais, o filósofo argumentaria em favor de um contrato originário, através do qual cada um reconheceria aos demais o direito à integridade pessoal<sup>147</sup>.

O sistema dos direitos se estabeleceria do consentimento contratual dos indivíduos que analisariam racionalmente as vantagens de uma convivência social no Estado civil. O contrato social seria o mecanismo de instituição do Estado civil e das normas jurídicas. Para execução desse contrato social devemos aceitar que os indivíduos possuem a liberdade para a criarem essa nova relação jurídica, então, a idéia de contrato pressuporia a facticidade da liberdade dos indivíduos que escolhem segundo o critério da melhor opção para a convivência social. “O que leva W. Jaeschke a concluir que a convicção hobbesiana

---

<sup>145</sup> Ibid., p. 91.

<sup>146</sup> Ibid., p. 92.

<sup>147</sup> Ibid., p. 92.

basear-se-ia na hipótese de uma liberdade existencial do ser humano, cuja implementação poderia a vir ser concretizada através do sistema do direito<sup>148</sup>. Os direitos humanos em Hobbes seriam produtos da liberdade existencial dos indivíduos e se contraporiam à fundamentação dos direitos conforme as premissas do direito natural. No que se refere ao debate contemporâneo à contribuição de Hobbes seria a apresentação de uma nova perspectiva de fundamentação dos direitos humanos que estaria fundado em base existencial, quer dizer na liberdade existencial dos indivíduos. Se aceitarmos que os indivíduos contratantes possuem a liberdade e que desejam se associar em uma comunidade civil, as obrigações decorrentes seriam fundamentadas conforme a liberdade originária dos indivíduos.

Não obstante, dos partidos constantes no estado de natureza hobbesiano que celebram o contrato com objetivo de alçar um direito, o contrato originário kantiano se constitui como um fim em si mesmo. Porque esse *pacto unionis* fundamenta o direito dos seres humanos para viverem sob leis públicas de coerção recíproca. O contrato originário que é celebrado possibilita ser um protótipo para o estabelecimento de uma organização coletiva válida. Kant argumenta que Hobbes não compreendeu corretamente a hipótese do contrato social em sua estrutura de legitimação política, mas reduziu essa hipótese explicativa a um mero contrato comercial. Kant observa que Hobbes não compreendeu a diferença estrutural entre a legitimação do pacto social e um contrato comercial. Quanto à forma de entender as alianças (partidos) no estado natural, Kant afirma que essas alianças podem possuir uma base egocêntrica, contudo, a constituição de um estado jurídico se assenta teleologicamente em si mesmo. Segundo Kant, o objetivo do Estado não é a felicidade, mas a subordinação ao direito, mantendo a comunidade dos homens como uma comunidade racional de liberdade externa. Por consequência, Kant admite a necessidade de postular que os indivíduos contratantes possuem uma capacidade para a moralidade, de tal modo que os indivíduos se unem pelo contrato social não para abdicarem da competência legislativa em prol do soberano, mas para configurar um processo de socialização mediante o princípio do direito.

A idéia de contrato social em Kant representa a institucionalização do único direito natural do ser humano, a saber, a

---

<sup>148</sup> Ibid., p. 92-93.

liberdade externa ou o direito de igual liberdade de ação entre os indivíduos. Ao contrário, dos partidos constantes no estado de natureza hobbesiano que celebram o contrato com objetivo de alcançar um direito, o contrato originário kantiano se constitui como um fim em si mesmo. Porque esse modelo contratual fundamenta o direito dos seres humanos para viverem sob leis públicas de coerção recíproca. De forma que o contrato originário cumpre a finalidade (*telos*) de institucionalizar o direito inato dos seres humanos na forma de iguais liberdades subjetivas de ação.

Para Kant, o direito original dos seres humanos é o fundamento da vontade autônoma dos indivíduos na qualidade de pessoas morais. Ao mesmo tempo, esse direito inato necessita de uma prescrição jurídica, quer dizer que esse direito possui uma figura negativa – garantir um espaço conforme a liberdade subjetiva de ação – e positiva de legislar leis que possam proteger esse direito, o que caracterizaria o exercício da vontade soberana do povo. O direito original dos seres humanos é o fundamento da vontade autônoma dos indivíduos na qualidade de pessoas morais. Ao mesmo tempo, esse direito inato necessita de uma prescrição jurídica, quer dizer esse direito possui uma figura negativa – garantir um espaço conforme a liberdade subjetiva de ação – e positiva de legislar leis que possam proteger esse direito, o que caracterizaria o exercício da vontade soberana do povo. Kant observa a necessidade de diferenciar o único direito originário em relação ao sistema de direitos. A questão sobre a legitimidade da legislação jurídica se estabelece a resposta no interior do sistema jurídico que necessita do Princípio da democracia para o estabelecimento do procedimento democrático de confecção de normas jurídicas. O legislador político de Kant positivaria as normas que virtualmente o povo pudesse fornecer o seu consentimento. Nesse sentido, pela idéia racional de contrato originário, como modelo de toda socialização juridicamente válida, é estabelecido o nexa entre o direito originário, fundamentado moralmente, e o Princípio da democracia.

O contrato originário na filosofia política de Kant estabelece um nexa entre o processo democrático de legislação de leis jurídicas e os direitos subjetivos fundamentados moralmente. O único direito humano – a liberdade – fundamentado segundo Habermas na autonomia moral dos sujeitos morais é positivado na forma de leis jurídicas. Ora, o Princípio do direito realiza a conexão entre o Princípio da democracia (soberania popular) e o Princípio moral da filosofia política de Kant. Segundo Habermas, Kant apresenta o conceito de autonomia pela via do direito privado a partir de um sujeito racional que julga conforme a

moral. O conceito de autolegislação teve a sua primeira configuração nas obras sobre a filosofia moral, esse conceito representa o cerne da ação moral. Pois somente o sujeito moral no uso de sua racionalidade prática institui as normas morais que possam ser universalizadas e obedecidas por ele mesmo<sup>149</sup>. Na *Metafísica dos Costumes*, Kant sistematiza a teoria da autonomia e da auto-legislação pela racionalidade prática, essa forma é apresentada em duas partes: pela filosofia do direito (*ius*) e pela ética (*ethica*) ou pela doutrina do direito e da virtude. Para Habermas, Kant realizou uma transformação do conceito de autonomia política em Rousseau e o configurou em uma autonomia moral que é representada pelo Imperativo categórico.

Para o processo de legislação do direito inato é necessária a idéia de autonomia política. O Princípio do direito realizaria a mediação entre o Princípio da democracia e o Princípio moral. Habermas critica a filosofia política de Kant porque o conceito de autonomia não possui uma distinção clara entre o Princípio moral e o Princípio da democracia. Na crítica de Habermas é sugerido que esses dois princípios estejam interligados na construção da teoria do direito de Kant. Nesse sentido, o Princípio do direito seria apenas um lado do constructo Princípio moral e Princípio da democracia, na medida em que o legislador político utiliza os princípios morais e atua na instituição do sistema de direitos.

O Princípio moral e o Princípio da democracia estariam interligados e o Princípio do direito não seria um mediador entre esses princípios e sim, outro lado do Princípio da moral coadunado com o Princípio da democracia. Essa falta de clareza na construção da doutrina do direito deve ser atribuída a Kant e também a Rousseau, pois na teoria política destes filósofos existiria uma obscura concorrência entre os direitos humanos e a soberania popular.

## **5.2 A tensão entre Direitos humanos e Soberania popular na Escola histórica do direito civil alemão**

Iniciando a sua análise historiográfica da esfera do direito civil alemão, Habermas aprofunda a discussão sobre a característica do direito moderno como direito subjetivo. A relevância desse estudo é a possibilidade de demonstrar como a concepção do jusnaturalismo

---

<sup>149</sup> Cf. KERSTING, Wolfgang. Politics, freedom, and order: Kant's political philosophy. In: GUYER, Paul. **The Cambridge Companion to Kant**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 342.

moderno – como protetor das liberdades individuais por meio da capacidade racional dos sujeitos – foi paulatinamente cedendo espaço ao positivismo da dogmática do direito civil. No direito civil alemão, a idéia de autonomia foi abdicada em favor do voluntarismo do positivismo jurídico. Na Escola jurídica alemã o paradoxo dos direitos civis foi resolvido de forma equívoca, pois re-estruturaram os direitos civis na forma de direito privado.

Os jusfilósofos da dogmática do direito civil alemão, segundo Habermas, fizeram o uso dos pressupostos teóricos da filosofia moral de Kant e do Idealismo alemão para fundamentarem a sua doutrina jurídica. Pois a fundamentação normativa dos direitos subjetivos na Escola histórica do direito civil alemão estava fundamentada na concepção de autonomia privada. O conceito de autonomia privada tinha seu alicerce teórico no conceito de autonomia moral de Kant. Na visão de Habermas, Friedrich Karl Von Savigny concebeu que a relação jurídica garantiria aos membros da comunidade jurídica um espaço para agir conforme a sua vontade. Nessa perspectiva existiria um nexo entre a liberdade subjetiva de ação e o reconhecimento da validade do ordenamento jurídico pelos membros da comunidade jurídica. Segundo Habermas, a teoria jurídica de Savigny enfatiza a concepção do direito como direito privado. Esse direito privado seria legítimo porque garantiria as liberdades subjetivas de ação. As liberdades subjetivas de ação estão fundamentadas moralmente na concepção da invulnerabilidade da pessoa humana. A teoria de Savigny é que o sistema de direitos possui o conceito de liberdade subjetiva de ação, e por meio desse conceito negativo é extraída a legitimação do sistema jurídico como um sistema de direitos que se autodetermina na anuência de um direito subjetivo.

De acordo com Habermas, a tentativa de Savigny para garantir as esferas subjetivas de liberdade moralmente individualiza e coercitivamente protegida pela introdução do princípio do reconhecimento intersubjetivo entre sujeitos jurídicos perdeu a plausibilidade porque o laço entre a autonomia moral e privada foi erodido no término do século XIX<sup>150</sup>.

Na mesma via de pensamento jurídico, segundo Habermas, a filosofia jurídica de Georg Friedrich Puchta considerou que a *ratio essendi* do direito é o direito subjetivo. As relações jurídicas que se

---

<sup>150</sup> MAUS, 2002, p. 90.

constituem e se perpetuam são garantidas pela interpretação do direito como direito subjetivo. O direito se constituiria em um órgão institucional que equilibraria os conflitos na sociedade no que se refere aos direitos individuais. Em outras palavras, a autonomia privada é garantida legalmente pela possibilidade de executar e iniciar relações contratuais e adquirir a propriedade de um objeto.

Não obstante, com o processo de evolução social do direito e de suas doutrinas, o direito com suas características de direito subjetivo foi fundamentado segundo o viés do positivismo jurídico. Essa nova configuração do direito positivo se estabelece mediante a compreensão de que as decisões e competências jurídicas são oriundas das determinações legais da vontade do soberano. O ordenamento jurídico, nos moldes do positivismo jurídico, concederia os direitos subjetivos pela vontade do legislador conforme pensara Bernard Windscheid em sua Teoria da vontade: “Direito é um poder de vontade ou dominação da vontade conferido pela ordem jurídica”<sup>151</sup>. Na análise de Konrad Hesse a teoria objetiva da vontade de Bernard Windscheid pode ser compreendida como:

Segundo Windscheid, a interpretação da lei deve determinar o sentido que "o legislador ligou às palavras por ele utilizadas". Tal como Savigny, Windscheid exige que o intérprete se coloque no lugar do legislador e execute o seu pensamento, para o que deve tomar em consideração, quer as circunstâncias jurídicas que foram presentes no seu espírito quando ditou a lei, quer os fins prosseguidos pelo mesmo legislador. Embora a interpretação se revele assim como uma pura investigação histórico-empírica da vontade, alguma margem abre Windscheid a uma interpretação de acordo com o que é objetivamente adequado, quando observa que "é de atender, por último, ao valor do resultado, pelo menos na medida em que será de admitir que o legislador preferisse dizer algo de significativo, de adequado, em vez de algo de vazio e inadequado"<sup>152</sup>.

A interpretação utilitarista de Rudolf von Ihering afirma que a

---

<sup>151</sup> Windscheid *apud* HABERMAS, 1998b, p. 113.

<sup>152</sup> HESSE, 1992, p. 36.

utilidade (*Nutzen*) constituiria a *ratio essendi* do direito e não à vontade (*Wille*). Segundo Ihering “o direito subjetivo é conceitualmente um poder jurídico, conferido ao indivíduo através da ordem jurídica, cujo fim consiste em ser um meio para a satisfação dos interesses humanos”<sup>153</sup>. Essa compreensão utilitarista do direito conduziu a extensão do direito privado subjetivo ao sistema dos direitos em geral, quer dizer que o sistema de direitos seria a extensão e a corporificação dos interesses dos indivíduos que se associaram em uma comunidade jurídica. O direito privado subjetivo seria a possibilidade de possuir um objeto que estaria isenta das intromissões de terceiros e também a competência de associação jurídica.

Em sua Teoria pura do direito, Hans Kelsen determina a esfera do direito como a idéia do interesse protegido judicialmente. Kelsen prossegue o voluntarismo da teoria de Windscheid segunda essa teoria jurídica o direito asseguraria objetiva e juridicamente os direitos subjetivos. A teoria jurídica de Kelsen compreende o sistema dos direitos como uma vontade legislante que possui uma autoridade deontológica sobre os seus súditos. Pois as leis jurídicas estabelecem como as ações devem ser (*Sollen*), compreendida de um modo empírico e não deontológico, realizadas em conformidade com o direito.

Kelsen se constitui no outro lado da dogmática do direito privado que originou de Savigny. Em Savigny o conteúdo moral dos direitos subjetivos serviu de fundamentação ao sistema de direitos. Por outro lado, Kelsen realiza uma dissociação da fundamentação moral do direito e o próprio ordenamento jurídico. O direito é fundamentado, por Kelsen, na vontade do legislador. Segundo Habermas, o desenvolvimento do positivismo jurídico de Kelsen permitiu a compreensão funcionalista do direito pela teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, pois o direito nessa perspectiva se nutria de suas próprias forças de legitimação ou da execução de um procedimento conforme as regras do direito processual. A perspectiva funcionalista realça a distinção entre a fundamentação moral do direito e da pessoa do direito e a fundamentação voluntarista, porque no funcionalismo as normas jurídicas são destituídas de sua fundamentação normativa e se configuram na objetiva de instituição de regras para a convivência social.

A Escola Histórica do direito civil alemão fundamentou o sistema dos direitos segundo a característica do direito subjetivo e iniciou com a

---

<sup>153</sup> IHERING, *apud* HABERMAS, 1998b, p. 113.

desvinculação dos direitos morais subjetivos e a fundamentação do direito pelo legislador político. O legislador político estabeleceria um sistema de direitos subjetivos segundo a sua vontade legislante. A garantia da liberdade subjetiva constituiria os direitos subjetivos e a independência em relação à legislação democrática dos direitos. Na verdade, para a sua legitimação o direito se utiliza a forma moral dos direitos subjetivos e recorre ao princípio da soberania popular para referendar a estruturação do ordenamento jurídico. A legitimidade jurídica estaria fundada na dominação legal que o legislador positivista estatuiria como norma jurídica de proteção aos direitos individuais. O déficit de legislação nessa forma de compreensão encobre a necessidade do princípio da soberania popular para a legitimação dos direitos subjetivos. Dessa forma, permanece irresoluta a questão paradoxal do sistema de direitos e da relação complementar entre a soberania popular e os direitos humanos.

### **5.3 A dialética entre os Direitos humanos e a Soberania popular: paradigmas da fundamentação moderna do direito no constitucionalismo norte-americano**

A dialética entre os Direitos humanos e a Soberania popular se constitui no ápice da discussão da filosofia política contemporânea para a fundamentação do Estado democrático de direito. A filosofia política contemporânea, em especial a teoria política Anglo-americana, no debate entre os liberais e republicanos se utilizaram os pressupostos dos filósofos jusnaturalistas da modernidade para fundamentarem os seus pressupostos teóricos políticos, bem como para defenderem a sua forma de compreensão da liberdade e do aparato estatal. A discussão na teoria política norte-americana concerne fundamentalmente à natureza e os limites da democracia liberal. Esse debate apresenta a interpretação de duas teorias políticas que diferem em sua interpretação da idéia de democracia e do exercício dos direitos civis<sup>154</sup>.

Esse debate contemporâneo se assemelha à discussão iniciada por Benjamin Constant sobre a liberdade dos antigos comparada à dos modernos<sup>155</sup>. Neste opúsculo Constant investiga as duas formas de liberdade que se digladiam na compreensão da função do Estado e da

---

<sup>154</sup> Cf. BAYNES, 1998, p. 125.

<sup>155</sup> CONSTANT, 1985, p. 9-25.



participação política dos cidadãos pelos teóricos da política. A primeira liberdade é denominada “liberdade dos antigos”, essa liberdade representa o exercício coletivo em deliberar em uma praça pública sobre os diversos assuntos públicos da cidade. Para Constant, a liberdade dos antigos coibiria a independência das ações privadas, pois os indivíduos devem se submeter às determinações da Assembléia reunida. “Assim, entre os antigos, o indivíduo, quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos os assuntos privados”<sup>156</sup>. Na concepção antiga de liberdade não haveria o entendimento de que os cidadãos possuiriam direitos individuais e que os cidadãos teriam a possibilidade de se tornarem independentes das ações estatais. Na verdade, a liberdade dos antigos é concebida como a participação ativa e constante nas deliberações em praça pública. Dessa forma, poderia citar como exemplo da liberdade dos antigos e de sua efetivação no Estado, a República espartana e a República romana como ambiente político da liberdade política, nessas repúblicas os cidadãos efetivavam a sua liberdade política ao deliberarem sobre assuntos públicos e abnegarem aos interesses da vida privada em favor da doação à vida pública.

Por outro lado, a “liberdade dos modernos” representaria a independência dos indivíduos em sua vida privada e o exercício aparente da soberania popular. Quer dizer que a soberania se apresentaria como uma restrição e impedimento às ações do Estado sobre a sua vida particular dos indivíduos. Segundo Constant, a liberdade individual se constitui como a verdadeira liberdade dos modernos, por outro lado, a liberdade política de que os indivíduos podem desfrutar se constitui em uma garantia aos direitos individuais dos cidadãos modernos. “A liberdade individual, repito, é a verdadeira liberdade moderna. A liberdade política é a sua garantia e é, portanto, indispensável”<sup>157</sup>. Não obstante, em comparação com a liberdade política dos antigos à liberdade política dos modernos não exige a abnegação dos interesses individuais em favor dos interesses públicos, isto quer dizer que os modernos preservariam a sua liberdade política somente no empenho da proteção de seus direitos individuais.

Diante dessa contenda, entre a “liberdade dos antigos” e a “liberdade dos modernos”, a filosofia política moderna estabeleceu como mecanismo de legitimação das instituições políticas o conceito de

---

<sup>156</sup> Ibid., p. 11.

<sup>157</sup> Ibid., p. 21.

autonomia política. Essa autonomia se estabeleceria mediante as ações políticas nas confecções de leis que os próprios cidadãos poderiam seguir e atribuir aos membros da comunidade política. Nesse sentido, o jusnaturalismo moderno fundamentou a instituição do Estado civil na vontade legislante dos seus cidadãos, não obstante, essa vontade legislante foi compreendida de diversas formas pelos herdeiros da concepção antiga de liberdade – republicanos – e a os herdeiros da concepção moderna de liberdade, os liberais.

Em outras palavras, o direito natural racional dos modernos é fundamentado na idéia de autolegislação. A autolegislação civil possui por critério de execução a vontade autônoma dos indivíduos como pessoas de racionalidade prática que possuem a capacidade de, no uso de sua razão, fundamentar as normas que sejam válidas universalmente. Segundo Kant, “o direito é a limitação da liberdade de cada um na condição de sua concordância com a liberdade de todos, enquanto esta concordância seja possível segundo uma lei universal<sup>158</sup>”. A fundamentação da liberdade externa como o único direito natural do ser humano possui duas características, a primeira, na sua forma positiva, é a compreensão de todos os indivíduos como possuidores de liberdade civil estatuem normas de ação e a segunda, na sua formulação negativa, é a garantia da igualdade na liberdade individual entre todos os concidadãos na qualidade de súditos.

Uma vez que a questão da legitimidade do direito moderno, em Kant, possui sua resolução interna ao direito pela idéia de contrato social que se realiza mediante a fundamentação da liberdade externa dos indivíduos na autonomia moral. Com a influência da teoria política de Rousseau, o conceito de autonomia política exposto por Rousseau na obra *Do Contrato social ou Princípios do direito político*, que conceituou a liberdade política como autonomia ou autolegislação dos cidadãos, ao afirmar que “[...] a obediência à lei que se estatui a si mesma é liberdade<sup>159</sup>”. A identificação da lei com o processo de autonomia permitiu a concepção da liberdade como o cumprimento da legislação em conformidade com a vontade legislante. Em outras palavras, a liberdade política corresponderia ao conceito de autonomia na filosofia prática kantiana como a autodeterminação de nosso arbítrio livre na persecução de uma lei que pode ser aspirada universalmente. A idéia de

---

<sup>158</sup> KANT, 1993, p. 26.

<sup>159</sup> ROUSSEAU, 1978, p. 37.

liberdade política em Kant possui a característica de uma idéia regulativa no na orientação de um sistema jurídico. Kant realiza a transformação desse conceito de autonomia política para um conceito de autonomia moral. A liberdade moral ou a autonomia moral se caracteriza pelo exercício da ação em conformidade com a determinação da lei moral<sup>160</sup>, que na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* é expresso dessa forma:

[...] “A vontade é, em todas as ações, uma lei para si mesma”, caracteriza apenas que o princípio de não agir segundo nenhuma outra máxima que não seja aquela que possa ter-se a si mesma por objeto como lei universal. Isto é, porém, é precisamente a fórmula do imperativo categórico e o princípio da moralidade; assim, pois, vontade livre e vontade submetida a leis morais são uma e a mesma coisa<sup>161</sup>.

Então, esta autonomia moral só poderia ser instituída pela autonomia política dos cidadãos, decorrente do princípio do direito que se constitui no mediador entre o princípio da vontade unida do povo e o princípio moral. Portanto, com o conceito de autonomia moral na forma do imperativo categórico, Kant almejou resolver a relação de concorrência entre os direitos humanos, fundamentados moralmente, e o princípio da soberania popular. Uma vez que Kant na Doutrina do direito formula dessa forma o parágrafo § 46 ao comentar o princípio da soberania popular:

O poder legislativo só pode corresponder a vontade unida do povo. Porque, já que dele deve proceder todo direito, não há de poder atuar injustamente com nada mediante sua lei. Pois se alguém decreta algo com a respeito do outro, sempre é possível que com ele cometa injustiça contra ele, mas nunca aquele que decide sobre si mesmo (de fato, *volenti non fit iniuria* [Nenhuma injustiça é feita àquele que consente]). Assim que

---

<sup>160</sup> Cf. IGLESIAS, Jaime O. Alfaro. La idea de libertad política en el pensamiento kantiano. In: PINEDA, Oswaldo Plata. **Estudios kantianos**. Popayán: Editorial Universidad del Cauca 2006, p. 222. Assim também SALGADO define essa apropriação kantiana do conceito de liberdade política em Rousseau e sua transformação em liberdade moral: “Kant, [...], recebe de Rousseau a idéia de liberdade definida como autonomia na esfera política e interioriza-a, fazendo dessa autonomia também liberdade moral do indivíduo”. (SALGADO, 1986, p. 235).

