

A TEORIA JURÍDICA DE JÜRGEN HABERMAS: ENTRE FUNCIONALISMO E NORMATIVISMO*

Alessandro Pinzani**

SÍNTESE - A teoria habermasiana do direito reivindica uma terceira via entre a normatividade das teorias “abstratas” da justiça e o funcionalismo de teorias como a de Luhmann. Na verdade, a posição de Habermas é normativa num sentido forte e, apesar do funcionalismo de sua reivindicação, enfoca apenas o direito positivo moderno, na medida em que não distingue claramente entre direito e moralidade. Outrossim, termina por incorrer nesta aporia, culminando numa espécie de legalização da moralidade.

PALAVRAS-CHAVE - Funcionalismo. Habermas. Direito. Moral. Normatividade.

ABSTRACT - Habermas's theory of law claims to run along a third way between the normativity of “abstract” theories of justice and the functionalism of theories such as Luhmann's. Actually Habermas's position is normative in a strong sense and, despite the functionalism of the claim, it does focus just on the modern, positive law as it doesn't distinguish clearly law from morality. Moreover, it falls back into this very pitfall, ending up in a sort of legalization of morality.

KEY-WORDS - Functionalism. Habermas. Law. Morality. Normativity.

1 Uma “conversão da Teoria crítica”?

Quando apareceu *Faktizität und Geltung* (tradução brasileira: *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*) em 1992 houve quem falasse de uma “conversão da Teoria crítica”.¹ O livro representava de fato a ruptura de um silêncio que havia durado décadas: finalmente a Escola de Frankfurt havia tomado a decisão de aventurar-se no insidioso terreno da filosofia do direito e do Estado, depois de ter se ocupado de sociologia e de filosofia da história, de teoria do conhecimento, de teoria da ciência e da técnica, de literatura e de música, em suma de quase todas as esferas da atividade humana, excetuando-se precisamente o Direito e o Estado.

* Texto traduzido do italiano pelos doutorandos em Filosofia da PUCRS, José Afonso Beraldin e Jair Krassuski e revisado pelo autor.

** Professor de Filosofia na Universidade de Tübingen (Alemanha).

¹ O. Höffe, *Eine Konversion der kritischen Theorie. Zu Jürgen Habermas' Rechts - und Staatstheorie*, in *Neue Zürcher Zeitung*, 27./28. Februar 1993.

Pelo menos no caso de Habermas, a afirmação acima é só parcialmente justificada. Com efeito o tema “direito” quase não aparece em nenhum escrito anterior a *Faktizität und Geltung* e quando isso ocorre, sucede no âmbito da muito mais geral *Teoria da ação comunicativa* (*Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981) ou em escritos menores, como num ensaio publicado em 1976². Porém é inegável que em inúmeras obras de Habermas esse tema tenha estado presente, ainda que sob a forma de análise funcional e sociológica das instituições de uma sociedade. Quem se ocupa dos *Problemas de legitimação no capitalismo tardio* [*Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*] (é esse o título de um célebre escrito habermasiano de 1973), não está preocupado unicamente com questões de aceitação social, mas entende também a legitimação de instituições jurídicas e sociais, como se pode comprovar pela leitura dessa obra. Apesar disso, anteriormente à *Faktizität und Geltung* Habermas prefere falar de “instituições sociais”, evitando mencionar abertamente os conceitos de “direito” e de “Estado”. O motivo principal desse embaraçoso e embaraçador silêncio deve ser buscado provavelmente no fato de que a Escola de Frankfurt tradicionalmente orientava-se para uma crítica radical da sociedade capitalista e consequentemente estava ligada a um conceito negativo de domínio (*Herrschaft*). Mas como evidencia Otfried Höffe, para elaborar uma teoria do direito e do Estado, inclusive do Estado democrático, são necessários dois elementos: um conceito de domínio entendido não num sentido exclusiva ou primariamente negativo, e uma avaliação positiva do Estado democrático de direito como a forma estatal que mais se aproxima do ideal de um justo domínio (*Herrschaft*), ou seja de um monopólio estatal de força baseado em critérios de justiça.

Em *Faktizität und Geltung* ambos os elementos estão presentes: Habermas serve-se de um conceito neutro de domínio (*Herrschaft*), dedicando todo o livro ao Estado democrático de direito e preenchendo assim o déficit temático e conceitual da tradicional Teoria Crítica, todavia sem por isso renunciar ao interesse emancipatório que animava esta última e que, como veremos, continua a desempenhar um papel importantíssimo na teoria jurídica de Habermas.

