

Monismo e dualismo entre estado e direito: breves considerações acerca do conceito de estado de direito em Habermas

Rubin Assis da Silveira Souza¹

RESUMO

Habermas frequentemente adota o termo *Estado de direito* na sua obra *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. O objetivo deste artigo, então, consiste na investigação da possibilidade desse conceito, no seu fundamento e na apresentação dos problemas dele decorrentes, contrapondo-o especificamente a sua antítese, isto é, ao monismo entre Estado e direito de Kelsen. Ocorre que a filosofia habermasiana, conforme entendimento do artigo, implica a adoção de uma teoria dualista entre os conceitos de Estado e de direito. Observa-se, assim, o compromisso do filósofo alemão com a reformulação de uma doutrina jurídica específica e sua radical incompatibilidade com o positivismo kelseniano.

PALAVRAS-CHAVE:

Monismo. Dualismo. Kelsen. Habermas.

1. Doutorando em Filosofia – Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Monism and dualism between state and law: brief considerations regarding the concept of rule of law in Habermas

Rubin Assis da Silveira Souza

ABSTRACT

Habermas often uses the term “Rule of law” in his work *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. The aim of this paper is to examine this term, its rationales and problems through a comparison with its antithesis, i.e., Kelsen’s monism between law and state. In our view, Habermas’ philosophy implies the adoption of a dualist theory between the concepts of state and law. Thus, the German philosopher’s commitment to the reformulation of a specific legal doctrine, as well as his radical incompatibility with Kelsen’s positivism, is duly observed.

KEYWORDS:

Monism. Dualism. Kelsen. Habermas.

Introdução

Segundo Kelsen (2009b, p. 315), todo Estado é de direito.² Um Estado não pode existir sem direito, tendo em vista que o próprio se constitui por normas, as quais são em sua gênese o sentido de um ato de vontade do legislador constituinte e formam, posteriormente, um sistema autônomo, isto é, o Estado também é norma e põe-se a si mesmo.³ (KELSEN, 1986, p. 3). Portanto, para o autor, a expressão Estado de direito é um pleonasma⁴ (KELSEN, 2009b, p. 346).

Afirma logo em seguida que tal expressão “é efetivamente utilizada” (nota-se a não anuência do autor para tal uso) para designar um tipo especial de política de Estado, a qual cumpre os requisitos da democracia. Entretanto, não entende o seu uso por um sistema político específico excludente da tese monista entre Estado e direito ou excludente do problema do pleonasma. Destaca-se, ainda, a referência à expressão *Estado de direito* entre aspas. Diz: “Porém, ela é efetivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica. “Estado de Direito” neste sentido específico é uma ordem jurídica

2. A tese defendida por Kelsen é consciente e confronta as hipóteses da existência de um Estado sem direito, de um Estado contra o direito, e, ainda, de um Estado violador de direitos. Sobre isso, Kelsen afirma ser impossível qualquer decisão ou ato válido do Estado contra a lei ou o direito, assim como inviável a existência de uma decisão ou lei válida inconstitucional. Isso porque é o próprio Estado o sujeito determinante da interpretação válida. Portanto, nunca pode um governo, ratificado por um tribunal constitucional ou não, agir contra a lei ou mesmo contra a norma. Ver: KELSEN, 2009b, p. 300: “A lei “inconstitucional”. A afirmação de que uma lei válida é “contrária à Constituição” (anti-constitucional) é uma *Contradictio in adjeto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, por que não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica.”

3. Norma, conforme Kelsen é: “o sentido de um querer, de um ato de vontade, e – se a norma constitui uma prescrição, um mandamento – é o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem, de um ato, cujo sentido é que um outro (ou outros) deve (ou devem) conduzir-se de determinado modo.” KELSEN, 1986, p. 3. Já a Norma hipotética fundamental (NHF) é a pressuposição lógico-fundamental (ou lógico-ficcional na Teoria geral das normas -TGN) que dá objetividade ao sentido do ato de vontade do constituinte, isto é, fornece à norma o seu sentido objetivo. Na TPD, KELSEN, 2009b, p. 225; na TGN, KELSEN, 1986, p. 328.

4. Kelsen diz: “Se o Estado é reconhecido como uma ordem judicial, se todo Estado é um Estado de Direito, esta expressão representa um pleonasma”. KELSEN, 2009b, p. 346.

relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis – isto é, às normas gerais que

Entretanto, há, conforme Kelsen, uma clássica doutrina jurídica, a teoria do direito natural, responsável por tratar direito e Estado como entidades distintas, condicionando o conceito deste à legitimidade de um direito justo.⁵ Consequentemente, tais jusnaturalistas defenderiam o imperativo da justiça absoluta para a composição da expressão Estado de direito, a qual, portanto, não implicaria uma redundância.