<sup>161</sup> KANT, 1988, p. 94.

somente a vontade concordante e unida de todos, na medida em que cada um sobre todos e todos sobre cada um, por conseguinte, só a vontade popular universalmente válida pode ser legisladora<sup>162</sup>.

Em um primeiro momento, parece ser polêmico e conflituoso realizar uma vinculação entre as teses políticas de Rousseau e a filosofia moral e política de Kant. Certamente causa estranheza ao leitor acostumado a ler a filosofia prática de Kant sem esta vinculação com a filosofia de Rousseau, ou que somente se restringiu aos casos em que Kant cita diretamente à Rousseau e analisa que a filosofia rousseauiana foi mal-entendida. Poderíamos fornecer uma primeira justificativa a essa vinculação que passaria pela obliquidade histórica e biográfica de Kant, que certamente não seria uma justificativa plausível e suficiente para a realização dessa vinculação teórica, pois é sabido que Kant ao receber um exemplar da obra *Emílio* ou *Da educação* houvera postergado a sua regrada caminhada diária nas ruas de Königsberg para se dedicar à leitura daquela obra de Rousseau<sup>163</sup>. Não obstante, podemos transpor para essa referência biográfica e analisar a vinculação teórica de Kant as idéias políticas de Rousseau na obra *Do Contrato Social* e *Emílio*. Por outro lado, podemos observar uma relativa vinculação entre a autolegislação política em Rousseau e a autolegislação moral em Kant como a expressão da autonomia da vontade na espera da moral. Como podemos observar na seguinte citação de Höffe:

A idéia de autolegislação remonta à Rousseau, que afirma no *Du Contrat social* (I,8) que a obediência à lei auto-imposta é liberdade. Mas somente Kant descobre nessa idéia, que em Rousseau sugere esporadicamente, o princípio básico de toda a ética, e trata de fundamentá-la<sup>164</sup>.

De fato, Cassirer em seu livro sobre as adjacências teóricas da filosofia de Rousseau na filosofia prática de Kant analisa que na filosofia moral kantiana por meio do conceito da “lei fundamental da razão pura prática” existe uma coincidência com o princípio de legitimação da ordem social de Rousseau. Na verdade, para Cassirer a filosofia política de Rousseau não influenciou no desenvolvimento sistemático da ética kantiana – como podemos ver nas diversas críticas

---

<sup>162</sup> Ibid., 1993, p. 143.

<sup>163</sup> Cf. CASSIRER, 1970, p. 1.

<sup>164</sup> HÖFFE, 1986, p. 184.

de Kant à influência dos sentimentos (compaixão) na ação moral, o caso da misologia, etc. – mas na linguagem e estilo da filosofia moral de Kant como pode ser observada à semelhança da segunda formulação – lei da humanidade como um fim em si mesmo - do Imperativo categórico<sup>165</sup>. Poderíamos apresentar outro elemento de influência do “Newton da moral” (Rousseau) no pensamento político de Kant no que se refere ao contrato social, embora Kant realize a desvinculação do elemento empírico e o reformule como uma idéia da razão.

A ênfase na formulação do Imperativo categórico recai sobre a “legislação universal” que pode ser assemelhada com a idéia política rousseuniana de *Volonté générale* (Vontade geral), uma vez que nos dois pensadores uma lei somente poderá ser estatuída se ela transcender aos interesses individuais e/ou os interesses de um grupo social, para que a lei possa ser universalizada e seguida por todos.

Na filosofia política de Kant, sob influência da filosofia política rousseuniana, observa-se a transformação metodológica dos conceitos políticos de Rousseau – que estavam fundamentados em uma hipotética realização do ato ou em uma experiência – em idéias da razão. Por exemplo, a idéia racional de contrato originário que se postula como a base legitimadora para todos os atos públicos do Chefe de Estado. Como podemos observar no parágrafo § 47 da Doutrina do Direito:

O ato pelo qual o próprio povo se constitui em um Estado, aliás, propriamente apenas a idéia do mesmo, de acordo com a qual somente pode ser pensada sua legitimidade, é o contrato originário, de acordo com o qual todos (*omnes et singuli*) no povo entregam a sua liberdade externa, para imediatamente retomá-la como membros de uma república, isto é, do povo considerado como Estado (*universi*), e não se deve dizer que e o homem no Estado sacrificou a um fim uma parte de sua liberdade externa inata, mas ele abandonou totalmente a liberdade selvagem sem lei, para reencontrá-la sem diminuição em uma dependência legal, isto é, em um estado jurídico, porque esta dependência procede de sua própria vontade legisladora<sup>166</sup>.

Nessa citação da Doutrina do direito de Kant observamos a

<sup>165</sup> Cf. CASSIRER, 1970, p. 32.

<sup>166</sup> KANT, *Metafísica dos Costumes*, AA 315-316. Cf. CASSIRER, 1970, p. 54.

reformulação do conceito de contrato social em uma categoria de idéia da razão, por outro lado, é verificado que o ato do contrato originário realiza a mutação de uma agregação de indivíduos em um estado sem leis para uma associação política de cidadãos (povo) que exercem a sua vontade soberana e a sua liberdade cívica no Estado civil. Por outro lado, se aproxima da fundamentação de Rousseau para o surgimento do Estado civil ou do corpo político que valoriza a renúncia da liberdade selvagem para a formação da associação política e receber a sua liberdade integralmente na forma de liberdade cívica e que também estabelece a diferença entre os cidadãos e os súditos em um Estado de direito<sup>167</sup>.

Por conseguinte, entendemos na reformulação kantiana do conceito de autonomia política de Rousseau em um conceito moral de autolegislação. Em outras palavras, existe na filosofia prática de Kant uma conjunção entre a razão prática e a vontade soberana ou entre os direitos humanos e o princípio da vontade unida do povo, pois todo interesse que não possa ser universalizável deve ser excluído segundo uma lei universal e somente as leis que garantam as liberdades iguais a todos podem ser regulamentadas, sendo expressas em leis abstratas e gerais. Por fim, esta compreensão de união entre razão prática e vontade soberana entende que o exercício da vontade unida do povo pode assegurar ao mesmo tempo os direitos humanos e o princípio da soberania popular pelo conceito de autonomia moral.

Apesar de Kant não ter interpretado a vinculação dos direitos humanos com o princípio da soberania popular sob o aspecto de restrição da ação popular - segundo o qual, sendo o poder legislativo pertencente ao povo, ninguém pode cometer erros no uso de sua autonomia política contra a liberdade subjetiva de ação garantida pelo direito natural - temos que, na doutrina do direito de Kant existe uma precedência do princípio moral ou da garantia da liberdade subjetiva sobre o princípio da vontade unida do povo, apresentando assim um desacerto na resolução dessa concorrência entre direitos humanos e o princípio da vontade unida do povo.

Nesse sentido, Habermas considera que a teoria do direito de Kant incorreu em um equívoco ao subordinar o princípio democrático ao princípio moral, não resolvendo satisfatoriamente a concorrência

---

<sup>167</sup> Cf. ROUSSEAU, 1978, p. 33-34. “Quanto aos associados, recebem eles coletivamente, o nome de *povo* e se chamam em particular, *cidadãos*, enquanto partícipes da autoridade soberana, e *súditos* enquanto submetidos às leis do Estado”.

entre os direitos humanos e o princípio da soberania popular. Para a resolução desta “falsa concorrência” é necessária a compreensão de que tanto a autonomia privada como a autonomia pública se pressupõe mutuamente e que devem ser fundamentadas de forma discursiva, pois, segundo o entendimento desse filósofo, existe uma equi-primordialidade entre a idéia de direitos humanos e o princípio da soberania popular no processo de autolegislação dos cidadãos.

Desde o artigo intitulado: Soberania popular como procedimento (escrito no ano de 1988 e incorporado como apêndice no livro *Facticidade e Validade*), Habermas analisa a importância do bicentenário da Revolução Francesa, ao questionar sobre a atualidade da Revolução de 1789 ou mesmo pelo fim da ressonância desta revolução, e manifesta a sua compreensão do nexos interno entre direito humanos e o princípio da soberania popular. A Revolução de 1789 marcou uma nova concepção de prática política e uma nova configuração do que seja a legitimação das instituições políticas. A forma tradicional de legitimação do direito é substituída pela de discursos racionais.

A Revolução Francesa denotou na filosofia política “a dialética entre liberalismo e democracia radical”<sup>168</sup>, segundo Habermas, o conflito nas teorias políticas orbitam entorno dos direitos à igualdade e à liberdade. A idéia de autonomia como autolegislação civil se constitui no aspecto de unificação da razão prática e da vontade soberana ou entre os direitos humanos e a democracia. Segundo Flickinger, em sua análise de concorrência e distanciamento dos princípios revolucionário de 1789, afirma que:

Inicialmente as reivindicações revolucionárias de 1789, a saber, liberdade, igualdade e fraternidade, eram consideradas em si equivalentes. Não havendo entre elas nenhuma hierarquia, pensava-se que se condicionariam reciprocamente. Contudo, a história pós-revolucionária mostra-nos a gradativa perda de peso do princípio da fraternidade. Ao longo da consolidação da sociedade liberal, os princípios de liberdade e igualdade vieram assumir importância exclusiva esvaziando, passo a passo, a demanda pela fraternidade ou, para usar um termo moderno pela solidariedade<sup>169</sup>.

---

<sup>168</sup> HABERMAS, 1990, p. 102.

<sup>169</sup> FLICKINGER, 2009, p. 94.

A Revolução Francesa foi marcada pela disputa entre o grupo dos jacobinos, impulsionado pela filosofia política de Rousseau, e os opositores com afeição à filosofia política dos liberais. Em sua concepção de soberania popular, Rousseau concebe a necessidade de socialização e da participação em um corpo político coletivo que se autocompreende eticamente na interiorização do consenso normativo em uma comunidade política fundada nos costumes e nas leis. Por outro lado, os liberais enfatizam a necessidade de assegurar uma pluralidade de interesses e opiniões devem se constituir o consenso da maioria. Para eles a soberania popular se constitui em um princípio de igualdade que necessita de uma limitação legal. Esse conflito entre as formas de compreensão dos princípios da liberdade e da igualdade se manifestou no século XIX e XX como o conflito ideológico entre o liberalismo e o socialismo na constituição do Estado de direito.

Diante desse conflito sobre a participação dos cidadãos em um Estado democrático de direito, Habermas realiza uma reformulação comunicativa do conceito de soberania popular. O conceito de soberania popular, em termos da teoria da ação comunicativa, é compreendido como ausente de sujeito. A soberania não possui a imagem do macro-sujeito corporificado nos moldes rousseauiano, mas se fundamenta no fluxo comunicativo da formação discursiva da opinião e da vontade. Essa forma de soberania dissolvida na forma comunicativa permite a instauração de espaços públicos que permitam a formação da vontade política. Dessa forma, o elemento substancial da soberania popular do cidadão rousseauiano é dissolvido em seus diversos estágios no processo de formação da opinião e da vontade.

Neste texto sobre a soberania popular, Habermas observa que a Revolução Francesa expressou a dialética entre o liberalismo e democracia radical ou entre a liberdade e a igualdade. Rousseau, precursor da Revolução de 1789, concebe a liberdade no sentido de autonomia política em que o povo participa no processo de autolegislação. Ora, o soberano corporifica o poder e o monopólio legal do poder político, um elemento substancial de compreender o exercício da soberania popular. Por outro lado, Kant sob inspiração rousseauiana concebe a vontade unida e coincidente de todos como modo de exercício da autonomia. Habermas enfatiza que a reflexão da Revolução Francesa mantém um nexos entre a razão prática e a vontade soberana ou entre os direitos humanos e a democracia. A razão possui uma força legitimadora do poder político. Segundo Habermas,

As teorias clássicas da democracia partem do fato de que através do legislador soberano a sociedade



atua sobre si mesma. O povo programa as leis; estas, por sua vez, programam a execução e a aplicação das leis, de modo que os membros da sociedade recebem, através de decisões (válidas para a coletividade) da administração e da justiça, os produtos e regulamentações que eles mesmos programaram no papel de cidadãos<sup>170</sup>.

A idéia de autolegislação se fundamenta na suposição de que os cidadãos, como um corpo político, se constituem para a determinação do direito que eles mesmos se auto-obrigarão. No entanto, Habermas realiza uma distinção entre o conceito de autonomia no direito e na moral, pois a moral no sentido kantiano tem sua estrutura monolítica, esta estrutura de normas compreende que o conceito de autonomia está relacionado com a liberdade de autolegislação. Segundo ele:

A autodeterminação moral no sentido kantiano é um conceito unitário à medida que exige de cada indivíduo *in propria persona* que siga as normas que ele próprio estabeleceu para si, após um juízo imparcial próprio - ou almejado em conjunto com todas as outras pessoas.<sup>171</sup>

A esfera moral e jurídica estabelece um sistema de regulação dos conflitos entre os indivíduos. Ambas as esferas sociais almejam a proteção simétrica dos direitos. Todavia, no direito é realizada a distinção entre autonomia privada e autonomia pública. A primeira distinção denota que a pessoa jurídica possui um espaço para o exercício de sua liberdade de ação e a segunda, que o cidadão possui um espaço para legislação e participação política. A liberdade jurídica possui uma amplitude maior que o âmbito da moral. A complementaridade do direito se apresenta na questão de colaborar na coordenação das ações sociais para o agir correto. Com efeito, se inicia assim o centro da discussão sobre a dupla resposta que ofereceu a teoria política para a legitimação do direito racional, ocasionando a tensão entre o princípio da soberania popular e os direitos humanos ou entre a autonomia pública e a autonomia privada. O exercício da autonomia jurídica possui a sua diferenciação entre o uso público da liberdade comunicativa – autonomia pública - e no uso privado da liberdade subjetiva de ação – autonomia privada – pelos sujeitos de direito.

Na moral, o conceito de autonomia é unitário porque o sujeito

---

<sup>170</sup> HABERMAS, 1990, p. 107-108.

<sup>171</sup> HABERMAS, 2004, p. 298.

seguiria as normas que ele próprio estabeleceu para determinar as suas ações. Mas o que Habermas pretende é reafirmar que a tensão entre o princípio da soberania popular e os direitos humanos se constitui como uma falsa concorrência, pois, devem ser compreendidos enquanto co-origenários ou que se pressupõem mutuamente no ato de legislação:

As liberdades de ação individual do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente. É a serviço dessa convicção que se põe a idéia de que pessoas do direito só podem ser autônomas na medida em que lhes seja permitido, no exercício de seus direitos civis, compreenderem-se como autores dos direitos aos quais devem prestar obediência, e justamente a eles.<sup>172</sup>

Esta tensão entre o princípio da soberania do povo, que significa o direito de comunicação e participação asseguradora da autonomia pública dos cidadãos, e os direitos humanos, ou o domínio anônimo das leis, que são a garantia da autonomia privada dos membros da sociedade civil, pode ser representada na filosofia política pela tensão entre a “liberdade dos antigos” e “liberdade dos modernos”, uma vez que, na perspectiva republicana, que rememora a Aristóteles até o humanismo político da Renascença, foi admitida a primazia da autonomia pública sobre a autonomia privada, de tal forma que, a legitimação dos direitos humanos deveria ser resultado do auto-entendimento ético e de uma autodeterminação soberana de um corpo político. No entanto, a força de legitimação da razão prática também pode ser concebida de forma a proteger os indivíduos da intromissão do poder estatal contra uma “tirania da maioria”, como interpretaram os liberais desde a filosofia política de John Locke. Na história da filosofia política, o liberalismo político - diante do medo que poderia causar uma soberania tirânica ou uma “ditadura majoritária” - postulou a primazia dos direitos humanos sobre a soberania popular, por meio de estabelecimento de obstáculos à vontade do soberano que pretendesse atingir as liberdades subjetivas. O liberalismo instituiu uma dominação legal (*rule of law*) que protegesse a liberdade subjetiva de ação diante das intromissões estatais.

Essa disputa entre os defensores do domínio anônimo das leis e os defensores da vontade soberana do povo, se manifestou no debate sobre a tradição constitucional dos Estados Unidos nas teorias

---

<sup>172</sup> HABERMAS, loc. cit.

normativas da democracia liberal e republicana (com vertente *comunitarista*). Esses dois princípios normativos de legitimação do Estado de direito se estabelecem de forma conflituosa na compreensão do Estado de direito, bem como na compreensão do conceito de democracia. Essa tensão nesses princípios normativos é refletida na tensão interna no sistema de direitos, pois ainda esses dois princípios se constituem em conceitos razoáveis para a legitimação do direito na modernidade. Pois a fragmentação das forças integrativas do ethos das sociedades tradicionais resultou na fundamentação normativa nas sociedades modernas.

Esse panorama de discussão sobre a concorrência entre direitos humanos e soberania popular no processo de legitimação do direito é oferecido por Habermas ao descrever os modelos normativos de democracia, neste caso o liberal e republicano. O debate gira em torno da questão sobre a natureza do processo político, o papel do cidadão e o conceito de direito que essas teorias políticas possuem. Por outro lado, essas duas tradições políticas norte-americanas compreendem essas idéias de fundamentação do direito como a expressão da autodeterminação moral, neste caso os direitos humanos, e expressão da autodeterminação ética, neste caso a soberania popular. Essa tensão na tradição constitucional norte-americana expressa de um lado a dominação impessoal pelo ordenamento jurídico e de outro lado a auto-organização de uma comunidade política que se auto-interpreta eticamente. Dessa forma, se estabeleceria a concorrência entre os direitos humanos e a soberania popular, mas o que Habermas pretende fundamenta é a complementaridade entre esses dois princípios na compreensão de que eles são equíprimordiais.

A perspectiva liberal compreende que o processo político-democrático deve projetar o Estado de direito segundo as exigências da sociedade civil, pois o Estado na qualidade de um instrumento de administração pública deve congrega e impor a supremacia dos direitos individuais sobre o interesse coletivo. Dessa forma, o processo político se constitui apenas em uma luta de indivíduos auto-interessados que querem garantir seus direitos subjetivos no uso do poder administrativo. A perspectiva republicana, ao contrário, entende o processo democrático como um processo de coletivização social, pois uma comunidade solidária mediante a participação política permite que seus membros se tornem cidadãos que possuam um reconhecimento ético-político recíproco.

Na concepção liberal os cidadãos são compreendidos como portadores de direitos subjetivos, na condição de uma garantia de espaço

para a ação livre de coerções externas, e os direitos políticos que os cidadãos possuem existem para a efetivação de seus interesses particulares. No entanto, a teoria republicana entende que os cidadãos não podem ser determinados segundo o modelo da liberdade negativa, mas sim pela participação política que esses possuem no uso de seu direito à participação política em uma prática comunicativa ou assembléia reunida. Por fim, o conceito de direito da teoria liberal assevera que o ordenamento jurídico deve cuidar de cada caso na sua individualidade segundo os direitos cabíveis aos indivíduos. Por outro lado, a teoria republicana afirma que os direitos subjetivos dos cidadãos são oriundos de um ordenamento jurídico objetivo estruturado segundo a participação política dos cidadãos. Segundo Baynes, a análise de Cass Sunstein configurou o modelo liberal nestas palavras:

Auto-interesse, não virtuoso, é entendido como a força motivacional do comportamento político. Política é tipicamente, se não sempre, como um esforço para interesses privados. Ela é cercada por freios (checks), na forma de direitos, protegendo a liberdade privada e a propriedade privada da intromissão pública<sup>173</sup>.

Em verdade, os liberais se refugiam nos direitos humanos por causa do medo em relação a uma “tirania da maioria”. Na fundamentação da filosofia política moderna os direitos humanos se caracterizariam pelos direitos naturais que os indivíduos possuiriam em uma realidade pré-política que ao instituir um estado jurídico esses direitos deveriam ser protegidos. Essa fundamentação política disfarça uma fundamentação moral dos direitos humanos em um estado natural. Por outro lado, os republicanos enfatizam a auto-organização de comunidades políticas que instituem os direitos em conformidade com a orientação axiológica do grupo social que institui as regras por meio da vontade soberana do povo orientada eticamente. O republicanismo poderia ser definido como a ênfase nas virtudes cidadãs e na participação política. O processo político é um espaço para o auto-entendimento dos costumes e a configuração destes na forma de lei.

Diante dessa querela entre liberais e republicanos ou entre os direitos humanos e a soberania popular na legitimação do Estado de direito, Habermas afirma que houve na filosofia política alguns pensadores que tiveram o objetivo de conciliar a vontade soberana e a

---

<sup>173</sup> BAYNES, 1998, p. 127.

razão prática, porque compreenderam que direitos humanos e soberania popular são interpretados mutuamente. Em outras palavras a união civil sob direitos e a vontade soberana se instituiriam pelo conceito de autonomia. Tais pensadores são: Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant. Todavia, na perspectiva de Habermas, Rousseau e Kant não entenderam a equiprimordialidade destes conceitos, posto que na leitura da autonomia política Rousseau possui uma visão mais republicana e Kant sugeriria uma visão mais próxima da liberal. No caso de Kant o problema está na fundamentação moral dos direitos humanos segundo a concepção do único direito inato do homem que é a igualdade de liberdade externa a todos os indivíduos. Nas palavras de Habermas,

Eles ignoram a intuição que haviam pretendido trazer para junto do conceito: a idéia dos direitos humanos, que se enuncia no direito em relação a liberdades de ação subjetivas e iguais, não pode nem simplesmente impingir-se ao legislador soberano como uma barreira externa, nem se deixar instrumentalizar como requisito funcional para fins desse mesmo legislador.<sup>174</sup>

Nesse sentido, Habermas analisa que aqueles teóricos políticos não compreenderam a capacidade de legitimação que possui a formação discursiva da opinião e da vontade política, posto que, no emprego do uso da linguagem orientada para o entendimento, é possível a conjunção entre a razão prática e a vontade racional para atingir convicções com as quais todos os indivíduos possam estar em concordância sem o auxílio da coerção pelo ordenamento jurídico. Para a correção do que Habermas está considerando como a intuição que Rousseau e Kant tiveram, faz-se necessário compreender que a soberania popular e direitos humanos são co-originários, sendo isto possível de ser realizado sob o viés da teoria do discurso.

A intuição se expressa, por um lado, no fato de que os cidadãos só podem fazer uso adequado de sua autonomia pública quando é independente o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas também no fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar o consenso, se fizeram uso adequado de sua autonomia política

---

<sup>174</sup> HABERMAS, 2004, p. 291.

enquanto cidadãos de Estado.<sup>175</sup>

A teoria discursiva almeja a recuperação da intuição de Rousseau e Kant acerca dos direitos subjetivos e dos direitos políticos que inexoravelmente conduz à compreensão de que esses princípios legitimadores do Estado democrático de direito possuem uma co-originariedade. Segundo Habermas, Kant em seu Princípio universal do direito se estruturaria da aplicação do princípio moral às relações externas dos indivíduos. De fato, Kant em sua Doutrina do direito apresenta o sistema jurídico primeiro pela postulação do direito originário que estabeleceria a possibilidade da aquisição da propriedade ou na instituição de direitos privados subjetivos. A legitimação do direito seria anterior ao estabelecimento das leis públicas de coação, pois ele estabeleceria moralmente a liberdade externa. Em outras palavras, o sistema de direitos de Kant, na interpretação de Habermas, não necessitaria de autonomia pública de seus cidadãos para se legitimar.

Dessa forma, Kant se afasta da perspectiva rousseauiana de valorizar o ato do contrato social como um elemento de fundamentação das normas jurídicas, porque a autonomia moral antecede a autonomia política. Embora, Kant não interprete os direitos humanos em sua forma restritiva as ações estatais, como interpretaram os liberais, o nexo interno entre os direitos humanos e a soberania popular não transparece de forma evidente e sob um pressuposto moral sobre o político. Na medida em que nenhuma injustiça poderia ser cometida por aquele que agiria segundo os princípios morais da autonomia privada garantida pelo único direito natural dos seres humanos.