2 Uma dupla perspectiva

Uma análise da concepção habermasiana do direito anterior a *Faktizität und Geltung* mostraria não só que os principais conceitos da obra de 1992 estão presentes, pelo menos em germe, já nos escritos de 1976 e 1981, mas evidenciaria também que o ponto de partida da teoria jurídica de Habermas realmente deve ser buscado no seu interesse emancipatório e na tentativa de compreender o direito como um dos principais mecanismos regulativos da sociedade capitalista. Nessa perspectiva, o direito assume desde já os traços do direito da moderna sociedade ocidental. Em vão procuraremos em Habermas um conceito de direito que explique o fenômeno jurídico em si mesmo, independentemente de suas concreções histórico-geográficas. O objeto da análise habermasiana é, conforme ele mesmo

² Überlegungen zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts, in: Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus, Frankfurt a. M., 1976.

admite (FG 101³), o moderno direito positivo (*das moderne gesetze Recht*). Portanto ficam excluídos da sua teoria o direito pré-moderno e formas de direito não positivo, tais como o direito consuetudinário. Contudo omissão bem mais grave, fica excluída a possibilidade de se pôr em discussão a existência do próprio direito. O fato jurídico é considerado como um dado inquestionável, não suscetível à crítica e portanto à justificação (Cf. FG 143). Qualquer que seja o critério de legitimação elaborado por Habermas, esse se aplica somente aos ordenamentos jurídicos concretos, e não ao fenômeno jurídico em si mesmo.

Não é por acaso que Habermas se preocupa em distinguir sua teoria jurídica da filosofia do direito, daquela que ele denomina de “teoria filosófica da justiça” (*philosophische Theorie der Gerechtigkeit*, FG 240), a qual Habermas reprova a elaboração de um ordenamento jurídico abstrato que serviria de critério ao mesmo tempo normativo e valorativo para os ordenamentos jurídicos concretos. Ao mesmo tempo, todavia, Habermas recusa-se em assumir uma perspectiva simplesmente descritiva similar à postura da sociologia do direito. Na sua opinião, a teoria discursiva do direito e do estado de direito teria que desenvolver-se a partir de uma dupla perspectiva: uma perspectiva interna, da qual se possa reconstruir o conteúdo normativo do sistema jurídico, e uma externa, da qual se possa examinar esse conteúdo como componente de uma concreta realidade social (FG 62). Retomando precedentes considerações sobre a lógica das ciências sociais⁴ e em particular sobre a lógica da teoria do agir comunicativo, Habermas contesta a possibilidade de assegurar ao teórico do direito a posição externa de observador, atribuindo-lhe ao invés o lugar hermenêutico do participante: também esse teórico é membro da *Lebenswelt*, do mundo da vida, objeto de seu estudo. Assim, ele pode explicar o fenômeno do direito, somente partindo da base que lhe é oferecida por um ordenamento jurídico preexistente ou por um paradigma jurídico já estabelecido. Isso vale também para o próprio Habermas, que de fato em *Faktizität und Geltung* detém-se freqüentemente em problemas e questões típicos do ordenamento jurídico alemão, tais como os atritos surgidos de maneira sempre mais aberta nos últimos anos, entre o Poder Legislativo (o Bundestag) e o Tribunal Constitucional (o Bundesverfassungsgericht). Em sua tomada de posição a favor do primeiro, emerge a preocupação de Habermas pelo destino da democracia: no momento em que importantes decisões políticas emanam, não mais dos representantes eleitos pelo povo, mas pelos juizes, ou seja, por instâncias não dotadas de uma imediata investidura por parte dos eleitores, é a própria soberania popular que está sendo posta em discussão. Tal preocupação pela salvaguarda da soberania popular como elemento constitutivo central da qualquer democracia perpassa toda essa monumental obra como um fio condutor, testemunhando ainda uma vez como o antigo interesse emancipatório da Teoria Crítica esteja bem longe de ter-se esgotado em Habermas.

³ FG = *Faktizität und Geltung. Beiträge zu einer Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Frankfurt a. M., 1992. O número se refere à página dessa edição.

⁴ Cf. *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, Frankfurt a. M., 1967 e em referência à posição da filosofia moral: *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt a. M., 1983, pp. 56 ss.