Nesse sentido, duas tradições opostas debatem acirradamente: a teoria monista versus a teoria dualista. A primeira é sustentada por concepções positivistas e céticas, como as de Kelsen; a segunda por posições jusnaturalistas, por exemplo, Kant. Sucede que para este o conceito de direito antecede ao Estado e o legitima, sendo essa condição de sua validade; diferente daquele, para o qual os dois surgem simultaneamente e permanecem estritamente vinculados um ao outro. Tal comparação entre Kant e Kelsen será desenvolvida na primeira seção do artigo.

Considerando esse debate, o presente trabalho investiga a possibilidade de Habermas reivindicar a formação de princípios do Estado de direito, evitando o problema do pleonasma do dualismo jurídico, e expõe como o autor refuta o positivismo e o ceticismo para a formulação desses princípios universalizáveis e rearranja o jusnaturalismo contratualista via teoria do agir comunicativo, buscando um novo sentido, não mais absolutista e etnocêntrico, para a expressão Estado de direito. Ressalta-se, finalmente, que o artigo analisa o conceito de Estado de direito em Habermas por meio da comparação entre a tese do autor e o positivismo monista de Kelsen. Com tal método, pretende-se destacar o problema em Habermas, contrapondo-o a uma filosofia absolutamente divergente. Nesse sentido, como se trata de um trabalho analítico e comparativo, outras referências históricas, especificamente acerca do conceito de Estado de direito, tal como a doutrina norte-americana do *Rule of Law* ou a teoria são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo -, os membros do governo são responsáveis pelos seus atos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade de expressão do pensamento, são garantidas” (KELSEN, 2009b, p. 346, §3). Ocorre que nem todo Estado ou direito é democrático. Sobre esse problema, ver melhor detalhado a questão da efetividade/validade *versus* legitimidade na própria TPD (KELSEN, 2009b, p. 232).

5. Sobre o dualismo metafísico do direito natural segundo Kelsen, conferir: KELSEN, 2005, p. 599 ss; KELSEN, 2009a, p. 99. “Direito e justiça. A teoria idealista do direito é uma teoria dualista.” Kelsen, nas obras citadas acima, classifica como dualista-metafísica principalmente as filosofias de Platão, Aristóteles e Kant.

tradicional de contraposição entre Estado de direito e Estado absolutista não são abordadas. Trata-se de uma análise lógica sobre o conceito concentrada na terminologia dos dois autores supracitados.

De fato considera-se *Estado de direito* aquele mantenedor das garantias constitucionais - liberdade, devido processo legal etc., porém não é essa a tese central defendida pelo autor, especialmente se tomarmos em conta o problema da validade versus legitimidade. Por fim, Kelsen expressamente se declara partidário da democracia, como pode ser observado em KELSEN, 2000, p. 23ss. Contudo, não afirma ser o modelo político democrático definitivo para o conceito de direito e Estado. Portanto, também não é definitivo para a resolução do problema do pleonismo do termo *Estado de direito*.

Monismo e dualismo entre os conceitos de Estado e de direito

Na Teoria pura do direito (TPD), Kelsen (2009b, p. 315) apresenta sua tese monista entre Estado e direito.⁶ Para o autor, na esteira do monismo entre direito público e privado e direito nacional e internacional (KELSEN, 2009b, p. 312 e 364), também os conceitos de Estado e de direito pressupõem um ao outro, ou seja, o Estado é considerado, tal como o direito, uma ordem jurídica, sendo, logo, inviável a tradição dualista. Segundo Kelsen (KELSEN, 2009b, p. 315), a separação entre eles, representada por essa tradição, tem uma função tão somente de legitimação arbitrária de qualquer Estado.⁷

Nesse sentido, o dualismo tradicional, em um primeiro momento, contraporía Estado e direito, considerando-os entidades distintas. O Estado, para os dualistas, segundo Kelsen, apresentar-se-ia como sujeito de deveres jurídicos ao qual seria atribuída uma existência independente da normatividade, da mesma forma com que o direito subjetivo também seria considerado como a personalidade jurídica precedente do direito objetivo. Nesse aspecto, o Estado é avaliado, conforme a teoria

6. Acerca dessa abordagem kelseniana sobre Estado e direito, conferir DUTRA, 2004. Conforme Dutra, a posição de Kelsen sobre o a relação entre Estado e direito contraria de maneira radical tanto as teses de Weber quando as de Habermas. Para o Dutra, Kelsen concentra-se na eficácia da norma como determinante para o direito, acarretando em uma visão do Estado reduzida apenas à legalidade, excluindo a facticidade e a legitimidade.

7. Para Kelsen não existe a possibilidade de um Estado sem direito, porém é possível a existência de um direito sem Estado, pois nem toda ordem jurídica é um Estado. As ordens jurídicas primitivas e o direito internacional são jurídicos, porém não possuem Estado. Ver: KELSEN, 2009b, p. 317. um suposto direito justo. Assim, o Estado deve ser representado como uma pessoa de direitos e deveres diversos da ordem jurídica e ao mesmo tempo justificado por ela, tornando-se não apenas Estado, mas Estado de direito.

dualista-jusnaturalista, como uma entidade metajurídica diversa da ordem normativa centralizada e representado apenas como poder factual (KELSEN, 2009b, p. 315).