Em Rousseau, a crítica de Habermas se refere a sua estruturação da comunidade política sob o primado da soberania popular. A soberania popular em sua expressão na Assembléia reunida se traduz na forma de leis gerais e abstratas, que inclusive os direitos naturais seriam oriundos desse processo de formação política da vontade. No exercício da vontade soberana se regulamentaria as liberdades subjetivas de ação. À medida que Rousseau interpreta esse processo legislativo segundo uma autocompreensão ética dos cidadãos e a realização de um corpo político comum é estabelecida a eticidade em um povo. Nesse corpo político eticamente orientado, as subjetividades se diluem e formam um macro-sujeito que age segundo orientações éticas. Ora, Rousseau não

---

<sup>175</sup> Ibid. p. 301.

postula a possibilidade de um grupo social que se orientou eticamente e a necessidade de uma mediação com as orientações da esfera privada. Em verdade, o sentido universalista do direito é esquivado pela orientação ética dos cidadãos.

Logo, a fundamentação dos direitos pelo viés de Rousseau conduz a uma liquefação da universalidade do direito em troca da autocompreensão ética. Pois a postulação do direito em linguagem lógico-semântica por meio de leis abstratas e gerais não exprime o nexó interno entre os direitos humanos e a soberania popular. Para a recondução coerente e adequada dessa intuição de Rousseau e Kant devemos compreender que uma norma jurídica necessita de uma aceitabilidade racional pelos membros da comunidade jurídica. Ela deve ser simétrica em sua aplicação das determinações legais. Por outro lado, as normas jurídicas devem ser oriundas de discursos racionais que fundamentação à aceitação dos destinatários do direito. Esse processo argumentativo possui como força coercitiva à pulsão do melhor argumento. De fato, para a compreensão do nexó interno entre os direitos humanos e a soberania popular devemos direcionar as questões para um nível pragmático dos discursos racionais. O nexó interno tem sua expressão internamente no exercício da autonomia política que é garantido pela formação discursiva da opinião e da vontade.

Portanto, as teorias políticas de Rousseau e de Kant não observaram esse nexó porque estavam sob o véu das premissas da filosofia da consciência. Essa forma de filosofia estabelece a preponderância da figura do sujeito para o exercício da autonomia. Essa concepção subjetivista fica aquém de uma fundamentação discursiva da legitimação do direito. Porque a formação discursiva permite alcançar o mesmo resultado que essas concepções teóricas da filosofia da consciência almejam, a saber, a conexão entre a razão prática e a vontade, bem como por meio de discursos racionais a formação da vontade racionalmente motivada. Daí, o sistema de direitos ser legitimado de forma comunicativa que não se restringe a uma concepção moral ou ética do direito.

Uma vez que o processo democrático, diante do pluralismo social e da concorrência de projetos de vidas dos agentes sociais na sociedade complexa, possibilita a força de legitimação ao processo de criação do direito pelo uso do princípio do discurso para a formação da opinião e da vontade, cabe entender que há uma coesão interna entre direitos humanos e soberania popular por meio do uso público da liberdade comunicativa que possuem os indivíduos.

Os direitos humanos oferecem a garantia da autonomia privada

dos cidadãos e possibilita a prática da autodeterminação dos cidadãos na fundamentação dos direitos pelo princípio do discurso que é postulado como neutro em relação à moral e ao direito. Esta equiprimordialidade da autonomia política e privada, porém, apenas se apresenta quando se compreende que no ato de autolegislação dos indivíduos os destinatários das normas jurídicas são ao mesmo tempo os seus autores. De tal forma que os direitos humanos se constituem nas condições formais para a institucionalização do sistema dos direitos com o objetivo de formação discursiva da opinião e da vontade, e a soberania popular assume uma figura jurídica pelo ato de autolegislação dos cidadãos. Habermas constrói a relação entre direitos humanos e soberania popular não como um princípio restritivo, mas como possuidores de uma relação recíproca na constituição do Estado democrático de direito<sup>176</sup>.

Em verdade, o processo de legislação de normas jurídicas, em um Estado de direito que possui como forma de governo uma democracia radical, tem que empreender que os cidadãos não podem ser considerados somente como destinatários do direito, mas devem ser considerados como co-legisladores das normas jurídicas. A isso se constitui a forma cíclica de instituição jurídica que o sistema de direitos possui de uma forma não-saturada (*ungesättigt*) em um Estado democrático de direito que deveria se caracterizar pela dinamicidade nos papéis de cidadão e súditos das leis.

#### **5.4 A complementação entre a moral e o direito na teoria discursiva do direito**

A análise da tensão entre os direitos humanos e a soberania popular no desenvolvimento histórico da Dogmática alemã do Direito civil e o debate sobre o constitucionalismo nos EUA teve como intuito manifestar as dificuldades de uma fundamentação do nexos interno entre direitos subjetivos e direitos objetivos ou entre autonomia privada e autonomia pública sem uma concepção intersubjetiva do sistema de direitos. A idéia de autolegislação deve ser assentada em igualdade de origem entre os direitos objetivos e subjetivos. Essa igualdade originária é possível se considerarmos uma estrutura comunicativa de autolegislação.

O direito moderno em sua dicotomia entre direito natural e

---

<sup>176</sup> Cf. MAUS, 2002, p. 96.



positivo realizou uma reduplicação do conceito de direito. Essa dicotomia jurídica é derivada da herança metafísica platônica entre mundo inteligível e sensível. A ordem jurídica como mundo *phaenomenon* deveria implantar a legislação moral do mundo *noumenon*. Essa parece ser a esperança da metafísica jurídica kantiana, na qual os sujeitos de direito implantariam no tempo histórico e no espaço social, por meio do Princípio universal do direito, a comunidade jurídica que se aproxima da comunidade jurídica ideal. De fato, não existe qualquer incoerência que as normas jurídicas legítimas não contrariem com as normas morais, porém, o equívoco é realizar uma subordinação do direito aos ditames da moral na forma de uma hierarquia das normas morais. Para Habermas, a moral e o direito se estabelecem em uma relação de mútua complementaridade que pode ser averiguada na evolução da estrutura argumentativa e reconstrutiva dos pressupostos da Teoria do discurso.

Em *Facticidade e Validade*, Habermas adota uma nova perspectiva de compreender a relação de complementaridade entre o direito e a moral. Seguindo uma fundamentação pós-metafísica, Habermas concebe que as normas morais e jurídicas se diferenciam da eticidade tradicional (concepções de bem) como dois tipos diferentes de normas de ação que surgem lado a lado (*nebeneinander*) e que se complementam na orientação das ações sociais. Assim sendo, o conceito de autonomia deve ser descrito de forma abstrata para configurar o Princípio de Universalização (Princípio moral) e o Princípio da democracia para que não tenha as características morais ou políticas. A necessidade de uma abstração e neutralidade do conceito de autonomia, que é a pedra de toque da Teoria do discurso, se faz necessária porque toda a crítica de Habermas à teoria do direito de Kant, ou mesmo a concepção de autolegislação de Rousseau, está na precessão de um princípio moral sobre o princípio da democracia. Em outras palavras, as teorias modernas incorrem no erro de fundamentar o sistema dos direitos antecedendo um princípio moral ou colocando em desacordo os direitos humanos e a soberania popular. O exemplo que Habermas investiga é o Princípio do direito de Kant que perde a sua característica de mediação entre a política e a moral e serve aos ditames da moral na filosofia prática kantiana. Por outro lado, Habermas quer fundamentar o conceito de autonomia que esclareça os aspectos conceituais, nos quais as regras jurídicas se diferenciam das regras morais e permitem uma equiparação da compreensão entre a autonomia política e privada. Por exemplo, os direitos humanos que nos debates da filosofia política moderna e da filosofia contemporânea têm sido fundamentados

moralmente. Todavia, a teoria discursiva do direito compreende que antecedentes à fundamentação moral dos direitos humanos, eles devem ser considerados como um direito jurídico.

Segundo Habermas, Kant na Introdução à Metafísica dos Costumes seguiu o caminho da redução (*Einschränkung*) ao postular o conceito de liberdade e desse conceito moral o Princípio do direito extrairia as leis jurídicas. A teoria moral proveria a definição dos conceitos superiores para a definição e ajuizamento da ação moral: vontade e arbítrio, ação e móbil, dever e inclinação, lei e legislação<sup>177</sup>. Na Doutrina do direito, esses conceitos morais - que são apresentados na Introdução à Metafísica dos Costumes - serviriam à redução das três dimensões do direito. Para Habermas, o conceito de direito em Kant não se referiria primordialmente à vontade livre (*freie Wille*), mas ao arbítrio (*Willkür*) dos destinatários das normas jurídicas. A extensão do direito está na relação externa entre os destinatários do direito, bem como à faculdade (*facultas*) de exercer constrangimento à liberdade do outro em caso de transgressão à lei universal do direito. Dessa forma, o Princípio do direito limitaria o Princípio da moral, pois haveria a necessidade de que a legislação jurídica seja o lado oposto da legislação moral. A legalidade deveria se conduzir à moralidade e os deveres jurídicos aos deveres de virtude. Em outras palavras, a legislação moral se refletiria na legislação jurídica ou a moralidade na legalidade e os deveres éticos no deveres jurídicos.

De um ponto de vista sociológico, Habermas averigua que o direito e a moral possuem diferenças, por exemplo, no nível do saber cultural, a moral e o direito se diferenciam em suas questões; no nível institucional, o direito se distancia dos costumes e hábitos que são convencionais. Todavia, os mesmos questionamentos sobre as ações humanas no âmbito da moralidade são possíveis de serem verificados no âmbito do direito. A diferença está no fato de que a moral se restringe a um saber cultural e o direito, também na qualidade de saber cultural, adquire uma coerção institucional. As prescrições morais se distinguem das prescrições jurídicas porque regulam matérias diferentes. O âmbito moral não se restringe a historicidade de seus princípios normativos e abrangeria as pessoas em um sentido universalizante. No direito, a instituição de normas está vinculada à realidade histórica e ao contexto social que os membros da comunidade jurídica, e somente eles, estão

---

<sup>177</sup> Cf. HABERMAS, 1998b, p. 136.

obrigados a realizarem suas ações.

A crítica de Habermas à teoria do direito de Kant está em afirmar que Kant concebe que os direitos humanos e a autonomia política (soberania popular) se constituem em meras expressões da autolegislação do Princípio da moral. Nesse sentido, Habermas almeja demonstrar que as normas de ação em geral devem anteceder as suas ramificações em normas morais ou jurídicas, de um ponto de vista normativo, as normas morais e jurídicas são co-originárias. Sob o Princípio do discurso podemos demonstrar essa equi-primordialidade da legislação moral e jurídica em um princípio abstrato que se refere às normas de ação em geral, mas inicialmente iremos apresentar a interpretação de Habermas ao Princípio universal do direito na filosofia jurídica de Kant. Pois essa interpretação será imprescindível para compreender os princípios kantianos na Teoria do discurso de Habermas.

A relação complementar entre o direito e a moral não pode ser adequada se a argumentação moral não for substituída para a reconstrução do sistema de direitos segundo os princípios discursivos, pois a perpetuação da argumentação moral impede a ruptura com o jusnaturalismo moderno. O modelo kantiano de autonomia moral continuaria sendo o elemento motivador e legitimador do sistema de direitos positivos, assim sendo o modelo jusnaturalista de hierarquização de direitos naturais em relação aos direitos positivos continuariam vigentes se não realizar uma reconstrução discursiva.

### **5.5 A interpretação de Habermas sobre o Princípio universal do direito de Kant**

A interpretação de Habermas do Princípio universal do direito da *Rechtslehre* de Kant é primeiramente que por meio deste princípio é estruturado um sistema de direitos, no qual a principal característica desse sistema é que os direitos subjetivos isentam os sujeitos de direito das obrigações da liberdade comunicativa. O Princípio universal do direito na filosofia jurídica de Kant, segundo Habermas, garante uma igualdade proporcional das liberdades subjetivas de ação. A liberdade subjetiva de ação se constitui na compreensão de que a ação de um sujeito de direito deve conviver igualmente com a liberdade subjetiva de todos os membros da comunidade jurídica.

Segundo Habermas, o conceito de lei universal do direito em sua relação com o Princípio do direito na metafísica jurídica de Kant tem em si o fardo da legitimação do sistema jurídico. Para a Teoria do discurso

de Habermas existe uma paridade entre a formulação do Imperativo categórico da Fundamentação da Metafísica dos Costumes e a formulação do Princípio universal do direito na Metafísica dos Costumes. Pois a lei universal do direito legitimaria as liberdades subjetivas de ação, porque essa lei universal permitiria um teste de universalização das leis que possam ser compatíveis com as leis da razão. Segundo Baynes,

Habermas concorda com esta argumentação de que Kant aproxima da tradição jusnaturalista em que o “Princípio universal do direito (*Recht*)” é geralmente considerado como uma fórmula subsidiária (Nell) do Imperativo categórico e, portanto, derivado e subordinado o direito à moral. Isto implica, todavia, que no Princípio Universal do direito, bem como no sistema de direitos (*Recht*) públicos e privados, Kant gerou o direito como não dependente do consenso (real ou hipotético) das partes no contrato social<sup>178</sup>.

Neste aspecto, segundo Habermas, haveria uma subordinação do direito à moral na filosofia jurídica de Kant e daí, se inicia o distanciamento entre a filosofia jurídica de Kant e a Teoria do discurso de Habermas. Pois Habermas argumenta que existe uma tensão entre as partes do contrato social e os direitos instituídos moralmente, o que engendra uma imprecisão no conceito de autonomia de Kant. “Para Kant, o conceito de autonomia individual é quase sinônimo de moralidade, a noção de autodeterminação coletiva é identificada com a idéia de contrato social”<sup>179</sup>. Por outro lado, para a Teoria do discurso a autonomia privada e pública se realiza no próprio direito, seja em seu processo legislativo ou de garantia das liberdades subjetivas e comunicativas.

Segundo Habermas, o Princípio universal do direito na filosofia jurídica de Kant estabelece o direito à liberdade externa. Esse princípio do direito deve ser compreendido como estabelecendo um código jurídico na perspectiva de direitos subjetivos que eximem as pessoas de direito das obrigações ilocucionárias da liberdade comunicativa. Para Habermas a lei universal do direito constitui o elemento legitimador do direito positivo. Nessa lei universal o Imperativo Categórico se faria

---

<sup>178</sup> BAYNES, 1995, p. 207.

<sup>179</sup> BAYNES, loc. cit.

presente como um teste de universalização dos princípios racionais que examina as leis jurídicas. Neste caso, se justificaria uma interpretação da subordinação do princípio do direito ao Princípio moral na filosofia prática de Kant, que em termos da Teoria do discurso se constituiria como irreconciliável uma autonomia que se realizasse no próprio *medium* direito.

Em outras palavras, a Teoria discursiva do direito apregoa que os cidadãos em seu ato de autolegislação deveriam se observar como destinatários e autores do direito. E, para um equilíbrio entre a liberdade subjetiva de ação e a liberdade comunicativa não se pode compreender a liberdade subjetiva como fundamentada moralmente. A idéia de autolegislação dos cidadãos - na perspectiva da Teoria do discurso - compreende uma dupla perspectiva: a) os cidadãos são destinatários do direito ou sujeitos de direito e b) são autores do direito.

a) Os cidadãos como sujeitos de direito possuem uma igualdade na liberdade subjetiva de ação, essa liberdade negativa foi fundamentada moralmente e positivada no ordenamento jurídico pela filosofia política da modernidade. Esse “direito original do homem”, como afirmou Kant no opúsculo Teoria e Prática, se constitui em um impedimento à intromissão do Estado na escolha dos cidadãos. Os destinatários do direito na qualidade de pessoas morais (ou que possuem uma racionalidade prática) podem ratificar moralmente um ordenamento jurídico positivado que vem imposto pelo Estado. Essa forma de ratificação moral não eliminaria o paternalismo do Estado que impõe um modo de ação ou uma dominação legal aos sujeitos jurídicos que agem politicamente de forma heterônoma.

b) Contudo, se abandonarmos a perspectiva de destinatários do direito e assumirmos a perspectiva de autores (legisladores políticos) do direito observará que os cidadãos utilizam a sua liberdade comunicativa realizam uma ação politicamente autônoma e analisam o sistema dos direitos em seu conjunto. Pois as normas jurídicas permitem que os cidadãos ajam por convicção ou por um motivo racionalmente válido. A autolegislação não estaria restrita somente à autonomia moral dos cidadãos, mas ela é analisada sob uma perspectiva neutra e geral.

A dinamicidade entre a perspectiva de destinatário e autor do sistema de direitos permite a fundamentação de um direito legítimo que no exercício da liberdade comunicativa e na proteção da liberdade subjetiva, os atores sociais observem a legitimidade do sistema jurídico e ajam com discernimento ao seguirem as normas jurídicas.

A autolegislação civil não deve ser fundamentada na autolegislação moral dos sujeitos. Em outras palavras, a autonomia no

direito e na moral deve ser compreendida em fatores neutros e gerais. Em uma concepção de autonomia como geral e neutra é que o Princípio do discurso se introduz como indiferente em relação à moral e ao direito. Quando o Princípio de discurso se relaciona com o processo de instituição do direito, ele se apresenta como Princípio da democracia que confere força legitimadora ao processo legislativo. O Princípio da democracia é resultante da interligação entre o Princípio do discurso e a forma jurídica. Esse entrelaçamento é denominado como a gênese lógica de direitos. O princípio da democracia se constitui no núcleo do sistema de direitos. Pois em um primeiro momento a relação do Princípio do discurso com a forma jurídica, na forma de garantia da liberdade subjetiva de ação é encerrada com a institucionalização da autonomia política. Por outro lado, a autonomia política, em sentido inverso, fornece uma concretude à autonomia privada. A autonomia privada foi inicialmente descrita de forma abstrata. A descrição lógica do sistema dos direitos permite compreender os pressupostos teóricos que o ordenamento jurídico deve possuir para a efetivação da autonomia dos cidadãos. O processo de apresentação se inicia em seu aspecto abstrato, de conceder uma autonomia privada e status jurídico, e termina na concretização do direito pela internalização da perspectiva da exposição do direito ao sistema dos direitos.

### **5.6 O Princípio do discurso: um postulado neutro em relação ao direito e à moral**

O Princípio do discurso se estabelece em um nível pós-convencional de fundamentação e possui uma força normativa sobre as ações dos atores sociais. Por outro lado, ele possui a característica de imparcialidade nos ajuizamentos de ordem prática. Ele se estabelece em sua abstração como neutro e em relação ao direito e a moral. O Princípio do discurso não funciona como um elemento a priori em sua semelhança à forma kantiana de fundamentação do sistema jurídico, em verdade a estrutura do Princípio do discurso é de ser um elemento contra-factual na construção habermasiana do sistema dos direitos. Ele é expresso como mediador para a resolução da tensão entre facticidade e validade ou entre a idealidade e a realidade social.

Em sua aplicação o Princípio do discurso em questões morais deve possuir um conteúdo moral que permita a avaliação suficientemente imparcial dos princípios morais e das normas morais. Por outro lado, nas questões políticas e de direito, o Princípio do discurso não pode assumir uma configuração de princípio moral. Ele

deve assumir a figura de um Princípio, denominado como Princípio da democracia, que em relação com a forma jurídica institua normas jurídicas sem um direito ou princípio moral superior.

O Princípio do discurso é postulado como neutro em relação ao direito e à moral e possui a sua formulação nos seguintes termos: “Válidas são aquelas normas de ação, as quais são possíveis a todos os afetados poderiam dar o seu consentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”,<sup>180</sup>.

O predicado “válido” (*gültig*) se refere às normas de ação e aos correspondentes enunciados ou proferimentos normativos gerais ou universais, esses enunciados expressam um sentido inespecífico de validade normativa. Bem como é indiferente a distinção entre a moralidade e a legitimidade das normas de ação. Contudo, esse enunciado é pressuposto para toda a validade normativa nas regras morais e jurídicas. As “normas de ação” são expectativas de comportamento que podem ser universalizadas no tempo, espaço e no contexto social e em uma forma objetiva. O termo “afetado” designa todo o interesse que pode ser atingido em consequência de uma regulação pelas normas de ação. Por fim, o “discurso racional” é toda a tentativa de entendimento sobre as pretensões de validade que estejam em discussão. A discussão das normas de ação se realiza sob os requisitos comunicativos em um espaço público. O espaço público é estabelecido mediante as obrigações ilocucionárias que permitem a livre circulação de temas e contribuições para o telos lingüístico que é o entendimento. Existe uma indeterminação conceitual que seriam a conceituação das “normas de ação em geral” e os denominados “discursos racionais”. Esse artifício conceitual permite a neutralidade do Princípio do discurso que permite a dedução do Princípio da moral e o Princípio da democracia em suas especificações.

Esse interstício em relação à circulação dos temas e das contribuições permite que o modo como se apresentarão os argumentos não seja determinado previamente ou por uma razão maior (*a fortiori*) à força ilocucionária dos discursos racionais. Por outro lado, de maneira indireta, as discussões se referem às negociações que estão reguladas sob pressupostos fundamentados discursivamente. Dessa forma, o Princípio moral<sup>181</sup> é o resultado de uma especificação do Princípio do

---

<sup>180</sup> HABERMAS, 1998b, p. 138.

<sup>181</sup> Em obra anterior à *Facticidade e Validade*, Habermas nomeia o Princípio moral como Princípio de universalização como poderemos ler em *Consciência moral e Agir comunicativo*. O

discurso para as normas de ação que somente são possíveis se justificadas sob uma consideração simétrica dos interesses. Por outro lado, o Princípio da democracia é o resultado de uma especificação de normas de ação que se relacionam com a forma jurídica. Essas normas de ação em geral podem ser justificadas com a contribuição de argumentos pragmáticos, éticos, políticos e morais e não somente com o auxílio de argumentos morais como ocorre com o Princípio da moral. O Princípio do discurso no debate sobre questões morais se constitui no elemento de formação da vontade dos participantes da comunidade lingüística. Segundo Vallespín, “A legitimidade das decisões se retroagem assim a estas condições formais, que constituem a expressão da imparcialidade dos juízos práticos e que, posteriormente, remetem a uma reformulação discursiva e procedimental do conceito de autonomia kantiana”<sup>182</sup>. Nesse sentido, o Princípio do discurso seria o mediador para o estabelecimento do que seria moralmente correto e adequado. Ela se estabelece nos moldes da autonomia moral da concepção kantiana, contudo, a apresentação de proferimentos com pretensão de validade deve ser relacionada a uma comunidade de falantes. As noções constitutivas da moral racional, como imparcialidade, universalidade, racionalidade prática etc., são reformuladas pelo princípio da moral para a instituição de regras morais.

Segundo Maus, em *Facticidade e Validade*, Habermas se distancia de suas caracterizações do Princípio do discurso oferecidas pela Ética do discurso. Pois na obra sobre a ética discursiva o Princípio do discurso está identificado como um princípio moral. “Em *Facticidade e Validade*, Habermas enfatiza a diferenciação entre os dois princípios com uma perspectiva para o objeto central da investigação”<sup>183</sup>. Pois o Princípio do discurso é apresentado como neutro e diferenciado ao direito e à moral, ao contrário na obra sobre filosofia moral que ele é apresentado como um elemento constitutivo para a formação de regras morais.

Habermas reconhece que ainda não realizou uma distinção satisfatória entre o Princípio moral e o Princípio do discurso em sua pesquisa interdisciplinar da Ética do discurso até o presente momento<sup>184</sup>.