Se por um lado Habermas critica, no que ele chama de “teoria filosófica da justiça”, o seu caráter abstrato e longe da prática, por outro lado ele rejeita não apenas uma perspectiva puramente descritiva como a proveniente da sociologia jurídica, mas também um enfoque do fenômeno jurídico de tipo luhmanniano, isto é, um enfoque tendente a ver no direito um sistema autopoietico, auto-referencial e fechado em si mesmo, impermeável frente a qualquer influência do mundo da vida, do que na realidade ele é, na opinião de Habermas, o produto.

A pretensão de elaborar uma dupla perspectiva que evite por um lado a presumida abstração das teorias puramente filosóficas e por outro a cegueira das teorias jurídicas de tipo sociológico ou sistêmico, representa-se um elemento central da teoria jurídica de Habermas. Teoria jurídica que não tenho a intenção de expor aqui, pois não é esta nossa intenção nesta ocasião; e ademais trata-se de uma teoria muito conhecida pelo público brasileiro, também em virtude da obra de estudiosos como Luiz Bernardo Leite Araújo, Manfredo Araújo de Oliveira e Luiz Moreira (de quem recorro *Fundamentação do Direito em Habermas*, Belo Horizonte, 1999). Meu intento é proceder a uma crítica da teoria do direito de Habermas, mostrando os limites da sua pretensão de adotar uma dupla perspectiva. Para isso, servir-me-ei de duas perspectivas, uma puramente funcionalista e outra puramente normativa. A primeira é a de Niklas Luhmann, a segunda é a elaborada por Otfried Höffe.

3 Os limites do “funcionalismo” habermasiano

A finalidade principal do direito é, para Habermas, a de garantir a integração social, que nas sociedades modernas é ameaçada pelo desaparecimento de valores partilhados, pelo declínio da solidariedade e pela colonização do mundo da vida por parte dos sistemas econômico e burocrático, que se tornaram autônomos. Dessa forma, a sua teoria jurídica situa-se no projeto mais vasto de uma teoria geral do agir social. Habermas não quer limitar-se, todavia, a descrever o funcionamento da sociedade moderna; fiel ao seu interesse emancipatório ele pretende também fornecer soluções para aspectos negativos, como, por exemplo, a mencionada colonização do mundo da vida por parte da economia e da burocracia. Uma tal teoria, que se propõe não só descrever e interpretar o fenômeno social como também apresentar propostas concretas para resolver eventuais problemas, possui indubitavelmente caráter normativo, porquanto Habermas pretenda assumir uma perspectiva funcionalista. Para mostrar os limites do pretenso funcionalismo habermasiano, analisarei brevemente uma teoria do direito que assuma uma perspectiva funcionalista em sentido forte: refiro-me à proposta de Niklas Luhmann.

Um confronto exaustivo das posições de Habermas e Luhmann seria aqui impossível, pois limitar-me-ei a um único ponto: ao conceito de legitimidade. Para Luhmann, o direito possui uma função regulativa, mais precisamente uma função de estabilização de expectativas normativas.⁵ Assim como em Habermas, o direito entra em jogo quando os mecanismos pessoais que geram a confiança recíproca não são

⁵ Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M., 1993, p. 131.

mais suficientes para garantir uma certa estabilidade de comportamentos.⁶ Isso, porém, vale em relação a todas as normas, inclusive as morais. As normas jurídicas diferenciam-se das normas de outro tipo somente pelo fato de serem geradas no interior do sistema jurídico. O direito, enquanto sistema autopoietico, reproduz-se – isto é: produz suas próprias normas – sem influências externas. É justamente isso o que define o que seja uma norma jurídica e quais sejam os procedimentos para produzi-la. Nesse sentido a legitimidade de uma norma é tributária exclusivamente da satisfação de tais critérios procedimentais, que – repito-o – não são determinados pelo exterior. Assim como no positivismo jurídico de Kelsen ou de Hart, o critério último de legitimidade é, portanto, imanente ao sistema jurídico mesmo e é um critério procedimental: legítimas são aquelas normas que se apóiam em procedimentos estabelecidos.