Entretanto, apesar dessa separação ontológica, a teoria dualista submete ao mesmo tempo o Estado ao direito pela vinculação do poder desse mesmo Estado à moralidade de um direito justo. Nesse sentido, conforme Kelsen, o dualismo se constitui de uma evidente contradição (KELSEN, 2009b, p. 315 e 316).

Tal separação, para Kelsen (2009b, p. 316), resulta de uma concepção contraditória de Estado, o qual para assegurar sua existência necessita da legitimidade de

Diz o autor:

A doutrina tradicional do Estado e do Direito não pode renunciar a esta teoria, não pode passar sem o dualismo de Estado e Direito que nela se manifesta. Na verdade, este desempenha uma função ideológica de importância extraordinária que não pode ser superestimada. O Estado deve ser representado como uma pessoa diferente do Direito para que o Direito possa justificar o Estado – que cria este Direito e se lhe submete. E o Direito só pode justificar o Estado quando é pressuposto como uma ordem essencialmente diferente do Estado, oposta à sua originária natureza, o poder, e, por isso mesmo, reta ou justa em um qualquer sentido. Assim o Estado é transformado, de um simples fato de poder, em Estado de Direito que se justifica pelo fato de fazer o Direito. Do mesmo passo que uma legitimação metafísico-religiosa do Estado se torna ineficaz, impõe-se a necessidade de esta teoria do Estado de Direito se transformar na única possível justificação do Estado. Esta “teoria” torna o Estado objeto do conhecimento jurídico, a saber, da teoria do Estado, na medida em que o afirma como pessoa jurídica, e, ao mesmo tempo e contraditoriamente, acentua com todo o vigor que o Estado, porque e enquanto poder e, portanto, algo de essencialmente diverso do Direito, não pode ser concebido juridicamente. Esta contradição, porém, não lhe faz a menor moça. Aliás as contradições em que necessariamente as teorias ideológicas se enredam não significam para elas qualquer obstáculo sério. Com efeito, as ideologias não visam propriamente o aprofundamento do conhecimento mas a determinação da vontade. Aqui não se trata tanto de apreender a essência do Estado como antes de fortalecer a sua autoridade. (KELSEN, 2009b, p. 315 e 316)

Também na Teoria geral do direito e do Estado:

O dualismo de Direito e Estado é uma duplicação supérflua do objeto de nossa cognição, um resultado de nossa tendência a personificar e então hipostatizar nossas personificações. (...). O dualismo de Direito e Estado é uma superstição animista. O único dualismo legítimo aqui é o de validade e eficácia da ordem jurídica. Mas essa distinção apresentada na primeira parte deste livro – não

nos autoriza a falar do Estado como um poder separado da ordem jurídica ou por trás dela. (KELSEN, 2005, p. 275)

O monismo kelseniano, em suma, contrapõe-se a esse dualismo. Para o autor (KELSEN, 2009b, p. 316- 317) há a identidade entre Estado e direito, pois aquele corresponde também a uma ordem jurídica. Assim, tanto o Estado quanto o direito são definidos como uma ordem da conduta humana, pois ambos exprimem um sistema normativo de coerção centralizada (KELSEN, 2009b, p. 316, §1º). Do mesmo modo, os conceitos de povo, território e, especialmente, poder, tão reivindicados pela teoria tradicional como específicos do conceito de Estado (não pertencendo, portanto, ao conceito de direito), apenas existem normativamente, pois povo, território e poder são determinados pelas normas jurídicas (KELSEN, 2009b, p. 318).⁸

Conforme Matos (2013, p. 130; 2011, p. 79), a tese monista da identidade entre Estado e direito em Kelsen desnuda o idealismo metafísico da doutrina jus-naturalista em formar um conceito de direito sacralizado e fundado em um terreno confortável, diverso da conturbada, real e contraditória política.

Afirma o autor:

O ataque de Kelsen ao Estado enquanto personificação não conhece limites. Ele encontra no dualismo Estado/direito a expressão mais acabada da ideologia de colorido teológico que impossibilita qualquer aproximação minimamente científica do fenômeno jurídico. O estado, conforme compreendido pela doutrina tradicional, é uma expressão antropomórfica da unidade funcional do direito, ideia diretamente derivada do organismo estatal que inspirou as propostas política autoritárias de Platão, Aristóteles e Hegel. (MATOS, 2013, p. 134)

Esse dualismo metafísico, para Kelsen, é representado pela doutrina jusnaturalista, a qual possui, segundo o autor, seu fundamento mais sofisticado em Kant (KELSEN, 2005, p. 599 e 625). Tal filosofia kantiana, apesar de seu refinamento, refletiria tão somente os valores do filósofo, expressos de forma supostamente