---

Princípio de universalização é o princípio que permite o estabelecimento de normas morais de ação. Não obstante, em *Facticidade e Validade* existe um pressuposto anterior ao Princípio de universalização que será o Princípio do discurso.

<sup>182</sup> VALLESPÍN, 1998, p. 29-30.

<sup>183</sup> MAUS, 2002, p. 92.

<sup>184</sup> Cf. HABERMAS, 1998b, p. 140.



Todavia, assevera que o Princípio do discurso explica como fundamentar imparcialmente as normas de ação, em que é pressuposto que os indivíduos vivam em condições simétricas de reconhecimento de formas de vidas estruturadas de forma comunicativa. Na verdade, em qualquer discussão de ordem prática é pressuposto que as normas a serem postuladas possuam uma imparcialidade e universalidade em sua confecção pelos participantes de uma comunidade lingüística. O Princípio do discurso é operacionalizado conforme a temática ou pretensão de validade que ele estiver envolvido, quer dizer, para cada lógica de questionamento existe uma regra que permite responder aos diversos problemas de ordem pragmática, ética e moral. Por exemplo, em questões sobre moral ou fundamentação moral, o Princípio do discurso assume a forma do Princípio de universalização. O Princípio de universalização formula as suas proposições na forma de uma regra de argumentação.

O uso da racionalidade prática, como uma capacidade de fundamentar os imperativos, possui como fio conduto às formas pragmáticas, ética e moral de averiguar uma questão. Em outras palavras, a fundamentação de normas está sujeita ao modo como debatemos uma temática ou ao tipo de decisões que devem ser adotadas. Por exemplo, na discussão sobre a adequação das ações a fins de utilizamos argumentos pragmáticos, se a questão se refere à concepção de bem se utiliza a racionalidade prática com relação às questões ética e se envolve uma questão de justiça, os fundamentos morais serão necessários para a fundamentação de uma norma. De acordo com isto, a relação entre a razão e a vontade se modifica conforme os discursos racionais para a sua fundamentação.

A formação da vontade individual encontra, por fim, seus limites no fato de abstrair da realidade alheia. Com os problemas fundamentais de uma formação racional da vontade coletiva entram em jogo os modos de pôr fim a questão a partir de uma teoria normativa do direito e da política<sup>185</sup>.

Na teoria de Habermas estão coadunadas as três dimensões da racionalidade prática. Segundo essas dimensões da razão prática: a moral estaria teria como característica a imparcialidade, equidade e que seus princípios fossem admitidos como universais; a ética estaria relacionada aos costumes, tradições, bem como a hermenêutica desses

---

<sup>185</sup> HABERMAS, 1989, p.4.

princípios axiológicos; por fim a pragmática estaria relacionada com a perspectiva estratégica dos agentes sociais no objetivo de êxito em suas ações e na busca da felicidade. A unidade da razão prática, mesmo diante das diversidades de discursos racionais, se fundamenta no contexto de uma interação social pelas formas comunicativas que permitem a formação racional da vontade coletiva em sua objetivação de normas a serem instituídas.

Habermas realiza uma importante explanação sobre o âmbito moral que não se relaciona exclusivamente com as regras de cunho pessoal, ou de âmbito privado, e o direito se relacionaria com uma ordem institucional que regularia a vida pública dos agentes sociais. Na verdade, o Princípio da moral ultrapassaria o limite imposto na cisão entre espaço público e privado que a sociedade moderna liberal objetivou realização uma instituição. Uma vez que a moralidade se refere aos princípios universais de validade que transpassa a esfera privada e conduz à esfera pública. A moralidade não estaria circunscrita ao universo temporal e histórico que as normas jurídicas se encontram no sistema jurídico. Por outro lado, a cisão entre o âmbito da moral e do direito não possui uma admissibilidade, pois o legislador político, no que concerne à formação de sua opinião e vontade, necessita dos aspectos morais para regulamentar as regras jurídicas. O Princípio moral funciona como regra de argumentação para a decisão racional de questões morais e o Princípio da democracia pressupõe a possibilidade de decisão em questões que se referem a prática social e que possam ser fundamentadas em procedimentos jurídicos.

Nesse sentido, o Princípio da democracia se relaciona com a normatização legítima do direito. Assim sendo, somente as normas de ação, na qualidade de leis jurídicas, podem possuir a legitimidade se elas forem possíveis de consentimento pelos afetados em um processo jurídico de normatização discursiva. Em outras palavras, o Princípio da democracia se estabelece no nível de institucionalização das normas jurídicas e o Princípio moral realiza a efetuação interna na constituição de um determinado jogo de argumentação. A complementaridade entre o Princípio da democracia e o Princípio moral se realiza da seguinte forma: em uma discussão prática para instituição de normas de ação, a qual todos os possíveis afetados estão presentes, o Princípio da democracia afirmaria a forma como é possível institucionalizar as normas de ação de direito e o Princípio moral, de que modo é possível fundamentar. As diversas modalidades de argumentação podem ser utilizadas para a criação de normas de ação válidas. Essa se constituiria a diferença dos níveis de referência entre o Princípio moral e o Princípio

da democracia.

A outra diferença seria que o Princípio da moral se expandiria a todas as formas de normas de ação ou toda forma de ação que exija uma relação simétrica de reciprocidade. Em *Consciência moral e Agir comunicativo*, Habermas denominou o Princípio da moral com o nome de Princípio de universalização: “se as conseqüências e efeitos colaterais, que previsivelmente resultam de uma obediência geral da regra controversa para a satisfação dos interesses de cada indivíduo, podem ser aceitos sem coação por todos”<sup>186</sup>. Essa denominação do Princípio moral se especifica às questões que envolvem os discursos racionais para a fundamentação de argumentos morais.

O Princípio da democracia, por outro lado, se relacionaria somente com as normas de ação jurídicas. Esse princípio deixa aberta a forma de argumentação a ser adotada na justificação das normas jurídicas. Dessa forma, o Princípio da democracia demonstra como é possível institucionalizar a normas jurídicas, bem como possui a função de orientar a forma como produz se o mecanismo de mediação, a saber, o direito. Em outras palavras, esse princípio estrutura o sistema jurídico e a prática legislativa dos cidadãos.

O Princípio da moral funciona como regra de argumentação para a decisão racional em questões morais, por outro lado, o Princípio da democracia, que está alicerçado sob os discursos racionais, determina a institucionalização em um sistema jurídico que permite a isonômica atribuição de direitos. Em face disso, o Princípio moral age internamente nos atores sociais para a constituição de um determinado jogo argumentativo e o Princípio da democracia agiria no modo como seria possível externamente a institucionalização das normas pela comunicação discursiva sob o *medium* direito.

Esses dois princípios estão estabelecidos diametralmente na referência à questão prática que exigida pelo ator na comunidade lingüística. Por outro lado, as normas jurídicas se diferenciam das outras normas de ação em geral porque elas são fundamentadas pelo Princípio da democracia e as outras normas de ação em geral pelo Princípio moral. O Princípio da democracia operacionaliza a forma como as normas jurídicas serão confeccionadas no sistema de direitos por meio de um processo democrático de criação de normas jurídicas.

O processo democrático possibilita a legitimação do sistema

---

<sup>186</sup> HABERMAS, 1988, p. 116.

jurídico. Segundo Habermas nesse processo que permite o livre debate de temas e contribuições garante um caráter discursivo à formação da vontade e da opinião política. Esse debate se caracteriza por ser um processo falibilista das decisões e resultados obtidos em uma comunidade discursiva. Se adotarmos essa argumentação como *petitio principii* para compreensão da validade da teoria discursiva em sua reconstrução do sistema de direitos, inferiremos que da perspectiva da teoria social e da teoria do direito poderíamos concordar com os princípios da teoria discursiva.

Na perspectiva da teoria social, é admitido que o direito possua a habilidade de preencher o vácuo da integração social em uma sociedade complexa. Em associação com as instituições políticas, o direito constitui a integração social pela transmissão, de forma abstrata, impositiva as estruturas de intersubjetividade que originaram as normas jurídicas. De uma forma indireta o direito possibilita a solidariedade social e a garantia das expectativas de comportamento em relação às normas sociais.

Na óptica da teoria do direito, as ordens jurídicas extraem a sua legitimação do conceito de autonomia, esse conceito é oriundo da teoria política de Rousseau e Kant que fundamentaram a instituição jurídica segundo o modelo do contrato social. No entanto com a *linguist turn* (guinada lingüística) é impossibilitada a compreensão deontológica ou ética das instituições jurídicas. Em verdade, Habermas fundamenta a reformulação da comunidade jurídica que delibera por meio de discursos racionais e de entendimento mutuo em substituição da idéia de contrato social.

### **5.7 Como se institui o sistema dos direitos como um medium nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas?**

A determinação formal do sistema dos direitos necessita da relação de complementaridade entre o direito e a moral. O direito tem que ser compreendido em sua funcionalidade, pois não é possível fundamentá-lo normativamente. Uma vez que a forma jurídica não se estabelece como um código que possa ser fundamentado epistêmica ou normativamente. Retomando a reflexão kantiana sobre o direito e a legalidade, Habermas afirma que o sistema de direitos em Kant na sua acepção da legalidade da ação somente considera os destinatários do direito em seu status jurídico e não como autores de direito. Pois as normas jurídicas se referem ao arbítrio dos sujeitos de direito. As normas jurídicas se relacionam com a relação externa dos agentes

sociais e desconsidera o móbil da ação externa, pois a legislação jurídica se refere à conformidade da ação externa à lei jurídica.

Por um lado, as normas morais regulam as relações interpessoais e os conflitos entre os sujeitos morais, elas se dirigem às pessoas individualmente. Por outro lado, as normas jurídicas se relacionam com as relações interpessoais em uma comunidade jurídica abstrata. Elas – as normas jurídicas – se endereçam aos sujeitos morais, contudo, não realizam uma individualização das normas aos sujeitos de direito. Em sua perspectiva relacionada aos destinatários, a relação jurídica não considera a capacidade normativa dos sujeitos de direito, mas a sua capacidade de agir segundo fins racionais (*zweckrational*). Segundo Habermas, essa abstração no direito possui o intuito de preservação dos planos de vida individuais na proteção à liberdade subjetiva de ação. Porém, essa mesma proteção jurídica possibilita o exercício comunicativo entre os indivíduos que realizam proferimentos sobre diversos temas sociais.

O *arbitrium liberum* que os sujeitos de direito possuem em sua independência ao móbil de sua ação externa se constitui no elemento funcional, no qual os sujeitos de direitos podem seguir uma norma jurídica. O conceito de legalidade de Kant é oportuno para compreender esses aspectos das determinações formais do direito, a legalidade no direito não é um conceito limitador da moral, mas um elemento que permite aos destinatários a ação conforme os fins racionais.

Em sua análise sociológica da relação complementar entre a moral e o direito, Habermas compreende que se faz necessário compreender essa complementaridade com o objetivo de contrabalançar os déficits que a decomposição da eticidade tradicional ocasionou nas sociedades pós-convencionais. A moral, na modernidade, está relacionada às questões de justiça e institui as suas normas sob o enfoque da universalização. Esse enfoque de universalização se determina mediante as regras imparciais com o objetivo de orientar o agir dos sujeitos morais. A moral racional se estabelece pelo ajuizamento imparcial e universal dos princípios de justiça que os sujeitos estabelecem nas sociedades pós-convencionais. No desenvolvimento da modernidade, com a fragmentação do conhecimento humano, a moral passa a ser vista - ao lado da ciência, direito, política, religião, etc. - como uma forma de saber cultural com os seus conteúdos simbólicos que são transmitidos pela tradição. Nas sociedades pós-tradicionais a ação moral está desvinculada da relação de um *ethos* estabelecido nas sociedades tradicionais.

Por outro lado, a moral racional necessita de um processo de

socialização que funciona como internalizador dos princípios normativos morais. A socialização horizontal dos sujeitos possibilita a interação social e a formação moral de seus agentes. Os princípios morais possuem a sua eficácia reduzida porque dependem do desenvolvimento moral dos indivíduos. De fato, a transmissão do saber moral para ação moral possui um interstício que impede a concretização ou a eficácia da ação moral.

O direito na modernidade possui a função de compensar as deficiências de ação que uma moral racional tem em sua estrutura. Em outras palavras o direito possui a função de garantir uma segurança jurídica pela estabilização das expectativas de comportamento social em conformidade com as normas jurídicas. O direito possui proposições e interpretações normativas na medida em que se constitui como um código jurídico, por outro lado, ele também é uma instituição como um complexo de regulação das ações sociais. O sistema jurídico possibilita a interligação entre a motivação, seja qual for à intenção da ação, e as orientações valorativas dos sujeitos de direito. Neste caso, o direito possui uma eficácia imediata para a ação social, pois ele possui a capacidade de reparar o déficit de aplicação de uma moral racional.

Todavia, a moral racional em seu complexo estruturante possui três requisitos para a instauração ou a efetivação das ações morais, a saber, exigências cognitivas (i), motivacionais (ii) e organizatórias (iii). Esses requisitos são exigidos para uma pessoa que no uso de sua racionalidade prática possa ajuizar sobre questões práticas. As exigências são as seguintes:

(i) A necessidade de avaliação imparcial das normas morais exige que os sujeitos morais possuam a faculdade de julgar e ajuizar segundo os princípios universais. Pois, a moral racional não possui a competência de oferecer uma tábua de valores que os sujeitos deveriam seguir, mas na instituição de condições de possibilidade para se alcançar uma norma moral que seja correta e universal. Esse alcance de normas morais é exigido pela formação de juízo moral aos indivíduos. Na verdade, o problema central não é a fundamentação racional das normas, mas o caráter abstrato da universalidade das normas morais e a sua aplicação no contexto social. Neste caso, existe uma indeterminação cognitiva que é submersa pela facticidade impositiva das normas jurídicas. O legislador político decide previamente à ação dos indivíduos quais seriam as ações que poderiam ser incorretas sob o ponto de vista da organização da sociedade pelo sistema jurídico. O sistema dos direito retira dos destinatários do direito a exigência de ajuizar sobre qual princípio deverá o sujeito moral executar para conseguir a norma

correta. De um ponto de vista pragmático, a complementaridade entre o direito e a moral alivia os indivíduos do fardo cognitivo de ajuizamento de uma moral autônoma.

(ii) A moral exige que o móbil da ação dos sujeitos morais esteja em conformidade com o dever. Quer dizer que as máximas devem se adequar às determinações do dever. Na sociedade pós-convencional, os indivíduos possuem uma incerteza motivacional de agir segundo princípios morais, pois os indivíduos podem agir orientados por princípios que não sejam admitidos como morais. A finalidade dos sujeitos de direito pode não estar centrada em si mesma na realização da prática do bem, mas na realização da felicidade ou de seu interesse. Esse problema motivacional é também superado pela facticidade de imposição de normas jurídicas. Pois, as normas jurídicas não se preocupam com a motivação dos destinatários do direito, mas com a conformidade da ação externa com as leis jurídicas (legalidade). Pois, o direito age na forma de coerção das ações externas por meio de sanções penais sem considerar as motivações ou o móbil dos destinatários do direito.

Outro problema na moral é o da acrasia dos indivíduos e sua relação com a imputabilidade moral, em outras palavras a fraqueza da vontade dos sujeitos morais se relacionaria com a questão da imputabilidade moral porque se os indivíduos não possuem uma vontade que determina as suas ações, então a eles não poderiam ser responsabilizadas as suas ações. Segundo os princípios morais, os indivíduos possuem a capacidade de ajuizar sobre as normas morais e de segui-las fatidicamente. Quer dizer, a moral racional se expressa na fórmula imperativa “se deves, então podes”, ou seja, os indivíduos que estão sob o domínio da moral – possuem o dever – devem estar motivados para o cumprimento da ação segundo princípios universais morais. Essa motivação moral compreende que os sujeitos possuem a capacidade de instituir as normas morais a serem seguidas e aplicarem a eles mesmos a responsabilidade pelo cumprimento dessas normas. Uma vez que reconheceram a validade das normas morais e assentiram racionalmente na obediência a essas normas morais.

(iii) Por fim, a exigência moral de organização ou de cooperação entre os indivíduos que resulta do caráter universalista da moral, por exemplo, o dever de ajudar caritativamente o próximo, possui as suas concretes de realização, pois necessita de um sistema de regras que organizem as ações em conformidade com princípios humanitários. No direito, todavia, que é naturalmente reflexivo, pois se relaciona necessariamente com a coordenação da ação social, possibilita a

condução das normas primárias que servem de fundamento para as normas secundárias que orientarão o comportamento e a organização de instituições sociais que resolvam os diversos problemas da sociedade, entre elas o problema da caridade e da filantropia.

Diante desses problemas para a realização da ação moral em seus requisitos formais é que se fundamenta funcionalmente a complementação da moral com o direito em uma sociedade pós-convencional. O sistema jurídico atua de forma complementar com a moral pós-convencional, não obstante, o direito não pode se restringir as ações compensatórias de déficits da ação moral em seus requisitos de execução. O prognóstico da teoria discursiva do direito é que a moral possuiria a sua eficácia se por meio de processos de socialização horizontal ela estivesse relacionada com o sistema de direitos. O sistema de direitos manteria um vínculo interno entre a moral e o direito, bem como atingiria o processo de colonização da vida das esferas sistemicamente definidas, a economia e a política, pois geraria uma força social de integração entre os membros da comunidade jurídica mediante a retirada da carga para o cumprimento da ação moral. Todavia, seria exigida aos membros da comunidade jurídica a obediência geral ao direito.

Nesse sentido, a avaliação do conteúdo moral disseminado no sistema dos direitos deve tem como ângulo de ajuizamento a compreensão do sistema jurídico em sua totalidade e não como um sistema fragmentado de uma sociedade pós-convencional.

## **6. A RESOLUÇÃO DAS APORIAS SOCIAIS DO SISTEMA DOS DIREITOS PELA TEORIA DO DISCURSO**

O primeiro problema a ser resolvido é objetivar a superação da filosofia da consciência e da herança metafísica, de que o direito natural racional está impregnado na fundamentação do Estado de direito. Para tal, faz-se necessário fundamentar o sistema dos direitos pelo princípio do discurso proposto por Habermas. Neste sentido, a Teoria do discurso postula o Princípio do discurso como elemento teórico que poderá esclarecer a equíprimordialidade entre autonomia privada e pública ou entre os direitos humanos e a soberania popular.

O princípio do discurso tem o objetivo de cumprir funções próprias de um critério de aceitabilidade das normas de ação. Segundo Habermas, “ao ter que garantir um consenso sem coações, o princípio do discurso só pode fazer valer de uma maneira indireta, ou seja, por meio de procedimentos que regulam as negociações desde um ponto de vista



da equidade”<sup>187</sup>. A Teoria discursiva do direito possui o objetivo de fundamentar o sistema dos direitos que faça valer equilibradamente a autonomia privada e pública dos cidadãos. O sistema dos direitos - reconstruído pela Teoria do discurso – deve garantir os direitos fundamentais (*Grundrechte*) que os cidadãos podem atribuir uns aos outros para a instituição do direito positivo. Os direitos fundamentais são introduzidos primeiramente da perspectiva daquele que não está participando, um resquício do jusnaturalismo racional clássico, ou seja, na perspectiva do teórico que estrutura um sistema jurídico idealizado.

Em seu percurso de reconstrução do sistema dos direitos, Habermas apresenta de forma historiográfica a dogmática dos direitos subjetivos no corpo jurídico do Direito civil alemão, com o objetivo de demonstrar o paradoxo da legitimidade pela legalidade (i); depois foi desenvolvida pelo viés da Teoria do discurso a interpretação do conceito de autonomia como possuindo umnexo interno entre os direitos humanos e a soberania popular (ii) e por fim, realizou a abordagem sobre a complementaridade entre direito e moral com o intuito de clarificar a determinação formal entre as normas jurídicas (*Rechtsnormen*) e as normas de ação em geral (*allgemeinen Handlungsnormen*) (iii).

Como vimos, o direito na modernidade foi estatuído como um mecanismo ou *medium* de complementação da moral, para que as pessoas de direito tivessem um comportamento conforme as leis jurídicas. Em outras palavras, o direito moderno funcionou como um mecanismo de interação social que destituía as ações dos indivíduos em relação à carga de uma ação moral. O direito, investigado em seus aspectos gerais, se constitui em outorgar “direito” aos sujeitos de direito na qualidade de direitos que outorgam o status jurídico aos indivíduos. Esses “direitos” são elaborados conforme o princípio do respeito as liberdades subjetivas. Esta característica de garantir a liberdade subjetiva de ação representa um lado de um duplo aspecto do direito. As liberdades subjetivas garantem a autonomia privada dos cidadãos e que pode ser manifesta como uma condição de libertação das obrigações da liberdade comunicativa se os portadores de direito quiserem agir somente com vistas ao interesse e sucesso de suas ações (agir estratégico).

Para Klaus Günther, no texto intitulado A liberdade de tomada de

---

<sup>187</sup> Ibid., 1994, p. 234.

decisão como direito fundamental político: um esboço (*Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht: eine Skizze*)<sup>188</sup> expressa a compreensão de que a liberdade possui como fio condutor a investigação do ordenamento jurídico. Segundo Günther, o ordenamento jurídico é observado sob a dualidade dos direitos negativos liberais (liberdade, vida e propriedade) e os direitos positivos sociais<sup>189</sup>. Não obstante, o sistema jurídico deve ser compreendido como o espaço de tomada de decisões livres (*Rechte auf freie Stellungname*), no qual a *volonté générale* de Rousseau e o princípio do direito de Kant serão estabelecidos como compatíveis para a ação dos sujeitos de direito. A liberdade humana está circunscrita como uma capacidade de negação de qualquer ação exterior que cause qualquer prejuízo aos sujeitos. Bem como a aceitação ou a negação de uma ação ou um ato de fala por meio de uma proposição que se estabelece seguindo uma determinada pretensão de validade. Segundo Günther, essa compreensão da liberdade comunicativa se estabeleceria como um espaço de interação social. Essa concepção de liberdade está ausente de um referencial essencial da substância “liberdade” ou de um sujeito que estabeleceria como seria possível uma ação livre<sup>190</sup>.

“A liberdade de tomada de decisão é o lugar, no qual cada um participa igualmente por si entre as possibilidades alternativas de ‘Sim’ ou ‘Não’ nas decisões, como somente implícita num relacionamento intersubjetivo”<sup>191</sup>. Isso quer dizer que essa concepção de liberdade comunicativa implica em um entendimento mútuo entre os participantes de um diálogo ou discussão. A primeira caracterização da liberdade como liberdade para afirmar ou negar expressão um modelo de exigência para forma de validação das pretensões normativa. Por outro lado, a liberdade comunicativa é postulada como um direito que define a tomada de decisão que manifesta a postura ilocucionária dos participantes em um ato de fala. Essa postura interativa comunicacional estabeleceria o vínculo normativo das decisões dos participantes.

A liberdade comunicativa é a possibilidade que os sujeitos de

---

<sup>188</sup> A relevância da apresentação desse texto está no intuito de compreensão do conceito de liberdade comunicativa para a teoria discursiva do direito, posto que esse texto forneça a fundamentação à compreensão de Habermas do conceito de liberdade comunicativa. Ver: HABERMAS, 1998b, p. 152.

<sup>189</sup> Cf. GÜNTHER, 1992, p. 58.

<sup>190</sup> Cf. Op. cit., p. 61.