Luhmann menciona um outro significado do termo “legitimidade”, mais próximo àquele não procedimental normalmente utilizado em sentido não estritamente jurídico: uma norma – afirma Luhmann – pode ser não aplicada por ignorância de sua existência ou porque “não é considerada fundamentada (legítima etc.)”, o que é muito raro (*Das Recht der Gesellschaft*, p. 134). Neste caso trata-se de uma opinião subjetiva: se uma norma é julgada ilegítima pelo destinatário e depois este decide pela sua não aplicação, trata-se de um caso comparável àquele em que não se aplica uma norma por ignorância e como isto é injustificável (segundo o conhecido princípio *ignorantia legis non excusat*). Esse conceito de legitimidade remete à aceitação factual das normas por parte dos destinatários. O emprego desse termo resulta por isso em impróprio, pois para Luhmann tem sentido falar de legitimidade somente em referência à legitimidade formal.

Habermas critica esta concepção de legitimidade. A seu ver o erro de Luhmann consiste em perder de vista a relação existente entre direito legítimo e democracia. Coerentemente com a sua rejeição da perspectiva normativa das teorias filosóficas da justiça, Habermas elabora uma explicação funcionalista para a necessidade de legitimidade do direito: um direito não legítimo não poderia, a longo prazo, impor-se e ao final perderia a própria eficácia. Mas a simples legitimidade formal ou procedimental elaborada por Luhmann não garante, segundo Habermas, a aceitação por parte dos destinatários. O direito obtém tal aceitação somente se for fruto de um procedimento democrático. Legítimo é, portanto, aquele ordenamento jurídico cujos destinatários sejam, ao mesmo tempo, os seus autores.

Duas são as observações a serem feitas sobre esse ponto. A primeira é de caráter empírico: não é verdade que somente o direito obtido através de procedimentos democráticos encontra a aceitação dos destinatários, mantendo portanto a própria eficácia ao longo do tempo. Aliás: historicamente isso não é verdade na maior parte dos casos. Nesse sentido, Luhmann tem razão na recusa em estabelecer uma ligação entre democracia, legitimidade e aceitação factual. Discutível seria, eventualmente, a identificação luhmanniana do critério de legitimidade com critérios puramente procedimentais e, mais ainda, a descrição do direito como sistema autopoietico e autônomo.

⁶ Id, p. 132.

A segunda observação: também Habermas apresenta aparentemente um critério de legitimidade puramente processual, remetendo ao procedimento legislativo democrático. Mas é precisamente na democraticidade de tal procedimento que se manifesta a diferença de Luhmann. Por que o processo de criação do direito deve ser *democrático*?

Se Habermas sustentasse – como às vezes parece acontecer – que somente nesse caso se poderia ter certeza da aceitação factual por parte dos destinatários, tal resposta, como dissemos, seria desmentida pela empiria. Mas, na realidade, Habermas justifica essa asserção recorrendo ao princípio do discurso (D), cuja aplicação ao *medium* do direito daria lugar ao princípio da democracia (*Demokratieprinzip*), segundo o qual possuem validade legítima somente aquelas normas jurídicas que possam obter o consenso de todos os membros do ordenamento jurídico com base em um processo discursivo de legislação regulamentado por sua vez de forma jurídica (FG 141). Habermas sustenta que o princípio do discurso seja, em si mesmo, neutro em relação tanto ao direito quanto à moral e que portanto não possui valor normativo, limitando-se a formular os pressupostos implícitos a qualquer argumentação e conseqüentemente a toda tentativa de fundar as normas jurídicas ou morais. Contrariamente a Karl-Otto Apel, o outro grande expoente da ética do discurso, o qual sustenta que tais pressupostos possuem valor transcendental e que portanto chega-se a uma fundamentação última do princípio do discurso (D). Habermas limita a fundamentação de (D) ao caso em que se pretenda uma compreensão recíproca, isto é, no caso em que os sujeitos estejam orientados ao entendimento e não ajam estrategicamente. No momento em que, julgando uma norma, queiramos verificar a sua validade objetiva e não só averiguar se essa sirva ou não para os nossos interesses pessoais, aceitamos necessariamente (D). O mesmo, Habermas identifica porém como um dos critérios essenciais do direito, o fato de que este, diferentemente da moral, admite uma atitude estratégica por parte dos indivíduos. Não é claro, portanto, por que indivíduos, que podem assumir livremente uma atitude estratégica, devam servir-se de (D) para estabelecer a validade da norma jurídica, *a menos que* não se obtenha uma leitura normativa de (D): em tal caso esse seria um princípio que cada sujeito *deve* assumir, até mesmo quando não esteja orientado ao entendimento e prefira agir estrategicamente.