8. Os conceitos de povo, território e poder, por serem determinados pelas normas jurídicas, também se submetem às duas esferas características do direito, tanto à estática quanto à dinâmica. Ou seja, o conceito de povo, por exemplo, está ligado à norma em sentido estático quando determinado por um ato de coerção. Em seu aspecto dinâmico, o conceito de povo passa pela hierarquia de criação e interpretação, que vai desde a NHF até a sentença judicial. Nesse último caso, o conceito varia conforme o próprio sistema jurídico enquanto processo dinâmico de criação normativa. Ver KELSEN, 2009b, p. 121ss sobre o aspecto estático do direito e KELSEN, 2009b, p. 215ss sobre o seu aspecto dinâmico. Ou seja, povo, território e poder são proposições jurídicas tanto estáticas quanto dinâmicas e apenas determinadas, conforme a TPD, pelas normas jurídicas.⁴¹

universalizável, porém de fato revelando o seu etnocentrismo, absolutismo moral e proselitismo puritano.

Apesar dos problemas de interpretação e a tendência pejorativa com que Kelsen trata a filosofia prática kantiana, encontramos efetivamente elementos dualistas entre Estado e direito no autor. Em Kant (2014, p. 51), uma posse pré-jurídica, justificada pelo imperativo categórico, pois o mesmo autoriza a ter algo externo como seu, dá origem ao direito privado e, posteriormente, ao Estado, isto é, Estado e direito têm origens distintas e este precede aquele. Nomeadamente, a posse precária individual (já um direito subjetivo) necessita do reconhecimento público para se tornar um direito de propriedade (o direito objetivo). Dessa pretensão reivindicatória origina-se a variável da coerção jurídica. Esta reprime a usurpação. Daí se segue o reconhecimento sob leis universais do meu e do teu externo. Desse reconhecimento, na sequência, há a autorização da execução forçada contra a usurpação do objeto de outrem. O Estado seria, por essa via, o meio subsequente ao direito de posse pré-jurídica com o qual a coletividade validaria sua defesa.⁹

Conclui-se, portanto, a radical incompatibilidade das concepções monista e dualista. A concepção dualista requer a presunção de um direito independente do Estado e vinculado à metafísica prática, tendo em vista a necessidade de um princípio universal que o despolitize do domínio estatal, para poder justificá-lo em um segundo momento. Em Kant, tal direito desvinculado do Estado é representado pela posse pré-jurídica, autorizada pelo imperativo categórico, cujo procedimento de avaliação moral permite a posse de algo externo antes mesmo da formação do Estado. Essa posição dualista, porém, enfrenta as críticas acentuadas da metaética contemporânea acerca da possibilidade da existência de valores universais não absolutistas ou etnocêntricos capazes de despolitizar o direito e separá-lo do Estado.¹⁰ Nesse ponto, como se verá a seguir, Habermas reestrutura o contratualismo para refutar a posição monista e possibilitar a reformulação dos princípios do Estado de direito, porém evitando justamente esse absolutismo e etnocentrismo, denunciado pelos positivistas, especialmente por Kelsen.

9. Sobre a formação do Estado em Kant, ver BECKEMCAMP, 2003 e GUYER, 2006, p. 263ss. Ambos os autores classificam o direito em Kant como uma autorização da razão prática pura, a qual por sua vez, em um segundo momento, também autoriza a formação do Estado.

10. Sobre as críticas ao cognitivismo ético, ver MILLER, 2003, p. 10, 26 e 52. O autor traz uma introdução ao surgimento do emotivismo e ceticismo metaético contra a ideia do absolutismo moral do cognitivismo clássico, especialmente por meio da ideia da falácia naturalista de Moore, do emotivismo de Ayer e do *quasi-realismo* de Blackburn.

O estado de direito em Habermas

O termo Estado de direito, na obra *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, é mencionado frequentemente por Habermas. Apenas no prefácio e no primeiro capítulo da obra o autor o utiliza mais de dez vezes.¹¹ Ainda, há especificamente o capítulo IV dedicado aos princípios do Estado de direito (*Os princípios do Estado de Direito* – HABERMAS, 1997a, p. 169), além da segunda aula dos estudos preliminares e complementos (*A idéia do Estado de direito* – HABERMAS, 1997b, p. 221).

Portanto, o termo prova-se de significativa relevância dentro da obra. Nesse sentido, insta, aqui, investigar tal conceito no sentido confrontá-lo com o debate entre monismo e dualismo descrito na seção anterior deste artigo. Indaga-se, assim, se o autor o descreve consciente da questão do pleonismo do dualismo e como o enfrenta na tentativa de reestruturação da filosofia contratualista. Também, verifica-se o problema da contradição entre o direito e o Estado como conceitos não correlatos e a vinculação deste àquele, tal como na filosofia jusnaturalista kantiana.