<sup>191</sup> Cf. Op. cit., 1992, p. 64.

direito possuem de tomar decisões perante uma pretensão de validade normativa e expressarem o seu argumento com o objetivo de um reconhecimento intersubjetivo entre os afetados. Ao contrário das liberdades subjetivas de ação, a liberdade comunicativa possui obrigações ilocucionárias, a saber, que as pessoas de direito possuam uma motivação racional de erguer pretensões de validade que possam ser aceitas reciprocamente e que cumpram as obrigações que os proferimentos impõem aos atores. A liberdade comunicativa, como o alicerce uma relação intersubjetiva, se relaciona com as obrigações ilocucionárias que os atores devem realizar em coordenação com os seus planos de vida e o consenso adquirido em uma comunidade comunicativa.

A tomada de uma decisão necessita de uma fundamentação dos argumentos que possam ser aceitos como racionalmente motivadores da ação. Por outro lado, se analisada a tomada de decisão por alguém que age segundo a sua liberdade subjetiva não se leva em consideração os argumentos decisivos que determinaram a tomada da decisão pelo sujeito de direito. A liberdade subjetiva de ação, como característica da autonomia privada, não exige que o agente social forneça uma fundamentação racional das suas ações.

Liberdades subjetivas de ação justificam a saída do agir comunicativo e a recusa de obrigações ilocucionárias; elas fundamentam uma privacidade que libera do peso da liberdade comunicativa atribuída e imputada reciprocamente<sup>192</sup>.

A liberdade subjetiva é o elemento protegido pelo direito que permite que o ator se retire do espaço público das obrigações ilocucionárias e assuma uma posição de observador em relação aos outros atores que agem comunicativamente. A isto podemos caracterizar a proteção legal da autonomia privada, como a possibilidade de se retirar de um espaço de deliberação comunicativa e orientar as suas ações e proferimentos conforme a sua expectativa de êxito e interesses. Segundo Habermas, o ator que se resguarda em sua autonomia privada não pode ser inquirido sobre a sua posição estratégica e nem deve ser obrigado a justificar as suas ações perante a esfera pública. Em outras palavras, a liberdade subjetiva de ação permite que os atores sociais se eximam das obrigações ilocucionárias da liberdade comunicativa e assentem sobre a

---

<sup>192</sup> HABERMAS, 1998b, p. 153.

sua privacidade as suas ações.

Essa característica da Teoria da ação comunicativa de – a defesa da liberdade comunicativa e a proteção da liberdade subjetiva de ação - foi alvo de algumas objeções, a primeira de que ela seria míope em relação à realidade das instituições sociais e a segunda, seria que essa perspectiva teria como conseqüência à anarquia<sup>193</sup>. De fato, a defesa da liberdade comunicativa carrega em si um elemento anárquico que nutre as instituições do Estado democrático de direito com o objetivo de garantir a liberdade de ação subjetiva e sua legitimação pela participação política. Nesse sentido, a teoria discursiva do direito no que se refere à legitimidade do direito se estrutura diferentemente das teorias política que almejam um princípio último para a fundamentação moral ou de uma ética política que tenha o seu fundamento em princípios materiais ou formais do direito que confeccionam as normas jurídicas a partir de uma norma fundamental. Por outro lado, a teoria discursiva do direito admite determinadas competências que os sujeitos de direito devem possuir para no uso de sua liberdade comunicativa instituir o sistema jurídico.

Dentre as mais importantes está à disposição de cada falante e cada ouvinte, para defender com fundamentos convincentes as pretensões de validade levantadas. Essa disposição já integra o próprio significado da pretensão de validade levantado perante outrem por meio de um proferimento lingüístico. Sem isso, não faria sentido para o ouvinte reagir ao proferimento com a assunção de uma posição crítica; ele ou ela poderia encarar esse proferimento apenas como um fato, igual a outros fatos naturais. Quando o ouvinte reage assumindo uma posição crítica, ele espera não apenas que o proponente esteja disposto a defender contra a crítica a pretensão de validade levantada por meio da proposição<sup>194</sup>.

Se analisarmos as investigações de Klaus Günther - que fundamentam a compreensão de Habermas - para melhor compreender o

---

<sup>193</sup> Cf. HABERMAS, 1998b, p. 10. Habermas comenta as críticas que Höffe houvera realizado à sua fundamentação do Estado de direito democrático e de sua teoria da ação comunicativa aplicada ao campo da moral. De fato, Höffe (2001, p. 396-397) na obra *Justiça política*, afirma que a ética discursiva não teria uma concepção de que se referisse à Teoria do Estado e do direito.

<sup>194</sup> GÜNTHER, 2006, p. 223-224.

conceito de liberdade comunicativa na Teoria do discurso e das críticas realizadas a esse conceito, verificamos que os críticos da Teoria discursiva têm direcionado as suas objeções ao lugar do indivíduo ou da esfera privada. Por exemplo, os liberais objetam um sistema de obrigações que são oriundos de pressupostos pragmáticos de comunicação induzem os indivíduos à participação em discursos na sociedade. Não obstante, Günther recorda que os direitos subjetivos, em *Facticidade e Validade*, possuem o seu espaço protegido para o exercício pleno da autonomia dos cidadãos<sup>195</sup>. Todavia, os direitos subjetivos ou “direitos negativos de posse individual”, como salienta Günther, não são oriundos do conceito de liberdade negativa como ocorre na tradicional forma liberal de fundamentar os direitos subjetivos em contraposição com o poder estatal.

Em *Facticidade e Validade*, o conceito de poder comunicativo de Hannah Arendt é fundamental para o arcabouço teórico de Habermas, pois os associados de uma comunidade política no uso de sua liberdade comunicativa exercem o poder comunicativo que a linguagem possui quando orientada ao entendimento. No uso dos discursos ilocucionários para deliberarem sobre os temas que lhes afligem, os cidadãos podem ser motivados racionalmente pelo comprometimento que os atos de fala realizam nas ações dos indivíduos no uso de sua liberdade comunicativa. “Deve ser evidente que o poder comunicativo é um recurso motivacional para a obediência de normas, e a que se constitui propriamente em uma alternativa à coerção e a violência”<sup>196</sup>.

Para Günther, a liberdade comunicativa deve ser postulada como diferente os conceitos de liberdade “positiva e negativa”, ou “liberdade de ação” ou “liberdade da vontade”. A liberdade comunicativa como integrante de uma rede de argumentação, tem como exigência a veracidade, justeza e sinceridade das expressões subjetivas. Nessa atribuição recíproca da liberdade, os indivíduos assumem a posição de serem obrigado ao proferirem ato ilocucionários de fala. Pois a ilocucionariedade dos atos de fala se constitui na base de fundamentação da teoria da ação comunicativa, assim o alicerce para a validade das normas de ação que serão exigidas aos participantes da comunidade de fala.

Assim, a liberdade comunicativa comumente

---

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 1035.

<sup>196</sup> *Ibid.*, 1996, p. 1036.

pressuposta como “liberdade negativa” em vários níveis de fundamentação. Porém, a questão se diferencia quando a pergunta sobre como a liberdade negativa é relacionada com a liberdade comunicativa depois que os falantes e ouvintes aceitam como obrigações mútuas ilocucionárias<sup>197</sup>.

A liberdade comunicativa como integrante de uma chave de argumentação, tem como exigência a veracidade, justeza e sinceridade das expressões subjetivas. Nessa atribuição recíproca da liberdade, os indivíduos assumem a posição de serem obrigado ao proferirem os atos ilocucionários de fala. Pois a ilocucionariedade dos atos de fala se constitui na base de fundamentação da teoria da ação comunicativa, assim o alicerce para a validade das normas de ação que serão exigidas aos participantes da comunidade de fala.

De acordo com a teoria da ação comunicativa, a observação das obrigações ilocucionárias pelos falantes e ouvintes tem como consequência uma interação futura. “Habermas afirma a ‘relevância obrigacional para o resultado de interação’, ou *‘interaktionsfolgenrelevante Verbindlichkeiten’*”<sup>198</sup>. Os falantes e ouvintes de uma comunidade de fala estabelecem exigências que possuem uma validade de aceitação racional que foi gerada pelos atos de fala ilocucionários. Em outras palavras, a ação comunicativa, ao contrário da ação estratégica, se constitui em um meio ilocucionário de coordenar as ações para a geração de regras de orientação das ações ou normas de ação em geral que possam ser estabelecidas em um sistema de direitos.

Segundo Günther, as normas jurídicas transitam em uma dualidade de posição para os seus destinatários, pois ela se estabelece entre a liberdade para adotar uma posição e realizar a obrigação legal. Em outras palavras, o sistema de direitos permite a interação social pela força coercitiva das leis, que confeccionadas pela liberdade comunicativa se constitui o alicerce de atribuição de normas de ação. Por outro lado, as normas jurídicas não necessitam de uma motivação para serem seguidas, pois os destinatários das normas jurídicas podem analisá-las com um bem ou que possui uma utilidade ao serem seguidas mediante um cálculo das vantagens de seguir uma norma jurídica e não

---

<sup>197</sup> Ibid., 1996, p. 1040.

<sup>198</sup> Ibid., 1996, p. 1040-1041.

ser indiciado pelas suas sanções penais.

Dessa forma, as normas jurídicas são oriundas de um procedimento comunicativo de exercício da liberdade comunicativa que fundamentam a validade das normas jurídicas. Por isso, a participação política se constitui na *conditio sine qua non* da legitimidade do sistema de direitos. A força integracional do poder comunicativo se apresenta de duas formas aos seus destinatários na comunidade política: na medida em que a força comunicativa se apresenta como uma obrigação ilocucionária para a ação, ela se constitui também em um imperativo que possui uma coerção legal. Em outras palavras, existe uma bifurcação com poder comunicativo em sua relação com o poder administrativo.

Direitos políticos ou públicos e direitos privados correspondem a esta divisão. O poder público para a ação é preservado pelos procedimentos públicos e direitos iguais dos cidadãos para a participação em procedimento para o exercício da liberdade comunicativa e a geração do poder comunicativo. Como consequência, os cidadãos são politicamente responsáveis pelo direito; isto é, para o exercício do poder comunicativo na ordem segundo regras<sup>199</sup>.

No uso de sua liberdade comunicativa os cidadãos legitimam e conduzem as suas decisões políticas para o poder administrativo que executa as deliberações pelo direito e pelas decisões políticas em casos concretos. De outro lado, os direitos privados são resguardados para constituição da pessoa jurídica na comunidade política. A proteção pelos direitos privados e o exercício da liberdade comunicativa devem ser entendidos como complementares para a constituição de uma comunidade política que faça jus à co-originariedade entre a autonomia política e privada.

Na prática, a institucionalização do poder comunicativo ou a transferências das deliberações da esfera pública para o poder administrativo resulta em uma bifurcação<sup>200</sup>, na qual os cidadãos no uso de sua liberdade comunicativa estabelecem um sistema de direitos. O sistema de direitos em sua institucionalização preserva e, ao mesmo tempo, reproduz a força motivadora do poder comunicativo na expressão magna da lei, ou seja, na Lei fundamental.

---

<sup>199</sup> Op. cit., 1996, p. 1057.

<sup>200</sup> Op. cit., 1996, p. 1058.

## 6.1 A reconstrução da Gênese lógica de direitos fundamentais

A *Gênese lógica de direitos* se inicia com a aplicação do Princípio do discurso, na forma de Princípio da democracia, à forma jurídica. Nessa relação é fundado o direito subjetivo, o que suscita a segurança jurídica de um espaço para o exercício discursivo da autonomia política dos cidadãos que possibilita a garantia da autonomia privada. Por outro lado, estabelecem-se os direitos políticos para o exercício da autolegislação civil e a instituição do direito. Nesse sentido, a Gênese lógica de direitos se estabelece em um formato cíclico. O código denominado “direito” – neste caso, a garantia da liberdade negativa (autonomia privada) - e o mecanismo para a sua efetivação – como a possibilidade de uso da liberdade positiva (autonomia política) – possuem uma co-originariedade (*Gleichursprünglichkeit*). A apresentação da dedução lógica dos direitos fundamentais é formulada na perspectiva do teórico, ou em uma perspectiva externa aos legisladores políticos.

A genealogia lógica dos direitos se constitui em um processo cíclico, no qual a liberdade subjetiva de ação e a liberdade política se relacionam em um processo democrático de instituição de normas jurídicas. Esse "processo circular" das categorias abstratas, Günther caracteriza como um elemento de "estrutura quase-dialética" e refuta as críticas de que haveria uma hierarquia na postulação dos direitos subjetivos em sua anterioridade aos direitos políticos. Se isto fosse verdade, a reconstrução de Habermas do sistema de direitos se caracterizaria por uma *contradictio in adjectis*, pois estabeleceria os princípios, a anterioridade dos direitos subjetivos, que ela própria realiza uma crítica.

Günther apresenta que na forma de liberdades subjetivas privadas, o código jurídico preexistiria pelo legislador político e concedendo direitos constitucionais aos cidadãos, mas somente com o fundo gramático (*deep grammar*) da linguagem do direito que deve ser transformado em a estrutura superficial (*surface structure*) da linguagem do direito pelos falantes propriamente na ordem realizada por todos<sup>201</sup>.

---

<sup>201</sup> MAUS, 2002, p. 94.



A reconstrução dos direitos se caracteriza pela descrição lógica do sistema de direito. Habermas inicia a sua fundamentação dos direitos pelo método da dedução lógica desses direitos. Esse método se caracteriza pela reconstrução racional da arquitetônica dos direitos civis que necessita de discursos racionais para a sua fundamentação.

A forma jurídica na sua inter-relação (*Verschränkung*) com o Princípio da democracia é que se estabelece o sistema de direito. A constituição do direito ocorre pela forma da derivação de um sistema jurídico. O direito em sua forma procedimental não está fundado sob a forma semântica das leis abstratas e gerais da filosofia política de Rousseau, pelo conceito de *Volonté générale*, e nem está alicerçado na filosofia prática de Kant pelo Princípio Universal do direito, como a garantia de equânimes liberdades de ação. Segundo Baynes, o sistema dos direitos “para Habermas está na conexão entre o direito positivo e a liberdade individual para se atingir na medida em que como um direito individual obriga a regulação da vida comum através da forma jurídica. Eles devem se constituir em um caminho que garanta a cada membro o direito à igual de liberdade”<sup>202</sup>.

Por outro lado, o estabelecimento do sistema dos direitos deve ser desenvolvido em consonância com a soberania popular. O exercício da autonomia pública determina a confecção de normas jurídicas segundo o Princípio do discurso.

Em conexão com o Princípio do discurso, o “direito” tem somente o status “quase-transcendental” de um ato comunicativo e que não carrega qualquer autorização coercitiva. Ele pode adquirir uma autorização coercitiva somente quando, com o Princípio da democracia, é realizada no *medium* jurídico como um sistema de direitos<sup>203</sup>.

A forma procedimental do direito se estabelece como um princípio que concebe o direito como imerso na idéia de equi-primordialidade entre a autonomia privada e a autonomia política, ou entre os direitos humanos e a soberania popular.

Contrariamente ao “paradigma liberal”, que privilegia a primeira (e, portanto, que observa no direito, antes de qualquer coisa, como instrumento

---

<sup>202</sup> BAYNES, 1998, p. 130.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 131.

para protegê-la) e ao “paradigma do Estado social”, que, ao contrário, coloca a ênfase na segunda (e, portanto, pelo qual o direito é o meio para permitir a explicação), o paradigma procedimental insiste sobre o fato que os cidadãos são, ao mesmo tempo, os destinatários e os criadores das normas do ordenamento jurídico.<sup>204</sup>

A teoria discursiva do direito em sua reconstrução da gênese lógica do direito se assemelha as teorias contratualistas ao ter como *petitio principii* um estado pré-cívico que por meio deste os indivíduos deliberariam para a constituição de um estado sob normas jurídicas. Ao contrário das teorias contratualistas a teoria do discurso não preserva idéia do contrato social e sim o *medium* da linguagem como expressão do ato de atribuição de direitos recíprocos entre os indivíduos. Nessa hipótese lógica é admitida a liberdade de arbítrio como elemento que os indivíduos devem possuir para realizarem as decisões com base em argumentos racionais. Essa modalidade de liberdade caracterizaria o elemento de recíproca igualdade entre os indivíduos.

Por meio desta configuração inicial os participantes do ato fundante do estado jurídico devem instituir as normas jurídicas pelo *medium* do direito positivo. Por conseqüência, eles devem estar dispostos à participação em discursos práticos de argumentação. Neste quesito se realiza a mudança no modo de compreender o processo de legislação do paradigma da filosofia da consciência, que fundamentava em leis abstratas e gerais (lógico-semântica), para o paradigma da intersubjetiva, que está fundamentado em leis que foram discursivamente instituídas com pressupostos argumentativos de fundamentação (lógico-pragmático). Por fim, a entrada na prática constituinte exige a disposição para efetuar uma transcrição dos elementos normativos em face de sua concretização em um Estado democrático de direito.

O sistema dos direitos deverá conter exatamente todos os direitos que cidadãos devem se conceder mutuamente na hipótese de quererem regular pelo meio do direito positivo legítimo. Essa forma de apresentação dos direitos fundamentais é realizada de maneira da derivação ou dedução de normas jurídicas que irão compor o sistema dos direitos por meio das categorias abstratas dos direitos fundamentais na hipótese de uma condição de possibilidade para a efetivação do

---

<sup>204</sup> PINZANI, 1996, p. 71.

direito. Quer dizer que as categorias abstratas permitirão a confecção de normas jurídicas que estejam expressas na Lei fundamental (Constituição) de um Estado democrático de direito. Os participantes da instituição do direito se observam como obrigados à positivação de um sistema jurídico que garante que os participantes e os futuros participantes do processo legislativo tenham os seus direitos subjetivos garantidos segundo uma norma jurídica. Nesse sentido, faz-se necessário a introdução de categorias abstratas do direito que garantam ab origine os direitos subjetivos. As três primeiras categorias abstratas asseguram a autonomia privada. Essas categorias abstratas do sistema jurídico possibilitam o engendramento do código jurídico ao determinarem o status das pessoas jurídicas e elas se expressam da seguinte forma:

(1) Direitos fundamentais que resultam do desenvolvimento e configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação.

Esses direitos exigem como correlatos necessários:

(2) Direitos fundamentais que resultam do desenvolvimento e configuração politicamente autônoma do status de membro da associação voluntária que é a comunidade jurídica;

(3) Direitos fundamentais que resultam diretamente da acionalidade dos direitos, isto é, da possibilidade de reclamar judicialmente seu cumprimento, e do desenvolvimento e da configuração politicamente autônoma da proteção dos direitos individuais<sup>205</sup>.

Essas três categorias de direitos, que possuem uma variabilidade em seu conteúdo material, resultam da aplicação do Princípio do discurso ao *medium* direito, quer dizer que as condições de formalização da ordem jurídica em uma socialização horizontal dos cidadãos. Elas são necessárias para a fundação de uma associação jurídica que reconheçam reciprocamente como portadores de status jurídico. Na postulação dessas categorias existe uma antecipação dos indivíduos na função de destinatários do direito. Embora essas categorias suscitem uma perspectiva liberal de direito subjetivo, elas não podem ser compreendidas desse modo porque são elementos lógico-hipotéticos

---

<sup>205</sup> HABERMAS, 1998b, p. 155-156.

para a relação civil antes da constituição de um Estado de direito. Esses direitos fundamentais se dirigem aos sujeitos de direitos que se observam como destinatários do direito, e em um segundo momento aos sujeitos de direitos que assumem a perspectiva de autores do direito. Na medida em que os direitos fundamentais pelo processo democráticos podem ser concretizados na forma de direitos em um sistema jurídico.

Se quiserem continuar mantendo um aspecto importante de sua prática atual, a autonomia, eles têm que se auto-transformar pelo caminho da introdução de direitos fundamentais políticos, em legisladores políticos. Sem as primeiras três categorias não poderia existir nada parecido com o direito; porém, sem uma configuração políticas dessas categorias, o direito não poderia adquirir conteúdos concretos. Por conseguinte, para que isso possa vir a acontecer, é necessário introduzir uma quarta categoria de direitos (que no início também é vazia) [...] <sup>206</sup>.

As categorias abstratas de 1 a 3, que estabelecem os direitos subjetivos, necessitam da categoria 4, que estabelece os direitos políticos, para a sua efetivação em um processo democrático pelo legislador constituinte. Em verdade, as três primeiras categorias abstratas do sistema de direitos têm o objetivo de salvaguardar a autonomia privada das pessoas de direito, na medida em que eles se reconhecem como destinatários do direito, por outro lado, como veremos com os próximos direitos fundamentais, as próximas categorias abstratas garantem o exercício discursivo da autonomia pública:

(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de oportunidades no processo de formação de opinião e da vontade, em que os cidadãos exercem sua autonomia política e mediante ela estabelecem o direito legítimo <sup>207</sup>.

Essa categoria de direito tem a sua aplicação reflexiva na interpretação dos direitos constitucionais e na configuração política que posteriormente será concedida aos direitos fundamentais mencionados de (1) a (4). Os direitos políticos que os cidadãos possuem são auto-referenciais e possibilitam aos cidadãos modificar a sua posição jurídica (destinatários do direito) e exercer a sua autonomia pública como

<sup>206</sup> HABERMAS, 2003, p. 169.

<sup>207</sup> HABERMAS, 1998b, p. 156.

autores do direito. A quarta categoria fundamenta o status jurídico de cidadão e confere o espaço de ação dos autores do direito. Nesse sentido, as categorias de direito culminam em:

(5) Direitos fundamentais às garantias de condições de vida social, técnica e ecologicamente asseguradas na medida em que for necessário para um aproveitamento, em igualdade de oportunidades, dos direitos elencados de (1) a (4)<sup>208</sup>.

Os direitos subjetivos (1) e os direito de associação e garantias ao procedimento jurídico (2 a 4) estabelecem o ordenamento jurídico. Segundo Habermas, é impossível que exista um direito legítimo sem esses direitos fundamentais. Todavia, devemos enfatizar que esses direitos fundamentais não se relacionam com os direitos fundamentais do liberalismo político que estão presentes na Carta Magna das democracias liberais contemporâneas. Pois na instauração desses direitos não existe um Estado organizado em que esses direitos deveriam proteger os cidadãos das intromissões do poder político, quer dizer esses direitos fundamentais permanecem insaturados (*ungesättigt*). Os direitos fundamentais são concebidos como pré-políticos na condição quase-transcendental de efetivação do direito legítimo. O elemento quase-transcendental se refere ao fato de que a efetivação desses direitos fundamentais necessita de um elemento comunicativo e que não está concretizado em sua forma, pois necessita da interpretação dos legisladores constituintes.

Nesse momento os direitos fundamentais estão sendo descritos de forma lógica ou *in abstracto*, para a concretização desses direitos é necessária a figura do legislador político que realiza a atualização desses direitos conforme o seu contexto histórico-social, quer dizer que ele – o legislador político - interpreta e configura esses direitos conforme a circunstância que a comunidade jurídica vivencia na realidade social. De tal forma que as categorias abstratas apresentadas se realizam na compreensão de que transcorre uma linha conceitual e não na realidade factível. Pois as categorias estão estabelecidas sem conteúdo material, apenas em sua estrutura formal, compete ao legislador político à introdução do conteúdo material.

Por isso, os participantes que entraram em si mesmo através da reflexão e que até agora

---

<sup>208</sup> HABERMAS, 1998b, p. 156-157.

estavam ocupados com um esclarecimento conceitual que beirava a filosofia têm que lançar fora o véu da ignorância do não-saber empírico, que eles mesmos teceram, e captar aquilo que, nas circunstâncias históricas dadas, deve ser regulado, e determinar que direitos serão exigidos para tal matéria carente de regulamentação<sup>209</sup>.