Habermas deveria portanto: ou deixar cair (D) e, em seguida, procurar uma outra justificação para a sua identificação de direito legítimo e de direito produzido democraticamente; ou não admitir a possibilidade de que os sujeitos assumam uma posição puramente estratégica. Esta segunda possibilidade não só significaria o abandono da perspectiva funcionalista em favor de uma normativa, mas representaria uma quase moralização do direito, a partir da qual todos os indivíduos deveriam orientar-se ao entendimento recíproco.

De resto, ao considerar a função sociointegrativa do direito, Habermas pôs em relevo como o direito acaba assumindo um âmbito assegurado tradicionalmente à moral. Deste modo a distinção entre um e outro se mostra impalpável e o direito corre o risco de tornar-se um instrumento para estender o controle da moral para os âmbitos que lhe eram até então preclusos. Cito Habermas: “ora, a moral pode irradiar-se a *todos* os campos de ação, através de um sistema de direitos com o qual ela

mantém um vínculo interno, atingindo inclusive as esferas sistemicamente autonomizadas das interações dirigidas por meios que aliviam os atores de todas as exigências morais, como uma única exceção: a da obediência geral ao direito.” (FG. edição brasileira, p. 154). O direito é visto portanto não como um sistema neutro, mas como um instrumento para emancipar a racionalidade comunicativa da estratégica. Pode-se perguntar se esta posição seja menos normativa do que aquela “abstrata” das teorias filosóficas da justiça repudiadas por Habermas.

Restaria a possibilidade de derrubar (D) e de recorrer a outro critério para identificar direito legítimo a direito produzido democraticamente. Como exemplo de uma teoria que realiza esta identificação sem fazer recurso a (D) proporei a seguir a fundamentação do direito efetuada por Otfried Höffe.

4 O limite do normativismo habermasiano

O critério de legitimidade do direito oferecido por Habermas, ou seja, a sua origem democrática, resulta não ser suficientemente funcional como ele queria; por outro lado isso comporta conseqüências discutíveis do ponto de vista normativo. O resultado do procedimento legislativo é sempre aberto. Até os direitos fundamentais introduzidos por Habermas no capítulo terceiro de seu livro não estão singularmente fixados de modo definitivo. Habermas limita-se a indicar cinco grupos de direitos que os membros de uma comunidade jurídica devem reconhecer reciprocamente como fundamento de (D), mas toda sucessiva determinação do conteúdo de tais direitos pertence às singulares comunidades jurídicas. Os membros de uma comunidade poderiam também entrar em acordo sobre direitos ou sobre normas jurídicas que resultariam em detrimento para os indivíduos e em prol do povo ou da comunidade mesma, pois nada impede que os sujeitos estejam dispostos a renunciar a seus próprios direitos individuais – a menos de fazer recurso a um critério *externo* à vontade democraticamente expressa pelos próprios sujeitos. Em nossas democracias este critério externo é oferecido a um nível imediato precisamente pelos direitos fundamentais garantidos pela constituição ou ancorados no direito vigente (como no caso da *Common Law* britânica). Uma democracia define-se em primeiro lugar com base nos critérios formais concernentes ao procedimento legislativo como: eleições livres por sufrágio universal, divisão dos poderes, princípio da maioria, eventual participação direta do povo na legislação etc.; em segundo lugar com base em elementos não formais nem formalizáveis como a atividade da opinião pública; e não por último com base em um elemento que seja ao mesmo tempo formal e material: os direitos fundamentais. Enquanto direitos positivos reclamáveis justicialmente, estes possuem um aspecto formal. Enquanto dotados de conteúdos concretos estes possuem um aspecto material subtraído em parte ou em todo à intervenção do legislador: as normas concernentes aos direitos fundamentais da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) alemã, por exemplo, não podem ser modificadas de nenhum modo. Esta cláusula é decisiva para salvaguardar o caráter democrático de uma comunidade jurídica. Essa, porém, é ausente em Habermas. Ao contrário, Otfried Höffe identifica no reconhecimento recíproco de determinados direitos individuais, subtraídos ao arbítrio do legislador, um caráter essencial ao fenômeno jurídico. A justificação ofe-

recida por Höffe recorda, de um lado, teorias tradicionais como aquela de Hobbes, e de outro remete à teoria do discurso na sua variante forte, apeliana.