Segundo Habermas:

A ideia do Estado de direito constitui uma resposta ao desiderato da transformação jurídica pressuposta pelo próprio direito. No Estado de direito a prática da autolegislação dos cidadãos assume uma figura diferenciada institucionalmente. A ideia do Estado de direito coloca em movimento uma espiral da auto-aplicação do direito, a qual deve fazer valer a suposição internamente inevitável da autonomia política contra a facticidade do poder não domesticado juridicamente, introduzida no direito a partir de fora. O aperfeiçoamento do Estado de direito pode ser entendido como uma sequência, aberta em princípio, de medidas cautelares, conduzidas pela experiência, contra a subjugação do sistema jurídico através do poder – ilegítimo – das circunstâncias, o qual contradiz sua autocompreensão normativa. E aqui se trata de uma relação externa entre facticidade e validade (percebida na perspectiva do sistema jurídico), uma tensão entre norma e realidade, que constitui um desafio para uma elaboração normativa. (1997a, p. 61)

Observam-se elementos do dualismo jurídico na passagem acima, a qual expressa o conceito habermasiano de Estado de direito. Primeiro, destaca-se a ideia contra a transformação jurídica pelo próprio direito, isto é, a oposição às teorias sistêmicas (já

¹¹ HABERMAS, 1997a, p. 11, §2º, linhas 14 e 15; p. 12, §2º, linha 1; p. 13, §1º, linha 16; p. 13-15; p. 18, §1º, linha 14; p. 22, §1º, linha 2 e 18; p. 23, §2º, linha 9; p. 23 e 24, linhas 10, 15 e 16; p. 61, §1º, linha 4. Também nota-se que o termo não possui um padrão conceitual, visto que varia entre 42

discutidas mais extensivamente no capítulo III da obra em análise), incluindo o positivo kelseniano, as quais defendem o direito como criador de si próprio contra a ideia de direitos subjetivos anteriores ao Estado e justificadores da sua existência (como Kant, por exemplo) Também, nota-se a ideia de autonomia política do direito em função da facticidade do poder do Estado. Entendemos, assim, que norma e realidade em Habermas são expressões modernas para o antigo dualismo entre direito e Estado, de tal forma que se torna possível a ideia de um Estado sem direito quando o mesmo

Estado de direito e Estado democrático de direito. Para os fins deste artigo, ambos representam o dualismo entre *Estado e direito*, pois da mesma forma o termo *Estado democrático de direito* também pressupõe a separação entre Estado (só que qualificado como democrático) e direito.⁴³ (HABERMAS, 1997a, p. 61). Nesse ponto, então, não há significativa reformulação do conceito em relação à teoria jusnaturalista dualista, pois o direito é visto como sistema jurídico legítimo e o Estado como facticidade do poder. subjuga ou coloniza factualmente o sistema jurídico através do poder “ilegítimo”

Esse também é o entendimento de Durão (2009, p. 12) acerca do surgimento posterior do Estado em Habermas. Segundo o autor, o Estado de direito habermasiano forma-se por uma conexão interna entre direito e política. Da fusão entre direito e política surge, apenas posteriormente, o Estado. Assim, o sistema jurídico (tal como a moral) e o sistema político têm funções próprias e, também, recíprocas na formação do Estado, isto é, direito e poder distinguem-se radicalmente tanto na sua forma normativa quanto na sua forma empírica quando se considera a própria formação histórica do Estado. Afirma:

O Estado propriamente dito, porém, somente se constitui em um segundo momento, quando surge uma burocracia estatal especializada em questões de administração pública e aplicação da justiça, capaz de implementar os programas políticos e a solução de conflitos de ação. Por conseguinte, o estado de direito é o resultado da fusão, tanto empírica como normativa, entre direito e política. (DURÃO, 2009, p. 121)

De tal modo, os princípios do Estado de direito (já atendendo à separação de Estado e direito) consideram discursos pragmático-éticos, regulados por meio de processos do discurso moral, na formação procedimental das normas jurídicas (HABERMAS, 1997a, p. 169). Assim, Habermas também retoma a ideia dualista do subjetivismo na formação da ordem normativa, só que agora não mais sacralizada (tal como na filosofia prática kantiana), mas legitimada pelo poder comunicativo, o qual também legitimaria o Estado (HABERMAS, 1997a, p. 190).

Tal procedimento de reivindicação do direito subjetivo legitimador é retomado por Habermas no final do segundo volume da edição brasileira: *A ideia do Estado de direito* – autonomia sistêmica do direito (HABERMAS, 1997b, p. 221). Em específico, rebate a ideia de autonomia sistêmica do direito de Luhmann. Tal teoria sistêmica é

caracterizada, segundo o autor, por meio de estratégias conceituais, as quais são justamente as responsáveis pela desconexão entre direito e moral – a) a análise puramente funcional das normas do direito; b) a utilização da teoria positivista do direito traduzida para um modelo jurídico funcional e inteiramente autônomo; e, finalmente, c) a legitimidade “explicada em termos de legalidade como um autoengano estabilizador do sistema, obtido forçadamente através do código jurídico e coberto pelo próprio sistema jurídico.” (HABERMAS, 1997b, p. 223).