"As categorias não são axiomas, pois são os cidadãos que deve solicitar a declaração para a aceitação da estrutura de um sistema de direitos".<sup>210</sup> As categorias abstratas do sistema de direitos não podem ser estabelecidas *in hypothese* (na prática), mas devem se concretizar em uma comunidade jurídica real que expresse esses direitos fundamentais por meio do seu ordenamento jurídico na forma de leis positivas. Isto é, o sistema dos direitos positivos deve ser compreendido como uma explicitação das abstratas categorias jurídicas. Por exemplo, os direitos liberais constituem em uma interpretação e configuração do direito geral a liberdade no sentido do direito subjetivo.

As três primeiras categorias (1 a 3) se constituem em princípios jurídicos, aos quais o legislador constituinte deverá ser orientar para estabelecer a Carta magna, pois essas categorias são representantes insaturadas para a especificação de direitos fundamentais singulares, bem como são orientadoras dos princípios constitucionais na forma jurídica.

Diante disso devemos realizar um esclarecimento de ordem prática no que se refere ao processo democrático de instituição normativa. A primeira distinção se refere ao nível de explicação da linguagem dos direitos subjetivos, que na prática comum de associação jurídica no processo de autolegislação o princípio de soberania popular pode ser incorporado. Por outro lado, a segunda distinção se refere ao nível de realização do princípio da soberania popular em sua realização fáctica. No processo de autolegislação de direitos, inclusive os direitos subjetivos, necessitam da entrada em cena do princípio da democracia e da instituição de um Estado democrático de direito.

## 6.2 Direitos fundamentais às liberdades subjetivas de ação

As normas de ação que fundam uma forma jurídica concedem aos

---

<sup>209</sup> HABERMAS, 2003, p. 170.

<sup>210</sup> CHEVIGNY, 2000, p. 311.

destinatários do direito a organização de seus planos de vida conforme a sua liberdade subjetiva de ação. A primeira categoria abstrata do sistema de direito concede aos sujeitos de direito a possibilidade de fazerem uso de sua liberdade subjetiva em igualdade com os outros membros associados da comunidade política. Não obstante, a liberdade subjetiva de ação não se constitui em único critério para a legitimação da esfera do direito. Pois, o sistema de direitos necessita de uma comunidade jurídica, na qual os sujeitos de direitos possam reclamar os seus direitos e determinar quais são os direitos que cada membro da comunidade jurídica deve usufruir e reclamar judicialmente.

Para Habermas, o Princípio universal do direito de Kant se coaduna com a perspectiva de liberdades iguais de ação subjetiva que podem garantir a autonomia privada ao serem legitimamente distribuídos. Pois a organização do código jurídico deve considerar os direitos subjetivos que são distribuídos equanimente. Como sabemos, esses direitos subjetivos protegem a autonomia privada, porém, eles não possibilitam a institucionalização plena do ordenamento jurídico. Uma vez que o sistema de direitos necessita de uma comunidade jurídica legislante que possa determinar os direitos a serem outorgados aos seus membros.

### **6.3 Direitos fundamentais à associação em uma comunidade jurídica**

As regras jurídicas regulam sobre o contexto de interação de uma sociedade concreta e não em possíveis interações sobre sujeitos que possuem uma racionalidade comunicativa, como acontece na moral. Dessa forma, poderíamos derivar o conceito de positivação do direito como o fato de normatização e imposição do direito. As regras jurídicas possuem a sua historicidade, assim como elas possuem os seus significados e a validade social em uma determinada circunstância de uma comunidade jurídica. Ela está delimitada pelos fatores do tempo e espaço que os sujeitos de direito vivenciam. Isso caracteriza o sistema de direitos em sua finitude e falibilidade das normas jurídicas que são positivadas.

Dessa forma, o sistema dos direitos necessita de uma determinada associação de sujeitos jurídicos que possuam um entendimento para a construção do ordenamento jurídico. Esses direitos à associação em uma comunidade jurídica na forma de um Estado de direito representa a possibilidade de participação no Estado de direito. Ora, participar do Estado de direito é possuir o status de cidadãos ou de pessoa civil tendo

uma posição jurídica a ser definida. A esse status civil podemos caracteriza o ato de outorgar os direitos e deveres a serem respeitados na comunidade jurídica.

A Teoria do discurso assevera que na aplicação do Princípio de direito à forma jurídica tem-se por resultado que todos os cidadãos devem ser protegidos contra a subtração unilateral dos direitos de pertença à comunidade jurídica. Todavia, não se pode negar a renúncia ao status de membro pelo cidadão.

#### **6.4 Direitos fundamentais à proteção jurídica ou garantia da defesa dos interesses por meio de ação judicial**

A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

A comunidade jurídica necessita do direito à proteção jurídica para garantir a segurança jurídica de seus membros, bem como o acesso à justiça por meio das partes conflitantes em um litígio. Ora, se constitui em um direito fundamental a garantia dos meios jurídicos para a resolução de uma lide, mediante esse direito fundamental a pessoa jurídica poderá reivindicar os seus direitos, pretensões de validade, bem como a justiça se sentir prejudicado em um litígio. A obrigatoriedade do sistema jurídico exige a postulação desse direito fundamental ao acesso à justiça, pois esse direito permite que todos sejam tratados igualmente pela lei. Essa categoria representa o que os estudiosos da teoria dos processos jurídicos denominam como o devido processo legal para ambas as partes em um litígio.

Uma vez que as pessoas jurídicas somente poderão criar uma demanda no poder judiciário se essas pessoas tiverem livre acesso aos tribunais que decidiriam de forma imparcial seguindo as determinações do ordenamento jurídico.

O Princípio do discurso em sua aplicação à forma jurídica possibilitaria a fundamentação de direitos elementares ao acesso à justiça que garantiriam a igual proteção jurídica, igual direitos de audiência, igualdade na aplicação do direito e que as pessoas jurídicas fossem tratadas de forma isonômica.

Os direitos subjetivos (1) e os direitos de associação e garantias ao procedimento jurídico (2 a 4) estabelecem o código jurídico. Segundo Habermas, é impossível que exista um direito legítimo sem esses



direitos fundamentais. Todavia, devemos enfatizar que esses direitos não se relacionam com os direitos fundamentais do liberalismo político. Pois na instauração desses direitos não existe um Estado de direito organizado politicamente, no qual esses direitos fundamentais deveriam proteger os cidadãos das intromissões do poder político, em outras palavras esses direitos fundamentais permaneceriam insaturados (*ungesättigt*) em relação às determinações do legislador constituinte. O legislador político possui a obrigação de configurar e interpretar os direitos fundamentais e estatuí-los na forma do ordenamento jurídico. Esse processo legislativo releva a circunstância histórico-social dos legisladores.

Nesse momento os direitos fundamentais estão sendo descritos de forma lógica ou *in abstracto* sem a necessidade de sua verificação em qualquer ordenamento jurídico do Estado de direito, todavia, para a concretização desses direitos fundamentais é necessária a figura do legislador político que atualize ou especifique as normas jurídicas a serem institucionalizadas, quer dizer que ele deve interpretar e configurar esses direitos fundamentais conforme a circunstância que a comunidade jurídica vivencia no seu contexto social. Os sistemas de direitos não podem ser estabelecidos *in hypothese*, mas devem acontecer em uma comunidade jurídica real que expresse esses direitos fundamentais por meio do seu ordenamento jurídico. Isto é, o sistema dos direitos positivos deve ser compreendido como uma explicação das categorias jurídicas. Por exemplo, os direitos liberais constituem uma interpretação e configuração do direito geral a liberdade no sentido do direito subjetivo.

As três primeiras categorias constituem em princípios jurídicos que o legislador constituinte deverá ser orientar, pois elas são representantes insaturados para a especificação de direitos fundamentais singulares e deverá se orientar pelos princípios na forma jurídica.

## **6.5 Direitos fundamentais à participação política**

Nas três primeiras categorias lógicas do direito, o Princípio do discurso em sua relação com a forma jurídica foi aplicada exteriormente na perspectiva do teórico do direito. A perspectiva do observador – ou do teórico- afirma quais seriam os direitos fundamentais que cidadãos deveriam se atribuir mutuamente em um direito legítimo. Nessa perspectiva do teórico apenas se observa o cidadão como destinatário do direito - ou sujeito de direito – que deve se adequar às normas jurídicas. Por outro lado, os direitos fundamentais à participação no processo de

formação da vontade e da opinião do legislador permitem aos sujeitos de direito a mudança da perspectiva de destinatários para a perspectiva de autores do direito. Pelo sistema de direitos, os cidadãos realizam a sua autolegislação, e por meio do Princípio do discurso é possível que eles analisem se o ordenamento jurídico estabelecido se configura em um direito legítimo.

Pelo Princípio do discurso, os cidadãos não podem analisar as pretensões de validade normativa segundo os seus interesses pessoais ou pela sua concepção de bem, mas devem direcionar as suas aspirações políticas para as normas que possam ser universalizadas. Uma vez que somente devem ser instituídas no código jurídico as normas que possam ser aceitas por todos os atingidos, e que essas normas jurídicas sejam oriundas de um discurso racional pelos participantes. Os cidadãos participantes de um discurso racional decidem e examinam de forma argumentativa as normas jurídicas pelo procedimento jurídico que se relaciona à aplicação do Princípio do discurso – no formato de Princípio da democracia - com a forma jurídica. Os cidadãos se compreendem autocrítica e autocorretivamente na qualidade de co-legisladores de uma norma jurídica que possa ser imputável a todos os membros da comunidade política.

A imputabilidade é um elemento definidor do conceito de cidadão. É apenas porque, e na medida em que, se reconhecem reciprocamente, entre outras coisas, como pessoas imputáveis, que faz sentido para os cidadãos participarem de controvérsias públicas sobre uma regulamentação aceitável em geral para os seus assuntos comuns. Não é à toa que o conceito de imputabilidade exerce um papel central também na imputação jurídica, especialmente quando se trata de atos que violam normas<sup>211</sup>.

Os cidadãos conferem ao Princípio do discurso na sua relação com a forma jurídica uma caracterização na forma de Princípio da democracia. No âmbito de sua liberdade comunicativa, os cidadãos no processo de juridicização simétrica da liberdade comunicativa formam discursivamente a opinião e a vontade para o exercício da autonomia política. A autonomia política é possível mediante a utilização dos direitos políticos dos cidadãos. Por isso, os cidadãos necessitam da

---

<sup>211</sup> GÜNTHER, 2006, p. 224.

proteção de sua liberdade subjetiva de ação – direito subjetivo – e a garantia do exercício de seus direitos civis.

A mudança de perspectiva de destinatário para autor do sistema jurídico exige a fundamentação dos direitos políticos a partir do modo como eles quererão exercer a liberdade comunicativa. Os legisladores constituintes decidem a forma como o Princípio do discurso em sua relação com a forma jurídica estabelecerá a configuração do Princípio da democracia. Eles seguem os fundamentos do Princípio do discurso, a saber, a possibilidade de universalização das normas, aceção pelo afetados e a fundamentação por meio de discursos racionais. A liberdade comunicativa, em sua precedência à institucionalização jurídica, se constitui nas condições de uso da linguagem que se orienta ao entendimento. A partir disto, a formalização jurídica da liberdade comunicativa é a garantia do uso público dessa liberdade nos processos discursivos e deliberativos na comunidade política. Existe uma bi-implicação entre a juridificação da liberdade comunicativa e a possibilidade de seu uso em na formação discursiva da opinião e da vontade de seus cidadãos. Nesse sentido, se instaura a compreensão de equiprimordialidade dos direitos humanos e a soberania popular.

Uma objeção poderia ser erguida sobre o processo de juridificação da liberdade comunicativa que se referiria à redução da autonomia política dos cidadãos, mas devemos observar que esse processo legislativo se institui como condição possibilitadora do exercício pleno da autonomia dos cidadãos e não como uma limitação à execução dessa autonomia.

## **6.6 Direitos fundamentais necessários à vida social**

A última categoria lógica do sistema dos direitos se refere aos elementos necessários para vida humana em condições de bem-estar dos cidadãos, pois na medida em que eles possuam a garantia de que possuem chances iguais para desfrutarem de seus direitos civis e de buscarem a sua felicidade conforme o seu modo de vida é possível institucionalizar um sistema de direito fundado no princípio da justiça.

Essa categoria se refere aos direitos relativos ao bem-estar social que são necessários para o exercício dos direitos civis e políticos. Em verdade, esse direito ao bem-estar social visa garantir as condições materiais e sociais que os indivíduos necessitam para a efetivação de sua autonomia privada e pública.

O sistema de direitos reconstruído pela Teoria do discurso permite entender a interligação entre a soberania popular e os direitos

humanos ou a idéia de co-originariedade entre a autonomia pública e privada, pois postulam a necessidade indissociável desses princípios para a instituição de qualquer direito positivo. Nesse sentido, a autonomia política não será reduzida às restrições de uma possível fundamentação moral da autonomia privada como acontece nas teorias liberais da política; e a autonomia privada não estará instrumentalizada pela soberania popular como se realiza nas teorias republicanas da política. Pois, o que antecede a autodeterminação dos cidadãos ou sua autonomia é o Princípio do discurso que possibilita as condições de socialização horizontal e o próprio *medium* do direito. Os direitos de liberdade subjetiva de ação não restringem a ação do legislador político (soberania popular), porém são garantias ou condições de possibilidade para o exercício da autonomia política.

O Princípio do discurso e a forma jurídica são por si mesmos insuficientes para a fundamentação do direito. O Princípio do discurso assume a figura de Princípio da democracia com o *medium* direito ao formar um sistema de direitos que assenta a autonomia política em reciprocidade com a autonomia privada. Quer dizer que a autonomia política e pública é auto-referente e necessitam um da outra para instituição do legítimo direito.

O processo de legislação de normas jurídicas necessita ser analisados em sua circunstância histórica e social de confecção de normas jurídicas. Por exemplo, o princípio da soberania popular deve ser especificado ou traduzido conforme as circunstâncias (contexto social) que esse princípio deve se concretizar. As constituições ou cartas magnas durante a história do direito constituiriam uma referência aos direitos fundamentais e como interpretações do contexto social dos legisladores políticos. Os sistemas de direitos não são oriundos do jusnaturalismo, porém são frutos da interpretação constituinte do legislador político. Os cidadãos aplicam o Princípio do discurso à forma jurídica conforme a sua situação ou contexto social. O que os cidadãos necessitam é uma compreensão intuitiva do Princípio do discurso e da forma jurídica, em outras palavras os cidadãos possuem um *know how* para a instituição do sistema jurídico, esse é expresso na historicidade e facticidade das Constituições como *know that*, na medida em que a Lei fundamental de um Estado democrático de direito se estabelece como a especificação do Princípio do discurso cominado com a forma jurídica.

A apresentação abstrata dos direitos fundamentais se constitui em uma relação *ex post facto* do sistema jurídico com os elementos constitutivos. As categorias abstratas possuem a função de ser um artifício teórico à constituição legítima do sistema de direitos. O sistema

dos direitos está inserido na tensão entre a positivação e legitimação do direito, pois o paradoxo do direito se manifesta também no exercício da autonomia política em que os cidadãos devem estatuir institucionalmente da sua liberdade comunicativa na forma dos direitos subjetivos. O estudo do direito pela via semântica ou analítica não permite a correta compreensão do sistema dos direitos, no entanto, a perspectiva analítica permite a distinção entre os direitos positivos e negativos, porém é insuficiente para conhecer a especificidade da forma jurídica. Daí se faz necessário os elementos pragmáticos para interpretar o sistema de direitos e reconhecer a ambigüidade que existe entre os direitos subjetivos e os direitos de comunicação e participação política.

Não obstante, os direitos políticos devem instituir os direitos subjetivos, pois a categoria do direito não pode obrigar o uso da liberdade comunicativa ou o uso público da razão. Em outras palavras, o Estado democrático de direito que institui um sistema jurídico legítimo deve se contentar que os seus cidadãos em diversos momentos se protejam na liberdade subjetiva de ação e que ajam conforme os seus interesses privados. Essa duplicidade do sistema jurídico possui o seu sentido normativo. Pois o direito não possui a capacidade de obrigar ao uso da liberdade comunicativa ou a um uso comunicativo dos direitos subjetivos mesmo que os direitos políticos solicitem a saída de uma perspectiva subjetivista para uma perspectiva comunicativa no uso público de sua racionalidade.

Por fim, a legitimidade pela legalidade se constitui em um pseudo-paradoxo, pois o sistema dos direitos possui a capacidade de se reconstruir e se nutrir das forças revolucionárias que são oriundas da cultura política que garante a liberdade. A teoria discursiva do direito compreende que o sistema dos direitos possui a sua força de legitimação pelo uso público da racionalidade comunicativa dos cidadãos, e, ao mesmo tempo, compreende que a juridicização da liberdade comunicativa se constitui em um elemento que o direito não pode se negar a garantir na forma como são estatuídos os direitos subjetivos.

O direito possui uma característica regenerativa em associação com culturas que defendam à liberdade em associação com uma comunidade política, por outro lado, o sistema jurídico permite o exercício das virtudes cívicas que não sejam onerosas aos cidadãos.

Uma vez que a liberdade não pode ser confundida com liberdade de arbítrio, o poder das leis não precede a vontade do soberano, nem dela deriva, pois ele está inscrito na autolegislação política, do mesmo modo que a autolegislação moral está

inscrita no imperativo categórico, segundo o qual, somente são legítimas máximas universalizáveis, isto é, que podem obter o consenso geral no sentido de que cada um seja tratado como igual respeito. Porém, se é verdade que o indivíduo que age moralmente liga sua vontade à idéia de justiça, a auto-ligação racional do soberano político significa uma ligação a um direito legítimo<sup>212</sup>.

De fato, a implicação entre autonomia do “cidadão do Estado” (*Staatbürger/citoyen*) se coaduna com a autonomia do “cidadão da sociedade” (*Gesellschaftbürger/bourgeois*), em outros termos, a autonomia política e a autonomia moral se implicam mutuamente. O direito em seu sentido legítimo protege a autonomia da mesma forma que a moral. Todavia, o direito exige de seus destinatários somente um comportamento legal, do mesmo modo, se constitui em um elemento de cumprimento da lei pela via do entendimento. Em sua estrutura de positivação de normas o direito necessita do processo democrático que enfatiza a necessidade do entendimento mútuo.

Nesse sentido, a teoria discursiva do direito empreende uma dupla perspectiva sobre o sistema jurídico: a) o processo de legitimação do direito está calcado no processo discursivo de formação da opinião e da vontade e, b) o processo de juridificação da liberdade comunicativa se refere ao processo de legitimação que se constitui em *conditio sine qua non* para a instituição do direito legítimo.

## **7. “PENSAR COM HABERMAS, CONTRA HABERMAS”: ESKOÇO PRELIMINAR À ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO**

O conhecido artigo *Mit Habermas gegen Habermas zu denken* (Pensar com Habermas, contra Habermas) de Karl-Otto Apel<sup>213</sup> fornece título a esta seção deste trabalho, vis-à-vis o exercício da Teoria crítica exige que posteriormente à reconstrução de uma teoria filosófica seja imediatamente averiguada as insuficiências ou os problemas metodológicos na resolução dos pressupostos teóricos que uma teoria filosófica se propôs a solucionar como uma teoria crítica da sociedade.

<sup>212</sup> HABERMAS, 2003, p. 171.

<sup>213</sup> APEL, Karl-Otto. Pensar com Habermas, contra Habermas. In: DUSSEL, Enrique (Comp.). **Debate em torno a la ética del discurso de Apel (Diálogo filosófico Norte-Sur desde America Latina)**. Madrid: Siglo XXI Editores, 1994, p. 207-254.

A teoria discursiva do direito apregoa que o sistema jurídico em sua estrutura insaturada em si mesmo se nutre da “eticidade democrática” que os cidadãos produzem em um processo democrático e de uma cultura política destinada à liberdade. Por fim, o direito como uma categoria normativa necessita de uma cultura política democrática que fomenta as normas jurídicas e contextualize as regras sociais a serem positivadas. Por outro lado, diante da impossibilidade de fomentar tal cultura política, o direito enseja um processo democrático que se constitua em um momento de formação da vontade e da opinião política na esfera pública. O conceito de “eticidade democrática” tem a sua configuração nos postulados teóricos de Albrecht Wellmer.

Wellmer compreende que o conceito de liberdade envolveria a discussão entre liberais e comunitarista. A discussão reside na definição da liberdade em termos “individualista” ou “comunalistas”<sup>214</sup>, essa discussão se constitui na discussão da filosofia política sobre a fundamentação do Estado democrático de direito. A definição de Wellmer sobre a querela sobre a definição de liberdade se aproxima da distinção de Isaiah Berlin sobre a conceituação em termos “negativos” ou “positivos” do conceito de liberdade. Porém, a concepção de Wellmer se distancia em sua caracterização dessa polaridade de compreensão da liberdade por meio da discussão liberal-comunalista.

A concepção individualista de liberdade postula a centracidade dos direitos fundamentais e a teoria comunalista que a liberdade se relacionaria com a forma de vida intersubjetivamente vivenciada correspondendo a critérios normativos que a comunidade política apregoa como corretos. Para Wellmer, a formatação do aparelho estatal em conformidade com os princípios individuais dos sujeitos seria uma característica da teoria individualista de liberdade. A filosofia hobbesiana seria a impulsionadora deste conceito instrumentalista do Estado de direito. Wellmer concorda com a caracterização realizada por Macpherson da teoria hobbesiana como uma filosofia política que institui um “atomismo antropológico”, como analisou Charles Taylor, ou “individualismo possessivo” que se utiliza o Estado. Por outro lado, as teorias comunalistas, em sua relação com a tradição política aristotélica, afirmam sua crítica à racionalidade moderna segundo os princípios mecanicistas de Newton e Descartes. Em Rousseau – as teorias comunalistas- teriam a fundamentação da crítica à sociedade

---

<sup>214</sup> WELLMER, 1996, p. 41.

capitalista burguesa, pois esta fomentaria o individualismo dos agentes sociais. Em verdade, a dialética entre as teorias individualistas e comunistas estabelecem a discussão sobre a compreensão do papel social a ser exercido na sociedade e na democracia na atualidade.

Na análise de Wellmer, a resolução de Habermas para a dialética entre a liberdade individual e política ou a dedução dos direitos fundamentais sobre a relação do Princípio do discurso com a forma jurídica se apresenta de forma insatisfatória. Para Wellmer, o intento de Habermas de deduzir os direitos civis em sua relação com o princípio da soberania popular e dos direitos humanos, ou comunistas e liberais, por meio dos discursos racionais possui um déficit normativo da substância normativa de uma concretização democrática dos direitos. Wellmer investiga a proposta habermasiana influenciado pelas críticas de Hegel ao formalismo kantiano, por isso ele questiona o formalismo de Habermas na estruturação de sua teoria do direito. Para Wellmer, a conexão entre o Princípio do discurso e a forma jurídica não é causa suficiente para a fundamentação da eticidade democrática do Estado de direito. O nível de fundamentação da teoria discursiva ainda está em um plano formal de fundamentação do direito. Os argumentos racionais e o telos da linguagem precisam se substanciar em condições formais para a formação do consenso político<sup>215</sup>.

Em outras palavras, a perspectiva de institucionalização dos direitos fundamentais, sob o viés de Wellmer, não se coaduna com a transposição de condições de um discurso racional para a formação de uma eticidade democrática. Nesse sentido, Wellmer questiona a formalização do direito na Teoria do discurso porque não haveria uma identificação entre as condições para os discursos racionais e os discursos democráticos. Pois, os discursos racionais se instituem por meio do estabelecimento de metaprincípios de diálogos, contudo, os discursos democráticos só podem ser formulados pelo princípio da igualdade dos direitos individuais que não foram deduzidos de princípios racionais. Isso quer dizer que Wellmer critica a Teoria discursiva em sua fundamentação da eticidade democrática somente por meio da dedução discursiva ou lógica dos direitos fundamentais.