Höffe parte de uma premissa antropológica mínima: em um estado pré-estatal símile ao tradicional estado de natureza, os indivíduos podem exercer violência sobre os outros, mas ao mesmo tempo podem também ser todos e em qualquer momento vítimas da violência alheia. Hobbes via neste estado uma permanente ameaça à vida, considerada por ele como o bem supremo. Höffe salienta que não para todos a vida é um bem irrenunciável: basta pensar em um mártir ou a quem anteponha a ela valores (como a honra) ou pessoas (como os próprios caros). Decisivo, segundo Höffe, é o fato de que em um tal estado ninguém dispõe da liberdade de elaborar e seguir seu próprio projeto de vida. Nessa liberdade estão interessados todos, também o mártir, que quer ser livre de decidir (ele mesmo) quando e por qual causa sacrificar-se. Höffe fala de um interesse transcendental – e há aqui um eco da apeliana transcendentalidade das regras do discurso. Esse interesse transcendental move todos os indivíduos a fugir do estado de natureza e a criar um estado em que tal liberdade seja garantida. Ao fazer isso, estes dão vida a um ordenamento jurídico, cuja base é constituída de uma série de direitos colocados para salvaguardar o interesse transcendental dos indivíduos, ou seja a sua liberdade. Ao entrar em um ordenamento jurídico, o indivíduo efetua uma troca, renunciando ao emprego arbitrário da violência e obtendo em contrapartida o respeito dos próprios direitos.

Também Habermas faz do reconhecimento recíproco dos direitos o ato constitutivo de um ordenamento jurídico, mas não explica por qual motivo os indivíduos deveriam entrar em tal ordenamento, e portanto não é capaz de fundar a imutabilidade e inatacabilidade daqueles direitos. Além disso ele funda o reconhecimento recíproco não em um interesse transcendental, como Höffe, mas no princípio do discurso (D), o qual constitui um elemento normativo muito mais forte do que a justiça comutativa de Höffe.

O critério de legitimidade externo à vontade democrática do povo vem oferecido também a um nível menos imediato, àquele da justificação da existência do direito mesmo. Contrariamente aos teóricos que, como Hans Kelsen, negam a possibilidade de construir e valorar a norma jurídica de uma perspectiva externa como aquela da justiça, que o próprio Habermas define como “abstrata”, Otfried Höffe distingue entre dois tipos de justiça: uma justiça que funda e limita o direito enquanto tal e uma justiça que pretende definir as singulares normas jurídicas. Todos conhecemos a célebre comparação agostiniana entre o Estado e um bando de ladrões. Kelsen a retoma para sustentar que a diferença entre os dois consiste em um elemento formal: os públicos oficiais fazem recurso à força a partir de uma autorização do ordenamento jurídico. Höffe observa justamente que deste modo a questão desloca-se para um outro nível: quem autoriza o ordenamento jurídico a delegar os funcionários públicos? Esta pergunta remete ao fato de que, mesmo em um bando de ladrões, é necessário que seja satisfeita uma condição fundamental, ou seja, que ao interno dela seja proibida aquela violência autorizada com o externo: os ladrões não podem roubar-se ou matar-se entre si. Segundo Höffe, isso

demonstra que qualquer ordenamento, seja o Estado ou um bando de malfeitores, deve garantir a segurança de seus membros. De tal modo já está enunciado um princípio de justiça fundante do direito: o direito é criado para garantir tal segurança. Ao mesmo tempo este princípio limita o poder do ordenamento em questão, intimando-lhe de respeitar tal segurança.

Contrariamente à opinião de Kelsen e Luhmann, o direito não é um sistema que funciona independentemente dos sujeitos, cuja atividade é chamado a regular: o direito deve, ao contrário, pelo menos, orientar-se pela exigência fundamental de segurança que motiva estes sujeitos a dar vida a um ordenamento jurídico. As suas normas não podem, portanto, ter um conteúdo arbitrário, como pensa Kelsen, pois a segurança dos sujeitos, seja a individual ou a coletiva, deve ser sempre garantida e, portanto, nenhuma norma pode violá-la, senão em casos particulares (como em certas normas penais). Um ordenamento jurídico que não tenha esse critério não só resulta ilegítimo, mas deixa de se caracterizar como direito: um ordenamento jurídico que não garanta por princípio pelo menos a segurança dos seus sujeitos *não* é um ordenamento jurídico. Somente nestas condições é possível o uso legítimo da força: por parte dos indivíduos, até que não se crie uma organização estatal (como no direito privado kantiano), e por parte do Estado após. Recorrendo a um princípio normativo mínimo de justiça distributiva, uma justiça que funda o direito e não estabeleça as normas específicas, Höffe consegue mostrar a necessidade da existência do direito e oferece um critério para legitimar o uso da força.