Especificamente sobre Habermas e Luhmann, Neves (1996, p. 95) sustenta que Luhmann utiliza-se de autopoiese do direito para justificar a autonomia das normas jurídicas de outras normas externas, tal como a moral e o poder. No sentido de contrapor essa teoria sistêmica, Habermas procura fundar uma teoria jurídica ancorada 44 sob os direitos subjetivos (ou humanos) e reformular o dualismo entre direito objetivo e subjetivo, tratado agora como a tensão entre direitos humanos e soberania popular.

Também contra essa teoria sistêmica, Habermas (1997b, p. 229) se socorre da crítica ao positivismo desenvolvida por Fuller até Dworkin, ao afirmarem a necessidade do direito se confrontar cada vez mais com objetivos políticos, fundamentações morais e princípios. Assim, contrariando o monismo positivista, o sistema jurídico, para o autor, não deve ser fechado. Da mesma forma, a autorreferência linguística do código jurídico não deve impedir a imposição do poder no sistema. Consequentemente, por tais motivos, sustenta um entrelaçamento entre direito, política e moral.

Argumentos contra a teoria sistêmica também são apresentados e debatidos no terceiro capítulo da mesma obra, no qual especificamente Habermas introduz a categoria do direito na ótica da teoria do agir comunicativo (HABERMAS, 1997a, p. 113). Para isso, o autor retoma a concepção kantiana de direito subjetivo como conceito de ação subjetiva anterior ao direito objetivo (ou o Estado) na intenção de justificar este por aquele. Assim, reintroduz a ideia da legitimidade do processo legislativo para a validade do direito, tal como Kant. E tal posicionamento é estratégico para Habermas, porque, para essa concretização do dualismo não basta apenas compreendermos a distinção entre Estado e direito, mas é essencial acolhermos o necessário conceito de direito vinculado à legitimidade moral. Isso porque um direito desvinculado da moral torna-se tão somente norma jurídica, o que novamente levaria ao monismo e à impossibilidade do conceito de Estado de direito.

Nesse ínterim, segundo Habermas (1997a, p. 115), o conceito de direito subjetivo em relação ao direito objetivo passou por uma reformulação histórica, desde o idealismo de Savigny até o positivismo de Kelsen. A partir do século XIX, há a perda da fundamentação idealista em função da interpretação positivista do direito culminada em Kelsen, para a qual as normas afirmam-se como forma que reveste determinadas decisões e competências com a força da obrigatoriedade fática. Assim, os direitos subjetivos apenas valem como reflexo da ordem jurídica, não seu fundamento de validade, o que, como consequência, impediria a justificação do Estado pelo direito ou o próprio conceito de Estado de direito.

Portanto, Habermas (1997a, p. 118) entende que em Kelsen a autorização subjetiva apenas é garantida pela vontade de um detentor do poder e revestida de uma validade deontológica comprometida de modo empírico exclusivamente ao legislador político. Assim, Kelsen representaria o oposto do idealismo por separar o conceito de direito da vontade subjetiva, isto é, da moral. Isso porque o sistema jurídico se torna inteiramente autônomo e fundado em ficções autoproduzidas. Igualmente, conforme Habermas (1997a, p. 118), Kelsen seria incapaz de justificar a ideia de Estado de direito e seus princípios justamente por fechar o sistema normativo em si mesmo.

Sobre essa comparação entre Habermas e Kelsen acerca do Estado de direito, especialmente sobre o suposto fechamento do sistema jurídico em Kelsen e a sua abertura por Habermas, Goyard-Fabre (2006, p. 280) sustenta:⁴⁵

O Estado de direito – que o autor apresenta expressamente como “um sistema de direitos no plural” – é também e sempre o Estado do direito: é por um vínculo “interno” e “funcional” que estão unidos o direito e o poder político (o que, em sua teoria pura, Kelsen salientou tão fortemente a ponto de identificar o Estado e o direito). Todavia, prossegue Habermas, o aspecto crucial da problemática jurídica se deve à maneira pela qual, no Estado de direito, articulam-se as normas e os fatos. Claro, uma questão assim não há, reconhece ele, resposta com uma evidência paradigmática indubitável. Mas, na falta de certeza absoluta, a auto-reflexividade da razão vem corrigir a auto-referencialidade que fazia dela o centro dos sistemas jurídicos autônomos: ela rompe o fechamento desses sistemas encarcerados em si mesmo, nos quais as normas sempre são produzidas por outras normas. A auto-reflexividade da razão lhe permite, de fato dispensar a segurança imediata e dogmática dos sistemas impermeáveis a princípios extrajurídicos, não com base em dados empíricos, mas levando em conta a validade intersubjetiva da argumentação que reclama ou justifica as normas enunciadas. A intersubjetividade e, portanto, a comunicação e o diálogo são assim, para Habermas, na definição e na compreensão do direito, o que a coexistência das liberdades é para Kant.