A proposta de Wellmer para fugir do formalismo da instituição dos direitos civis da Teoria do discurso é por meio da aceitação de um conceito de racionalidade comunicativa e discursiva, conforme os

---

<sup>215</sup> Cf. *Ibid.*, p. 66.



pressupostos instituídos pela Ética do discurso de Habermas, e a idéia de uma liberdade comunal, por outro lado. Essa conexão entre os discursos racionais e a liberdade comunal se estabelece no processo de autodeterminação coletiva. A liberdade comunal se assemelharia ao conceito hegeliano de eticidade que foi transcrito em termos pós-metafísicos.

Mediante o procedimento da argumentação da liberdade que poderia ser relacionada à solidariedade e a racionalidade; uma concepção procedimental da racionalidade definiria, portanto – assim poderia ser argumentado – o núcleo normativo de uma forma pós-tradicional de liberdade comunal<sup>216</sup>.

A liberdade comunal de Wellmer se constitui na compreensão da liberdade como uma forma de agir que mediante as instituições e as práticas sociais ou por meio da autocompreensão, interesses e costumes dos cidadãos é instituída como um objetivo comum da sociedade civil. Essa perspectiva de compreender o conceito de liberdade permite inquirir sobre os pressupostos adotados pela Teoria do discurso e principalmente sobre o processo abstrato de dedução dos direitos civis. Embora, exista uma conexão da dedução dos direitos civis e a interpretação do legislador constitucional, aparentemente o projeto habermasiano guarda resquícios da filosofia kantiana em sua fundamentação formal do direito. Essa formalidade do direito seria um elemento quase-transcendental da filosofia habermasiana, que em termos de uma concretização democrática pode ser ineficaz quando contrastada com os problemas reais de uma sociedade complexa e que conflita em seus princípios norteadores.

Por fim, se permanecermos no dualismo das discussões dos filósofos modernos sobre a liberdade, em sentido negativo ou positivo, impedimos a compreensão da tensão do conceito de liberdade e a necessidade de uma resolução dessa dialética. O conceito de Wellmer de liberdade comunal observa essa tensão dialética, não obstante ele possui o intento de preservar o conceito universalista de liberdade que se constitui no horizonte normativo para a fundamentação de utopias concretas ou mesmo para a fundamentação de um Estado democrático de direito sob princípios universalistas e que realizam a vida boa dos indivíduos segundo os critérios da modernidade filosófica.

---

<sup>216</sup> Ibid., p. 72.

## **PARTE IV: COM HABERMAS E PARA ALÉM DE HABERMAS: A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO SOB O CRIVO DE SEUS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS**

O direito não pode produzir uma cultura política democrática, permanecendo dependente da boa vontade desta. É assim que compreendo o discurso paradoxal da ordem política de uma sociedade econômica como “constituição de uma cultura jurídica” (HABERMAS, 2005, p. 188).

### **8. CRÍTICA A FORMA DA RECEPÇÃO DA FILOSOFIA JURÍDICA DE KANT PELA TEORIA DO DISCURSO**

A teoria do direito de Kant tem sido alvo de várias interpretações que não possibilitam chegar a uma conclusão adequada sobre o sistema do direito na filosofia crítica se tivéssemos o critério de classificação liberal e/ou republicano. Na filosofia contemporânea tem ressurgido a discussão da filosofia política kantiana como uma expressão republicana e não mais como uma fundamentação liberal do Estado democrático de Direito como comumente é classificada pelos comentadores<sup>217</sup>. Em verdade, a forma de derivação do direito na teoria do direito de Kant se apresenta com uma interconexão de princípios que guardam um antagonismo na legitimação do Estado jurídico. Kant procede em suas obras sobre o direito, Teoria e Prática e Doutrina do direito, na fundamentação do princípio do direito mediante a determinação do único direito originário do seres humanos. Nesse sentido, a pedra de toque do sistema jurídico é a compreensão do conceito de liberdade ou do direito originário. Por outro lado, ele resguarda o conceito de soberania popular como um mecanismo de adequação das ações dos legisladores políticos na instituição do ordenamento jurídico. Por isso, tem-se afirmado a existência de uma tensão na filosofia política de Kant entre os princípios de defesa da liberdade individual e os princípios políticos da liberdade política.

Na interpretação de Habermas a filosofia jurídica de Kant sugeriria uma forma liberal de compreender o direito. Segundo Habermas, Kant na apresentação do sistema jurídico houvera precedido

---

<sup>217</sup> Alguns exemplos de comentadores que atribuem uma interpretação liberal a filosofia de Kant são: Otfried Höffe, Wolfgang Kersting, Norberto Bobbio, etc.

a fundamentação da liberdade em detrimento do estabelecimento da soberania popular na instituição dos direito civis. A interpretação liberal do direito na filosofia jurídica de Kant tem sido predominante ao longo da história dos comentadores da filosofia kantiana<sup>218</sup>. Nessa interpretação liberal o direito originário permitiria a derivação dos direitos humanos que na filosofia contemporânea tem sido defendido sob uma perspectiva moralizante dos direitos. Para os liberais, a filosofia kantiana seria a precursora da defesa dos direito humanos que a contemporaneidade defende sob o espectro de dignidade humana. A perspectiva liberal observa na filosofia prática de Kant a possibilidade de fundamentação moral dos direito humanos por meio da coligação das reflexões da Fundamentação da Metafísica dos Costumes e a fundamentação do direito na Doutrina do direito. Os comentadores que assim interpretam a *Rechtslehre* possuem a audácia de intercambiar a forma do Imperativo categórico apresentada na *Grundlegung* com a forma o Princípio universal do direito, que eles denominam como o Imperativo categórico do direito.

A teoria discursiva do direito também comete essa imprecisa conexão entre o Imperativo categórico e o Princípio do direito<sup>219</sup>. A consequência da compreensão do Princípio do direito como Imperativo categórico do direito manifesta a tese de que existe uma subordinação do direito em relação à moral. A interpretação liberal concebe que a Doutrina do direito e a Doutrina da virtude derivariam do Imperativo categórico, contudo, na Introdução da Metafísica dos Costumes é chamado do Princípio supremo da moralidade. Em Habermas, a defesa da subordinação do direito à moral está na antecedência dos constitutivos morais em relação à estrutura do direito. Kant antecipa a distinção de vontade/arbítrio em relação à determinação formal do direito. Contudo, essa distinção visa à colaboração do entendimento do *modus operandi* do direito e não a sua determinação sob princípios morais<sup>220</sup>. Por exemplo, a distinção entre vontade e arbítrio permite a análise da forma jurídica em sua atuação sobre a coerção dos arbítrios e não com a formação da vontade ou do móbil para ação, neste caso, envolveria o âmbito da moral.

---

<sup>218</sup> HÖFFE, 1998, p. 223. Höffe argumenta a possibilidade de derivação do direito à liberdade externa à instituição dos direito humanos. Pois, o direito originário se estabeleceria como critério (padrão de medida) para os direitos humanos que seriam derivados.

<sup>219</sup> Cf. HABERMAS, 1998b, p.130.

<sup>220</sup> Cf. HABERMAS, 1998b.

De fato, essa tese tem sido predominante na interpretação da filosofia jurídica de Kant. Todavia, outros intérpretes argumentam pela tese de independência do direito em relação à moral ou mesmo por uma relação de complementaridade entre o direito e a moral. Nesse sentido, realizaremos a discussão da relação do direito e a moral na filosofia kantiana para extrair uma crítica à análise de Habermas de compreender o Princípio do direito como Imperativo categórico e de subordinação do direito à moral.

O conceito de direito na *Doutrina do direito* se apresenta sob condições formais e ele se estatui indiferente ao valor moral de suas possíveis proposições. As condições formais do direito são concebidas como uma distinção local do direito em relação ao campo de ação da moral. Essas condições formais manifestam o caráter do ordenamento jurídico de coordenação das ações e a equiparação dessas ações segundo uma legislação universal. Por outro lado, o direito se constitui como um obstáculo a qualquer ação que cause prejuízo ou dano à liberdade de outrem. Para Merle, essa seria a configuração liberal do direito na filosofia jurídica de Kant<sup>221</sup>. Ademais, Höffe afirma que a Doutrina do direito afirma que “A teoria jurídica que resulta dele (do imperativo categórico) é um liberalismo (...) político (...)”<sup>222</sup>. A interpretação de Höffe é que existe uma relação entre a fundamentação moral e a constituição do direito como característico moralizante do direito. A concepção do direito como dependente da fundamentação moral manifesta um dilema na compreensão do sistema de direito. A interpretação que alinha a filosofia jurídica de Kant aos filósofos liberais como John Locke e John Stuart Mill, concebe que o direito é originário do imperativo categórico. Por outro lado, afirma que a conceituação da liberdade externa envolveria uma compreensão minimalista do imperativo categórico, pois essa interpretação afirma que esses dois princípios envolveriam a coordenação da ação sob o princípio de uma legislação universal. Todavia, a legislação jurídica, em diferença com o Imperativo categórico, não se estabelece como uma determinação da máxima/móvil da ação, mas como uma determinação da ação segundo uma lei universal.

A análise do sistema de direitos de Kant na hermenêutica da Doutrina do direito foi apresentada sobre uma tríplice perspectiva: a tese

---

<sup>221</sup> MERLE, 2007, p. 99.

<sup>222</sup> HÖFFE, *Apud* MERLE, 2007, p. 100.

de independência entre o direito e a moral e a tese de dependência ou da subordinação da formulação do direito em relação aos princípios morais, uma vez que o direito necessitaria dos fundamentos morais para a sua instituição.

A tese da independência afirma que haveria uma diferenciação entre os deveres éticos e os deveres jurídicos porque os deveres jurídicos não necessitariam uma razão prática para instituí-los, mas que os legisladores possuísem o entendimento para reflexionar sobre normas a serem seguidas em um Estado de direito<sup>223</sup>. O resultado dessa compreensão é que o direito seria heterônomo à legislação ética. Segundo Willaschek, “Kant em lugar algum realmente diz que o Princípio do direito pode ser derivado ou é baseado no imperativo categórico. A lei moral e o imperativo categórico não são sequer mencionados nos parágrafos A-E da “Introdução à Doutrina do direito”, em que Kant introduziu o princípio do direito”<sup>224</sup>.

A tese de dependência (subordinação) compreende que o direito é oriundo dos fundamentos éticos e que existira a subordinação do direito à ética. Essa perspectiva minimizaria a distinção entre a legislação jurídica e a legislação ética. A compreensão a partir desta tese afirma a superioridade da legislação ética em relação a legislação jurídica. Segundo Kersting, “[...] cada dever de direito é sempre um dever ético indireto; o fato de uma obrigação moral poder ser definida de modo jurídico não é uma razão para pôr de lado, para a categoria dos deveres de direito, o modo ético de obrigação que é estabelecido a priori para cada dever”<sup>225</sup>.

A tese da subordinação do direito à ética afirma que existe uma identidade entre os deveres jurídicos em relação aos deveres éticos e o que distinguiria o direito e a ética seria o móbil do sujeito para o agir ético. Essa compreensão da relação do direito e da moral entende que o conteúdo do direito em sua legislação jurídica se expressa pela formulação do Imperativo categórico. Todavia, se isto for admitido como correto, a interpretação de dependência (subordinação) desconsidera que a legislação ética não pode ser exteriorizada na forma da legislação jurídica, posto que a ética sempre diga respeito à coação interna e não a coação externa.

---

<sup>223</sup> Cf. DURÃO, 2004, p. 388.

<sup>224</sup> WILLASCHEK, *Apud* MERLE, 2007, p. 110.

<sup>225</sup> KERSTING, *Apud* MERLE, 2007, p. 102.

## **9. A QUADRATURA DO CÍRCULO DA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO OU A UNIÃO DE PRINCÍPIOS ANTAGÔNICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

O projeto habermasiano de investigar a co-originariedade dos princípios de legitimação do Estado democrático de direito, os direitos humanos e a soberania popular, manifestam uma tentativa de superação do dilema entre liberais e republicanos na compreensão da democracia e do Estado democrático de direito. Dessa forma, esse projeto implica a união de princípios antagônicos para a fundamentação do Estado democrático. Pois, reconhece a os princípios liberais para a proteção do indivíduo perante as ações do Estado e a necessidade de participação política para a formação da opinião pública, como elemento oriundo da versão republicana. Em verdade, a tradição da teoria política liberal e republicana apregoa uma forma diferente de fundamentação e de interpretação dos direitos humanos e da soberania popular no Estado democrático de direito. O que conduziria ao naufrágio do projeto de interpretação de co-originariedade entre os princípios normativos dos direitos humanos e da soberania popular.

Contudo, Habermas argumenta que a intuição que Rousseau e Kant tiveram sobre os direitos humanos e a soberania popular, se constituem em uma intuição alicerçada na compreensão que os direitos humanos se estabelecem na forma de direitos fundamentais e não como uma limitação do poder soberano do legislador político. Por outro lado, a soberania popular, em termos procedimentais, se constitui no mecanismo de produção da opinião pública e da vontade política. Segundo Habermas,

[...] A idéia de direitos humanos, vertida em direitos fundamentais, não pode ser imposta ao legislador soberano a partir de fora, como se fora uma limitação, nem ser simplesmente instrumentalizada como requisito funcional necessário aos seus fins. Por isso, consideramos os dois princípios como sendo, de certa forma, co-originaários, ou seja, um não é possível sem o outro. Além disso, a intuição da “co-originariedade” também pode ser expressa de outra maneira, a saber, como, uma relação entre

autonomia privada e pública<sup>226</sup>.

Essa perspectiva do projeto habermasiano permite que os cidadãos façam um uso adequado de sua autonomia, bem como compreendam a interdependência dos princípios dos direitos humanos e da soberania popular. A filosofia social de J. Habermas, em sua proposta procedimental de democracia e de co-originariedade dos princípios normativos do Estado democrático de direito. No âmbito da filosofia prática, segundo o dilema hegeliano-kantiano de demonstração dos princípios para a determinação da ação correta ou a controvérsia entre a eticidade (substancialistas/particularistas) e a moralidade (formalistas/universalistas) motivaram a compreensão habermasiana do que seja a práxis reflexiva da ação comunicativa e a práxis cotidiana do agente moral. Habermas diferenciou as concepções de bem e as questões de justiça para a realização dos debates sobre a correção e a validade de uma norma em geral (moral ou jurídica). A racionalidade comunicativa se nutre de uma práxis procedimental na constituição de seus elementos normativos. A principal característica da razão comunicativa é a reflexividade de seu sistema normativo. Pois em contraste com a racionalidade prática, ela não se constitui em uma capacidade subjetiva, e sim, em um veículo normativo que possui como *medium* a linguagem e como telos o entendimento entre os participantes de um discurso racional. A Ética do discurso de Habermas assinala para uma colaboração na compreensão dos processos de socialização horizontal. O processo de socialização no mundo da vida e a sua relação com os sistemas sociais permitem a vinculação entre a força integrativa do mundo da vida e a sua inserção normativa nas instituições sociais.

No outro lado da filosofia da práxis, a política possui a necessidade de uma esfera pública política que em uma sociedade complexa e pluralista se constitui na pedra de toque do desenvolvimento democrático das instituições sociais. Essa esfera pública política emite as suas deliberações na forma de uma opinião pública que visa à correção dos órgãos estatais. Em síntese, essa seria a concepção de política deliberativa de Habermas, nessa concepção haveria uma relação transferencial entre o poder comunicativo, gerado pela esfera pública política, e o poder administrativo dos órgãos estatais. Nesse sentido, as reflexões de Habermas colidem com a estrutura da sociedade capitalista tardia que unificou a estrutura político-estatal com a tecnologia das

---

<sup>226</sup> HABERMAS, 1999, p. 154-155.

ciências. Em verdade, a sociedade capitalista tardia assumiu como paradigma político a “ideologia tecnocrática” e mitigou o processo democrático de formação da vontade política. O resgate do sentido normativo e comunicativo da política se constitui no processo de re-politização do espaço público. A relação entre a normatividade, oriunda dos discursos racionais, e o processo de formação da opinião e da vontade política é que se verificam os resquícios do “hegelianismo” na teoria democrática de Habermas. Pois, no processo democrático é que se estruturam e se formam as identidades individuais e coletivas. O processo democrático possui a capacidade de transformar as opiniões difusas dos cidadãos em uma opinião pública qualificada. A opinião pública tem o intuito de colaborar no processo de construção do Estado democrático de direito, bem como a função de gerenciar o reconhecimento dos cidadãos e a legitimidade das instituições políticas no processo democrático. No Estado democrático de direito, haveria uma mediação do poder comunicativo, produzido na arena da esfera pública política, para o poder administrativo nas instituições políticas. Habermas apresenta o seu conceito de democracia por meio do debate entre os republicanos (*comunitaristas*) e os liberais no constitucionalismo norte-americano.

A política deliberativa de Habermas assimila elementos do republicanismo ao eleger a realização da formação da opinião pública e da vontade como mecanismo de produção das normas jurídicas e também integra a defesa dos direitos individuais que os liberais apregoam em sua teoria política. A política deliberativa possui uma característica procedimental porque a política se constitui no espaço público de constante discussão dos temas do Estado democrático de direito. Segundo Habermas, a Teoria do discurso se constituiria em termo médio entre o modelo normativo de democracia dos republicanos e dos liberais.

A teoria do discurso, que obriga ao processo democrático com conotações mais fortemente normativas do que o modelo liberal, mas menos fortemente normativas do que o modelo republicano, assume por sua vez elementos de ambas as partes e os combina de uma maneira nova. Em consonância com o republicanismo, ele reserva uma posição central para o processo político de formação da opinião e da vontade, sem, no entanto, entender a constituição jurídico-estatal como algo secundário; mais do que isso, a teoria do discurso concebe os direitos



fundamentais e princípios do Estado de direito como uma resposta conseqüente à pergunta sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático. (HABERMAS, 2004b, p. 280).

Uma possível crítica à Teoria discursiva de Habermas poderia ser inserida no questionamento da estruturação abstrata do sistema dos direitos civis e se a sua capacidade reflexiva permitiria a formação de identidades culturalmente diferenciadas, ou a caracterização do processo de individualização em termos de uma identidade pós-tradicional. Em outras palavras, poderíamos questionar o formalismo da gênese lógica dos direitos da Teoria discursiva se eles possuíam uma estrutura que possibilitassem a concretização/materialização das identidades culturais em uma sociedade complexa e pluralista.

Uma aparente aporia na teoria habermasiana do direito e do Estado democrático de direito seria a desconsideração de outras formas geradoras de solidariedade social que não se restrinjam ao *medium* da categoria social do direito. Uma vez que o direito na Teoria do discurso assume a função de integração social, porém não conduz ao processo de reconhecimento dos indivíduos em sua identidade como grupo social. Por outro lado, existe uma inflexão nos escritos de Habermas que transmuta de uma teoria acerca da emancipação, com uma forte influência da hermenêutica, da psicanálise e do marxismo, para uma teoria da comunicação e sua aproximação com a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Nesse sentido, devemos ter o intuito de resgatar a teoria da ação comunicativa do perigo de sucumbir a uma teoria funcionalista dos sistemas sociais e que ela se torne ausente de um potencial emancipatório social. Bem como a realização de uma crítica a forma metodológica da teoria crítica da sociedade de Habermas naquilo que ela não inspira a superação das deformidades cognitivas e racionais na sociedade capitalista contemporânea.

A gênese lógica dos direitos civis na construção habermasiana é investigada como um instrumento para a instituição dos direitos reais que irão compor o ordenamento jurídico de um Estado democrático de direito. Não obstante, a formulação lógica dos direitos civis inspira a mesma formulação do direito efetuada por Hans Kelsen ao denominar o seu mecanismo de derivação de direito como “Norma fundamental”. Dessa forma, questionamos a lógica dos direitos civis e a sua contribuição para a instituição de uma Constituição justa. Posto que os mesmos direitos civis que a gênese lógica estatue como protótipos para um ordenamento jurídico justo prontamente os Estados democráticos

possuem estatuídos em suas constituições. Nesse sentido, se insere o questionamento da relevância do constructo teórico habermasiano na fundamentação normativa das Constituições dos contemporâneos Estados de direito. Os direitos fundamentais de Habermas se assemelham aos direitos que estão outorgados nas constituições modernas, então qual seria o benefício ou aplicabilidade dessa fundamentação filosófica?

O modelo habermasiano de democracia possui uma elevada abstração em relação aos conflitos sociais de identidade e de reconhecimento. Ele necessita de uma teoria social que supra a dificuldade de equalização da justiça social em um Estado democrático de direito, bem como necessitaria de um elemento deliberativo para a instituição das exigências identitárias dos movimentos sociais no Estado de direito. Em outras palavras, o modelo deliberativo oferece os recursos para introdução de elementos democráticos na luta por reconhecimento, por outro lado, o modelo deliberativo necessita ser compassivo em relação às reivindicações das minorias sociais que são injustiçadas pela sociedade capitalista tardia.

Assim sendo, a construção de uma cidadania democrática em uma sociedade complexa e pluralista necessita que se tenha como elementos teóricos a discussão do reconhecimento das condições históricas, culturais e políticas para a formação dos cidadãos contemporâneos. Não obstante, o realismo político das teorias políticas contemporâneas tem enfraquecido o teor normativo de uma democracia deliberativa que tenha por objeto o resgate do processo legislativo como guardião da legitimidade e da normatividade do Estado democrático de direito. A formação dos discursos racionais em uma sociedade política deve fomentar sujeitos sociais que exerçam a sua cidadania com uma competência de criticidade e que se reconheçam coletivamente como um grupo social que constrói um Estado democrático de direito sob a diretriz da emancipação social.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reflexões desta pesquisa, até o presente momento, tiveram o objetivo de apresentar o diagnóstico de Jürgen Habermas sobre a tensão entre os direitos humanos e soberania popular na teoria do direito de Immanuel Kant. Por outro lado, sob a perspectiva da Teoria do discurso foi alvo de aspiração demonstrar o nexos interno entre os direitos humanos e a soberania popular, bem como a resolução do paradoxo da legitimidade pela legalidade.

A concorrência entre os direitos humanos e a soberania popular foi analisada pelas respostas que a filosofia política a partir do século XVII apresentou para a legitimação do direito moderno, essas concepções são a liberal e a republicana que se manifestaram na tradição constitucional norte-americana. A perspectiva liberal, segundo a leitura da filosofia contemporânea, tem como fundamento os direitos humanos, ao qual necessita de proteção pela lei, formando um “império da lei”; ela compreende que o sujeito é portador de determinados interesses que o faz decidir sobre as suas ações políticas.

Contudo, a perspectiva republicana apregoa que toda a constituição civil se estabelece mediante os direitos que emergem da Assembléia reunida, sendo o sujeito participativo nas questões políticas. Diante desta querela, Habermas observa a possibilidade de dirimir tal “dialética inconclusiva” pela a compreensão de co-originariedade entre os direitos humanos e a soberania popular ou entre a autonomia pública e privada, assim como, a realização da superação da filosofia da consciência, uma vez que a filosofia política moderna (Rousseau e Kant) está prisioneira ao modo de conceber a legislação moral e política à figura de um sujeito. Habermas interpretou que a soberania popular está dissolvida nas esferas públicas da sociedade civil, sendo válida a força do melhor argumento na reunião daqueles que pretendem o entendimento para o bem-estar da comunidade política.