É muito interessante o fato de que em um livro de mais de seiscentas páginas sobre o direito, Habermas quase não faça menção a um elemento essencial, qual seja, ao conceito mesmo de direito, isto é, ao emprego legítimo da força como *reação* ou como *prevenção* à violação do próprio direito. Poderemos explicar esta surpreendente ausência como uma consequência da tradicional desconfiança da Teoria Crítica frente às noções de “domínio”, “violência”, “monopólio estatal do uso da força”, etc. Mas creio que haja também uma razão sistemática que remete à abordagem habermasiana ao fenômeno jurídico.

Habermas vê no direito um “arranjo comunicativo” (FG 134), cuja finalidade principal é salvaguardar ou reconstituir a integração social, que nas sociedades pré-modernas era garantida pela moral. De tal modo que a verdadeira finalidade do direito, ou seja, a de regular as relações externas entre os sujeitos, passa ao segundo plano, havendo logo uma moralização do direito que confere a este último uma função desproporcionada no contexto do agir social. Que a garantia da integração social não seja a verdadeira tarefa do direito é demonstrado além disso através de um simples experimento mental: se dispuséssemos de suficiente solidariedade, e portanto a integração social fosse garantida por vias externas ao direito, este não se tornaria por isso menos necessário, como demonstra a sua existência também em sociedades pré-modernas. Excluindo estas últimas de suas análises e concentrando-se sobre o direito positivo moderno, Habermas se preclui de a possibilidade de compreender o aspecto central do fenômeno jurídico.

5 Conclusões

Recapitulando, minhas críticas à teoria jurídica de Habermas são as seguintes:

- 1) É ausente uma definição do direito em si (e portanto não é oferecida nenhuma explicação sobre a natureza do direito pré-moderno);
- 2) Não se toca no problema central da justificação da existência do direito. Segundo Habermas, o direito é algo de não dedutível e não fundável, nem epistemologicamente, nem normativamente (FG, 143);
- 3) Não foi realizada uma distinção entre direito e moral suficientemente clara; o primeiro parece dever assumir o papel de sucedâneo da segunda;
- 4) Ao direito é conferida como função principal aquela de garantir a integração social e não aquela de regular as relações externas entre os indivíduos;
- 5) A “dupla perspectiva” habermasiana revela-se uma mistura entre uma perspectiva funcionalista e uma normativa, que não oferece uma explicação da estrutura e do funcionamento do sistema jurídico e tampouco uma valoração normativa do fenômeno jurídico do ponto de vista de uma teoria da justiça, de qualquer modo que ela seja definida;
- 6) De fato com a aplicação do princípio (D) ao *medium* jurídico e com a dedução dos princípios jurídicos que correspondem aos diversos grupos de direitos fundamentais, Habermas introduz um critério de legitimidade que não se diferencia muito daqueles das teorias da justiça que ele define como “abstratas”. Por outro lado este critério resulta aplicável somente às normas singulares e não às instituições enquanto tais, por exemplo à instituição direito, que segundo Habermas não necessita de justificação alguma – uma posição que não esperamos de um teórico da liberdade do domínio (*Herrschaftsfreiheit*);
- 7) Habermas reduz a questão da legitimidade do direito à questão dos mecanismos que permitem a produção de normas jurídicas legítimas e identifica estes mecanismos nos procedimentos formais democráticos, no papel da opinião pública e na existência de direitos fundamentais. Estes últimos existem porém somente ao interno de um ordenamento jurídico positivo e estão sempre à disposição do legislador, resultando portanto insuficientes como critérios para a legitimidade de normas jurídicas e absolutamente inutilizáveis como critérios para a legitimidade de instituições como o direito mesmo.

Em escritos posteriores a *Faktizität und Geltung*, Habermas buscou afastar alguns desses inconvenientes, decidindo-se por exemplo a teorizar a existência de direitos humanos – direitos humanos que a partir de sua perspectiva não podem ser fundados. Apesar dessas correções, creio que a teoria habermasiana do direito não satisfaz a legítima expectativa dos defensores da teoria do discurso e de seus críticos. Habermas entretanto indicou um caminho. A outros cabe a tarefa de elaborar uma teoria que dê conta dos aspectos omitidos pelo grande mestre.