Até o momento, então, encontramos poucos elementos que diferenciem significativamente a teoria habermasiana do jusnaturalismo kantiano e sobreponha-se à discussão monismo-dualismo. Ou seja, o conceito de Estado de direito para o filósofo alemão segue a mesma linha do contratualismo dualista e confronta-se expressamente como o monismo positivista kelseniano. Contudo, Habermas irá justificar seu dualismo de forma diversa da filosofia prática kantiana, por meio da teoria do agir comunicativo, no sentido de enfrentar a acusação de etnocentrismo e absolutismo contra o filósofo prussiano.¹²

¹². Ver novamente a 3ª nota.⁴⁶

Afirma Habermas (1997a, p. 20):

A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adscrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *médium* lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no telos lingüístico do entendimento, formando um *ensemble* de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras. Qualquer um que se utilize de uma linguagem natural, a fim de entender-se com um destinatário sobre algo no mundo, vê-se forçado a adotar um enfoque performativo e a aceitar determinados pressupostos. Entre outras coisas, ele tem que tomar como ponto de partida em que os participantes perseguem sem reservas seus

pretensões de validade criticáveis, revelando a disposição de aceitar obrigafins ilocucionários, ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de toriedades relevantes para as consequências da interação e que resultam de um consenso. E o que está embutido na base de validade da fala também se comunica às formas de vida reproduzidas pela via do agir comunicativo. A racionalidade comunicativa manifesta-se num contexto descentrado de condições que impregnam e formam estruturas, transcendentalmente possibilitadoras; porém, ela própria não pode ser vista como uma capacidade subjetiva, capaz de dizer aos atores o que devem fazer.

Acerca dessa retomada da filosofia prática kantiana, Goyard-Fabre (2006, p. 276) defende a renovação do criticismo por Habermas. Segundo a autora (GOYARD-FABRE, 2006, p. 278), Habermas foi responsável pela revisão da herança kantiana no sentido de readequá-la às exigências hodiernas, especialmente pós-materialismo histórico, positivismo jurídico (especialmente o kelseniano, conforme ressalta em GOYARD-FABRE, 2006, p. 281) e após o contradiscurso filosófico, especificamente de Foucault e Derrida. Sustenta a autora (GOYARD-FABRE, 2006, p. 282 e 283):

As trocas produzidas pela discussão procedem das exigências e das expectativas da razão prática, cujo caráter razoável e sempre aberto prevalece sobre qualquer pretensão racional-instrumental. Essa diretriz metodológica não é mera estratégia operatória: trata-se, para Habermas, que nisso acata a lição de Kant, de radicalizar as exigências normativas universais que fundamentam em razão a normatividade de um *corpus* jurídico. A originalidade dessa radicalização crítica está em articular de maneira acurada e cerrada os requisitos transcendentais da razão prática e o peso da empiricidade antropológica característica da realidade social. Assim é posto em evidência, no âmago do espaço público, o uso igualmente público da razão, e Habermas não hesita em desenvolver totalmente a noção de “publicidade”, cuja normatividade imanente Kant assinalara.

Nesse sentido, observa-se a partir da passagem acima que a especificidade de Habermas vem da reestruturação do kantismo no intuito consciente de abandonar a fundamentação metafísica do imperativo categórico justificador dos direitos subjetivos anteriores ao Estado na fundamentação de uma teoria do agir comunicativo, a qual torna esse mesmo imperativo não mais metafísico, mas um consenso por meio da ética do discurso. Essa é a forma também com que Habermas rebaterá os argumentos céticos acerca da possibilidade do conhecimento das normas morais. Conforme Dutra (2004), a especificidade de Habermas, quando comparado a Weber, Kelsen e Ferrajoli, vem exatamente da ideia da legitimidade do direito por meio do paradigma procedimental como solução da dialética entre igualdade de direito e de fato. Nisso, retorna ao kantismo, porém como sentido de aprendizado democrático do direito, e não imposição coletiva do direito, isto é, como a formação cooperativa da vontade.

Sob esses aspectos, observa-se a preocupação de Habermas em retomar a argumentação dos princípios morais universais e a conexão entre direito e moral sem, contudo, ignorar as críticas feitas ao contratualismo ao qual pretende adotar, especialmente evitando o etnocentrismo dele resultante. Nota-se, entretanto, que os problemas do dualismo entre direito e Estado não são resolvidos nos termos do ceticismo e positivismo kelseniano, isto é, recorrendo à lógica da identificação monista, mas o autor, por estratégia oposta, procura reestruturar o dualismo no sentido de evitar o absolutismo moral resultante das filosofias de conexão entre direito e moral. Ou seja, não se observa a preocupação de Habermas acerca da análise lógica sobre o pleonasma da expressão Estado de direito, nem sobre a submissão deste conceito de Estado ao direito supostamente justo, mas tão somente uma intensificação do discurso de conexão entre direito e moral por meio da reestruturação do jusnaturalismo contratualista. Em suma, Habermas não ignora as teorias críticas ao jusnaturalismo, especificamente às críticas ao modelo do imperativo categórico, enfrentando-as, sobretudo, pela tentativa da refutação dos modelos normativos sistêmicos e supostamente fechados e pela readequação da justificação moral por meio da ética do discurso; porém, como visto no artigo, ainda não enfrenta diretamente o problema lógico do pleonasma que, ao final, persiste.