Foi analisado que o direito moderno – sob a perspectiva de direitos subjetivos – está estruturado sob uma dupla característica (ou a dupla face de *Janus*), de um lado, ele se constitui em uma limitação fáctica do campo de ação dos sujeitos de direito, por outro lado, para os sujeitos que almejam agir de maneira comunicativa o direito se apresenta como possuindo normas válidas e passíveis de serem reconhecidas como expressão externa do deve, quer dizer como passíveis de serem seguidas por sentimento de “respeito à lei”.

Por meio da teoria do direito de Immanuel Kant foi investigado que este filósofo em sua *Rechtslehre* com o conceito de legalidade no

direito introduz uma tensão existente entre a imposição das normas jurídicas e da validade dessas normas de ação. Contudo, na perspectiva da Teoria do direito de Habermas é apresentada a tese de que Kant em sua teoria do direito realizou uma precedência de dos princípios morais sobre os princípios do direito em sua fundamentação da liberdade externa dos cidadãos em um suposto direito originário.

Diante dessa hipótese, a Teoria discursiva do direito apresenta um elemento lógico que permitirá uma fundamentação do sistema dos direitos que possui um princípio neutro em relação à moral e ao próprio direito. Esse elemento quase-transcendental de derivação de normas de ação em geral é o Princípio do discurso (Princípio D). Com a fundamentação do Princípio D, Habermas realiza uma reconstrução do direito moderno sob o viés discursivo. O Princípio D em sua relação com a forma jurídica permite a confecção de normas válidas, nesse processo de legislação o Princípio D assume a forma de Princípio da democracia e sua implicação na forma jurídica. O Princípio da democracia é uma reformulação discursiva do princípio político da vontade unidade de todos.

O aparente paradoxo de legitimidade pela legalidade foi passível de resolução pela Teoria discursiva do direito quando se compreende que a categoria do direito, como um meio de integração social, permite que os seus destinatários ajam tanto estrategicamente quanto de forma comunicativa em suas deliberações diárias. Nesse sentido, se faz necessário enfatizar que a esfera do direito não se constitui em uma autopoiesis, mas que a esfera jurídica se nutre da solidariedade que advém da esfera pública e que não se constitui em um sistema fechado em si mesmo, entretanto, como sistema dinâmico e insaturado, necessita do uso da liberdade comunicativa pelos cidadãos na forma de autores e destinatários do direito. O direito como *medium* de integração social necessita da produção democrática de suas normas. Os modelos de razão prática devem ser direcionados para o estabelecimento de normas que atendam ao processo legislativo e de sua validade jurídica. A validade jurídica não se restringe ao cumprimento dos elementos processuais do direito, mas na fundamentação legítima do ordenamento jurídico.

Após a crítica de Karl Marx à filosofia nas *Teses contra Feuerbach*, em especial a décima primeira<sup>227</sup>, e as sucessivas críticas

---

<sup>227</sup> A décima primeira tese expressa a seguinte sentença: “Os filósofos têm apenas *interpretado* o mundo de maneiras diferentes; a questão, porém, é *transformá-lo*”.

que razão tem recebido na filosofia contemporânea, queremos ter conduzido as reflexões presentes neste trabalho para a concepção de que a razão possui o seu limite e que está sujeita à crítica pela própria razão para alcançar os limites da própria racionalidade humana.

Os filósofos não são capazes de transformar o mundo. O que nós necessitamos é de um pouco mais de práticas solidárias; sem isso, o próprio agir inteligente permanece sem consistência e sem conseqüências. No entanto, tais práticas necessitam de instituições racionais, de regras e formas de comunicação, que não sobrecarreguem moralmente os cidadãos e sim, elevem em pequenas doses a virtude de se orientar pelo bem comum. O resto de utopia que eu consegui manter é simplesmente a idéia de que a democracia – e a disputa livre por suas melhores formas – é capaz de cortar o nó górdio dos problemas simplesmente insolúveis. Eu não pretendo afirmar que seremos bem-sucedidos nesse empreendimento. Nós nem ao menos sabemos se é dada a possibilidade desse sucesso. Porém, pelo fato de não sabermos nada a esse respeito, devemos ao menos tentar<sup>228</sup>.

O processo de mundialização da cultura, da política e da economia intensificou a preocupação com o “outro” e com as diferenças sociais, culturais e de identidade dos grupos sociais em uma sociedade pluralista. Por outro lado, as injustiças sociais e os crimes contra os direitos humanos necessitam de uma teoria que equacione as desigualdades sociais e de direito. A teoria social contemporânea possui o dever de reconduzir a sociedade aos princípios normativos que constituíram o Estado democrático de direito.

Em seus textos precedentes à *Facticidade e Validade*, Habermas concebeu o processo de integração social como um processo abrangente que se fundaria pelo processo de socialização e de individualização para a constituição das formas de vida, bem como a investigação sobre o processo de formação ético-moral nos indivíduos. Não obstante, em sua obra *Facticidade e Validade* existe um distanciamento do paradigma hegeliano nas obras de Habermas e uma aproximação com o modo kantiano de lidar com os problemas filosóficos da filosofia prática (Cf. HABERMAS, 1994, p. 9). Nessa mudança de referencial teórico foi

---

<sup>228</sup> HABERMAS, 1993, p. 94.

possível indagar se a Teoria discursiva de Habermas se aproxima do formalismo kantiano e incide em um abstracionismo ao dissociar a sua teoria e a práxis, bem como se o potencial de emancipação social é submergido pelo encantamento com a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

Habermas se distanciou do fio condutor de compreensão da primeira geração da Teoria Crítica em sua crítica à esfera do direito pelo viés das reflexões de Marx. De fato, desde *Teoria e Práxis: estudos de Filosofia social*<sup>229</sup>, Habermas tem diligenciado a crítica à interpretação de Marx aos Princípios da Filosofia do direito de Hegel que havia reduzido a filosofia do direito de Hegel a uma filosofia materialista da história. Pois em sua crítica ao Estado de direito, Marx conduziu suas reflexões na forma de uma rejeição da idéia de juridicidade e da intenção de legitimidade do jusnaturalismo clássico. As críticas de Marx ao sistema jurídico resultaram em uma dissociação entre a revolução e o direito natural, que no desenvolvimento da filosofia política contemporânea se reflete na disputa entre os defensores da efetiva participação política pelos cidadãos e nos defensores da proteção legal dos indivíduos pelos direito humanos.

Para Habermas, Marx reduziu metodologicamente as suas reflexões sobre a categoria social do trabalho e da interação social somente ao aspecto da racionalidade instrumental e subtraiu a possibilidade de integração social pela ação comunicativa dos sujeitos em uma prática social. “Marx não explícita efetivamente a conexão entre interação e trabalho, mas, sob o título nada específico da práxis social, reduz um ao outro, a saber, a ação comunicativa à instrumental”<sup>230</sup>. Esse distanciamento das reflexões de Habermas em relação aos paradigmas marxistas da Teoria Crítica permitiu uma guinada nas pesquisas sobre o direito no Instituto para a Pesquisa Social e a reabilitação das características de pretensões normativas ao sistema de direitos.

A *legal turn* (guinada jurídica) da Teoria Crítica<sup>231</sup> empreendida por Habermas significou a possibilidade da categoria social do direito ser verificada adequadamente em sua ambivalência de racionalidade por meio de um resgate da força de integração social que essa categoria jurídica possuía na orientação das ações e da geração de solidariedade

---

<sup>229</sup> HABERMAS, 1987.

<sup>230</sup> HABERMAS, 1994, p. 41-42.

<sup>231</sup> Cf. VELASCO, 1994, p. 179-185.

entre os membros da comunidade jurídica. Por outro lado, a guinada jurídica de Habermas representa uma primeira tematização da Teoria Crítica sobre a categoria direito sem a menção à crítica ideológica do marxismo, bem como a verificação de que o direito permite a supressão do déficit motivacional que as ações sociais possuem diante dos mandamentos morais ou na exigência moral para o cumprimento das determinações morais.

A constatação dessa *legal turn* é que a obra de Habermas sobre a teoria discursiva do direito, *Facticidade e Validade*, se constitui na primeira experimentação teórica no âmbito da Teoria do Direito e do Estado na Teoria Crítica e, que antes dessa obra, a primeira geração da Teoria Crítica não havia reflexionado sobre essa temática. Dessa forma, se estabeleceria uma “conversão na Teoria Crítica”, como observou Höffe<sup>232</sup>, que podemos dizer que significaria uma guinada nas pesquisas interdisciplinares da Teoria Crítica que estivera fortemente influenciada pelas críticas ideológicas de Karl Marx à esfera jurídica. Observa-se que Habermas realiza uma inflexão na matriz diretiva da Teoria crítica, pois se a primeira geração estava ofuscada pelas críticas marxistas ao ordenamento jurídico, em Habermas se realiza a reabilitação do sistema jurídico e sua possibilidade de geração de solidariedade social.

A análise de Habermas, em *Facticidade e Validade*, foi encaminhada por meio da investigação normativa do contraste entre os fatos (*Faktizität*) e as normas válidas (*Geltung*) ou por meio do binômio da imposição das leis jurídicas e a discussão de sua legitimidade. Habermas adota um método de síntese da dualidade de legitimação do direito, pois ele preserva as discussões kantianas e rousseauianas para a fundamentação legítima do ordenamento jurídico<sup>233</sup>. No âmbito da discussão da legitimação do direito, será apresentada a tensão interna entre facticidade e validade no Estado democrático de direito, por outro lado, a tensão externa representa o nível institucional de validação das normas jurídicas e de sua produção pela esfera política no conceito de política deliberativa. No âmbito interno da tensão entre facticidade e validade, a forma de legitimação do direito será argüida pela compreensão da co-originariedade dos princípios de direitos humanos e da soberania popular.

A proposta jurídica de Habermas contrasta com o ceticismo

---

<sup>232</sup> HÖFFE, 2002.

<sup>233</sup> Apóio-me nas reflexões de James Bohman para a formulação da sentença de síntese entre a dualidade Rousseau-Kant na fundamentação do direito. Cf. BOHMAN, 1994.

presente na ciência jurídica denominado de realismo jurídico que impede a autocompreensão dos direitos que os seres humanos podem outorgar para uma convivência social segundo normas jurídicas que possuam uma validade. Esse obstáculo normativo posto pelo realismo jurídico ao potencial normativo do direito deve ser transposto mediante a reintrodução do enfoque investigativo das pesquisas de filosofia do direito segundo as intuições normativas que projetaram os filósofos modernos nos debates sobre a compreensão normativa das constituições e do Estado de direito no período da Ilustração.

A modernidade se constituiu em um período profícuo para a fundamentação normativa das instituições sociais. Diante da crítica à racionalidade moderna, como elemento inerente da razão crítica, se tornou imprescindível à filosofia contemporânea do direito uma fundamentação normativa que esteja estruturada linguisticamente e assentadas em contextos pós-metafísicos. Pelo paradigma da intersubjetividade, a Teoria discursiva do direito se interpõe ao ceticismo jurídico e as reduções normativas à categoria social do direito. Certamente a realização dessa pesquisa de doutorado se insurgiria contra o déficit jurídico e a perda de normatividade das teorias políticas, pois resgataria as formas discursivas de fundamentação normativa das prerrogativas para a instituição de um Estado democrático de direito.

Em nosso Estado democrático de direito necessitamos reconduzir as discussões políticas para o âmbito da participação política e para o reconhecimento das minorias sociais que lutam por igualdade de direito e pelo reconhecimento de sua identidade cultural.

As reflexões de J. Habermas possibilitaram a compreensão do sentido normativo da democracia que deve enfrentar as questões multiculturais com a tolerância que é própria de uma teoria democrática. Pois, temos o conceito procedimental de democracia que permite a deliberação e a formação da vontade política, que se estrutura independente das formas de vida, concepções de bem ou aos projetos de vida que os sujeitos de direito possuem em seu grupo social. Ademais, a discussão sobre o processo democrático e a instauração no Estado democrático de direito possui relevância prática, pois a sua análise e investigação podem contribuir para o aperfeiçoamento das instituições político-jurídicas nacionais, resguardados naturalmente o alcance e os limites de uma pesquisa acadêmica.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Joaquín. En torno al concepto de ciudadano en Kant. Comentario de una aporía. In: ARAMAYO, Roberto Rodriguez; MUGUERZA, Javier; ROLDAN, Concha. **La paz y el ideal cosmopolita de la ilustración: a propósito del bicentenario de Hacia la paz perpetua de Kant**. Madrid: Tecnos, 2000, p. 239-255.

\_\_\_\_\_. Sobre el concepto de república. In: KANT, Immanuel. **Sobre la Paz Perpetua**. Trad. Antonio Truyol y Serra. 4.ed. Madrid: Tecnos, 1994. p. XXIII- XXXIII.

ALMEIDA, Guido Antonio de. Sobre o Princípio e a Lei universal do Direito em Kant. Belo Horizonte, **Kriterion**, n. 114, 2006, p. 209-222.

ARAMAYO, Roberto Rodriguez; MUGUERZA, Javier; ROLDAN, Concha. **La paz y el ideal cosmopolita de la ilustración: a propósito del bicentenario de Hacia la paz perpetua de Kant**. Madrid: Tecnos, 2000.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

BAUM, Manfred. Direito e Ética na filosofia prática de Kant. In: SANTOS, Leonel Ribeiro dos. **Kant: Posteridade e Actualidade**. Lisboa, 2004.

BAYNES, Kenneth. **The normative grounds of social criticism. Kant, Rawls and Habermas**. Albany: SUNY, 1992.

\_\_\_\_\_. Democracy and the Rechtsstaats: Habermas's Faktizität und Geltung. In.: WHITE, Steven. **Cambridge Companion to Habermas**. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1995. p. 201- 232.

\_\_\_\_\_. Procedural democracy and the limits of liberalism. In: FELIPE, Sônia T. (Org.) **Justiça como equidade: fundamentação e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas)**. Florianópolis: Ed. Insular, 1998, p. 125-137.

BIRD, Graham (Ed.). **A Companion to Kant**. Malden: Blackwell Publishing Ltd, 2006.

BOHMAN, James. Complexity, pluralism and the constitutional state: On Habermas's Faktizität und Geltung. **Law & Society Review**, N. 4, V. 28, 1994, p.897-930.

CAFFARENA, José Gómez. La conexión de la política com la ética. (¿Logrará la paloma guiar la serpiente?). In: RODRÍGUEZ ARAMAYO, Roberto; MUGUERZA, J.; RONDÁN, C. (org.) **La Paz y el Ideal Cosmopolita de la Ilustración. A Propósito del Bicentenario de Hacia La Paz Perpetua de Kant**. Madrid: Tecnos, 1996, p. 65-75.

CASSIRER, Ernst. **Kant, vida y doutrina**. Ciudad del Mexico: FCE, 1968.

\_\_\_\_\_. **Rousseau, Kant and Goethe: two essays**. Princeton: Princeton University Press, 1970.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Filosofia Política**, Porto Alegre, N.2, 1985, p. 9-25.

CORTINA ORTS, Adela. Estudio Preliminar. In: KANT, Immanuel. **La Metafísica de las Costumbres**. Tradução de Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1989. p. XV-XCI.

CHEVIGNY, Paul G. Law and Politics in Between Facts and Norms. In: HAHN, Lewis Edwin. **Perspectives on Habermas**. New York: Open Court, 2000, p. 309-322.

DURÃO, Aylton Barbieri. O problema da autonomia na Doutrina do direito de Kant. In: SANTOS, Leonel Ribeiro dos. **Kant: Posteridade e Actualidade**. Lisboa, 2004.

DUSSEL, Enrique (Comp.). **Debate em torno a la ética del discurso de Apel (Diálogo filosófico Norte-Sur desde America Latina)**. Madrid: Siglo XXI Editores, 1994

FLICKINGER, Hans-Georg. A juridificação da liberdade: os direitos humanos no processo de globalização. Porto Alegre, **Veritas**, 2009, p. 89-100.

FICHTE, Johann Gottlieb. Reseña de “Hacia la Paz Perpetua”. **Daimón: Revista de filosofía**, 9, 1994, p. 373-381.

GOYARD-FABRE, Simone. Kant et droit réel: possession et propriété. In: GERHARDT, Volker; HORSTMANN, Rolf-Peter; SCHUMACHER, Ralph. **Akten des IX. Internationalen Kant-Kongress: Band I: Hauptvorträge**. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2001, 261-274.

GÜNTHER, Klaus. Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht: eine Skizze. In: KOLLER, P.; VARGA, C; WEINBERGER, O. **Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik**. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1992, p. 58- 73.

\_\_\_\_\_. Communicative freedom, communicative poder and jurigenisis. **Cardozo Law Review**, n. 17, 1996, p.1035-1058.

\_\_\_\_\_. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito? Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito. São Paulo, **Revista Direito GV** 3, v.2, n.1, jan.-jun. 2006, p. 223-240.

GUYER, Paul (Ed.). **The Cambridge companion to Kant and modern philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

\_\_\_\_\_. **The Cambridge Companion to Kant**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

\_\_\_\_\_. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

\_\_\_\_\_. **Era das transições.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.** Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 1998a.

\_\_\_\_\_. **Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats.** 4. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1998b.

\_\_\_\_\_. O filósofo como verdadeiro professor de direito. São Paulo, **Revista Direito GV** 2, V. 1 N. 2, JUN-DEZ. 2005, p. 179 – 190.

\_\_\_\_\_. **Para a reconstrução do Materialismo Histórico.** 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

\_\_\_\_\_. Soberania Popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público. Tradução de Márcio Suzuki. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 26, mar. 1990, p. 100-113.

\_\_\_\_\_. **Técnica e Ciência como ideologia.** Lisboa: Edições 70, 1994.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la acción Comunicativa.** Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Teoria y praxis: estudios de filosofía social.** Madrid: Tecnos, 1987.

\_\_\_\_\_. **Passado como futuro.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

\_\_\_\_\_. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HECK, José Nicolau. **Da razão prática ao Kant tardio.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional.** 2. ed. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1992.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. 3. ed. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Leviatã ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo, Nova Cultural, 1988.

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

\_\_\_\_\_. **Introduction à la philosophie pratique de Kant: la morale, le droit et la religion**. Paris: J. Crin, 1993.

\_\_\_\_\_. **O que é Justiça?**. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

\_\_\_\_\_. **Justiça política: Fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Categorical Principles of Law: a counterpoint to modern**. Penn State University Press, 2002.

HORKHEIMER, Max. **Teoría Crítica**. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2003.

JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. "Introducción". In.: HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**. Traducción de Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Trotta, 1998. p. 9-55.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Tradução de Marcos Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2008.

\_\_\_\_\_. **Crítica da Razão Pura**. 5. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1991.

\_\_\_\_\_. **Crítica da razão pura**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1988.

\_\_\_\_\_. **La Metafísica de las Costumbres**. 2.ed. Tradução e notas de Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. Estudo Preliminar de Adela Cortina Orts. Madri: Tecnos. 1994.

\_\_\_\_\_. **Teoría y Práctica**. Estudo Preliminar de Roberto Rodríguez Aramayo. Tradução de M. Francisco Pérez López, Juan Miguel Palacios e Roberto Rodríguez Aramayo. Madri: Tecnos. 2006.

\_\_\_\_\_. **Textos seletos**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.  
KERSTING, Wolfgang. **Universalismo e Direitos humanos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

\_\_\_\_\_. **Hobbes, Kant, a paz universal e a guerra contra o Iraque**. **Kant e-Prints**, Vol. 3, n. 2, 2004, p.1-13.

KLEINGELD, Pauline (Ed.). **Toward perpetual peace and other writings on politics, peace and history**. New York: Yale University, 2006.

MAUS, Ingeborg. **Liberties and Popular Sovereignty: On Jürgen Habermas's Reconstruction of System of rights**. In: SCHOMBERG, R V; BAYNES (Ed.). **Discourse and democracy: essays on Habermas's Between Facts and Norms**. Albany: State University of New York Press, 2002, p.89-128.

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

PEREZ, Daniel Omar (Org.). **Kant no Brasil**. São Paulo: Escuta, 2005

PHILONENKO, Alexis. **Théorie et Praxis dans la Pensée Morale et Politique de Kant et de Fichte en 1793**. Paris: J. Vrin, 1976.

\_\_\_\_\_. **Études Kantiennes**. Paris: J. Vrin, 1982.

PINEDA, Oswaldo Plata. **Estudios kantianos**. Popayán: Editorial Universidad del Cauca 2006.

PINZANI, Alessandro. **Diskurs und Menschenrechte: Habermas' Theorie der Rechte im Vergleich**. Hamburg: Dr. Kovac, 2000.

\_\_\_\_\_; MONETI, Maria. **Diritto, política e moralità in Kant**. Milano: Btuno Mondadori, 2004.

\_\_\_\_\_. Kant on sovereignty. Campinas, **Kant e-Prints**, Série 2, v. 3, n. 2, jul.-dez., 2008, p. 229-236.

\_\_\_\_\_. Problemi di applicazione nella teoria discorsiva della morale e del diritto. **Ars Interpretandi: Anuaría di ermeneutica giurídica**, N.1, 1996, p.55-75.

RODRÍGUEZ ARAMAYO, Roberto. Estudio Preliminar. In: KANT, I. **Teoría y Práctica**. Tradução de Juan Miguel Palacios, M. Francisco Pérez López e Roberto Rodríguez Aramayo. 2.ed. Madrid: Tecnos, 1993. p. IX-XXXIX.

\_\_\_\_\_; MUGUERZA, J.; RONDÁN, C. (org.) **La Paz y el Ideal Cosmopolita de la Ilustración. A Propósito del Bicentenario de Hacia La Paz Perpetua de Kant**. Madrid: Tecnos, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social ou Princípios do direito político**. Tradução de Lourdes Santos Machado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de Justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. Belo Horizonte: EDUFMG, 1986.

SCHLEGEL, Friedrich. Ensayo sobre el concepto de republicanismo: A propósito del ensayo de Kant Para una paz perpetua. In: \_\_\_\_\_. **Obras selectas**. Madrid, 1983, vol.1, p. 35-51.

TERRA, Ricardo Ribeiro. **Passagens: estudos sobre a filosofia de Kant**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2003.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. Presentación. In: KANT, Immanuel. **Sobre la Paz Perpetua**. Trad. Antonio Truyol y Serra. 4.ed. Madrid: Tecnos, 1994. p. IX-XXII.

\_\_\_\_\_. A modo de introducción: La paz perpetua de Kant en la Historia del derecho de gentes. In: RODRÍGUEZ ARAMAYO,

Roberto; MUGUERZA, J.; RONDÁN, C. (org.) **La Paz y el Ideal Cosmopolita de la Ilustración. A Propósito del Bicentenario de Hacia La Paz Perpetua de Kant.** Madrid: Tecnos, 1996, p. 17-29.

VALLESPÍN, Fernando. Introducción: una disputa de familia: el debate Rawls-Habermas. In: HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político.** Tradução de Gerard Vilar Boca. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998, p. 9-37.

VELASCO ARROYO, Juan Carlos. Acerca del “giro jurídico” de la Teoría Crítica. **Isegoría**, Madrid, n. 10, 1994, p.174-189.

\_\_\_\_\_. **La teoría discursiva del derecho. Sistema Jurídico y Democracia en Habermas.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

WELLMER, Albrecht. Consenso como telos da comunicação lingüística?. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. , **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n.48, p.85-96, jul.1997.

\_\_\_\_\_. **Finales de partida: la modernidad irreconciliable.** Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Ediciones Cátedra, 1996.



**Dissertação apresentada ao Programa de  
Pós-Graduação em Filosofia, da Universidade  
Federal de Santa Catarina,  
como requisito para a obtenção do título de  
Mestre em Filosofia.**

**Área de Concentração: Ética e Filosofia Política**

**Orientador: Prof. Dr. Alessandro Pinzani**

**Florianópolis, 2009**