Considerações finais

Algumas considerações se fazem necessárias ao final deste trabalho:

1. A expressão Estado de direito remete ao dualismo entre as concepções de Estado e de direito. Nesse caso, para os dualistas, conforme Kelsen, pressupõe-se a possibilidade da existência de um Estado sem direito no sentido de compreender o Estado como poder regulável por um direito supostamente legítimo. Ou seja, o teórico dualista, ainda conforme Kelsen, assumiria compromissos de legitimação das normas jurídicas

e considera-se autorizado a condenar, privilegiadamente, outros Estados considerados sem direito ou julgá-los arbitrariamente como Estados absolutistas ou de exceção.

2. Já o monismo não tem que se preocupar com a legitimidade absoluta das normas jurídicas. Ao assumi-las, como faz Kelsen, como normas cuja validade se encontra na pressuposição de uma norma fundamental (sistêmica) e não na legitimação de um direito justo, o termo tradicional Estado de direito perde sentido lógico (ainda que permaneça com seu sentido político-democrático), visto que todo Estado é de direito. Assim, não há a hipótese de um sujeito julgar qualquer tipo de Estado como de direito ou não. O que se revela do dualismo, a partir do monismo, é a tentativa de avaliação arbitrária e moralista dos sistemas jurídicos considerados não legítimos, por isso incapazes de fundar um Estado de direito. Ou seja, o dualismo mostra-se tão somente como uma estratégia política autorreferente, etnocêntrica e absolutista de posições políticas e morais. Nesse aspecto, a suposta oposição dos dualistas ao Estado absolutista ou ao Estado de exceção revela-se, sobretudo, como incapaz de, analiticamente, distinguir tais do suposto Estado de direito.

3. Três elementos no texto de Habermas (*Direito e democracia*) nos levam a entender que o autor pode ser considerado, dentro do debate monismo-dualismo, como partidário do dualismo acerca dos conceitos Estado e direito:

a) a forma reiterada com que se utiliza da expressão - isso nos leva a entender que tal não é gratuito, visto o destaque do termo na obra;

b) o ataque às teorias sistêmica do direito, a qual inclui o positivismo kelseniano, tal como visto na segunda seção do artigo;

c) a retomada do direito subjetivo na forma de direitos humanos e a sua contraposição ao direito objetivo representado como soberania popular. Assim, Habermas retoma a ideia kantiana, embora de forma mitigada, do direito fundado subjetivamente e anterior ao Estado.

A partir dessa constatação, então, não encontramos elementos relevantes para a superação do problema da redundância do conceito de *Estado de direito* e também se conclui que o autor não inova para a teoria geral do Estado e do direito, permanecendo no rol dos idealistas do direito justo. A única reformulação relevante acerca do problema é a sua recusa da razão prática como fundamentadora do direito. Nesse caso, Habermas procura evitar o etnocentrismo dessa razão prática por meio da teoria do agir comunicativo. Enfim, Habermas não resolve o problema do pleonasma da expressão Estado de direito, apenas a justifica de forma que não a torne, tal como nos fundacionalistas morais, a expressão absolutista de uma cultura julgando outra como possuindo um Estado, porém sem direito.

Referências bibliográficas

- BECKENKAMP, J. O direito como exterioridade da legislação prática da razão em Kant, in: *Ethic@*, Florianópolis, vol.2, n.2. 2003. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/14615/13367>. Acesso em janeiro de 2016.
- DURÃO, Aylton Barbieri. Habermas: os fundamentos do Estado democrático de direito. *Tans/Form/Ação* vol. 32. Nº1. Marília, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732009000100008. Acesso em janeiro de 2016.49
- DUTRA, Delamar José Volpato. A legalidade como forma de Estado de direito. **Kriterion: Revista de Filosofia**. Vol. 45, Nº 109. Belo Horizonte, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2004000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso em fevereiro de 2017.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GUYER, Paul. **Kant**. 1st ed. Oxon/USA: Rutledge. 2006.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade. v. I**, Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.
- _____. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade. v. II**, Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.
- KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos da doutrina do direito**. Trad. Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. **A justiça e o direito natural**. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Edições Almedina, 2009a.
- _____. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009b.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Contra natvram: Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo jurídico**. Curitiba, 2013.

_____. Kelsen contra o Estado. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa (Coord.). **Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen**. Curitiba: Juruá, 2011.50