

Habermas sobre a forma-direito: Quatro comentários e uma crítica

Habermas on the legal form:
Four comments and one critique

Ivan Rodrigues
Universidade Estadual do Ceará
ivan.rodrigues@aluno.uece.br

Resumo: Em *Facticidade e validade*, a forma-direito é um conceito central que possibilita a Habermas: enfocar a dimensão institucional do direito; elucidar a problemática da legitimação do direito; realizar uma abordagem funcionalista do direito propícia a reconstruí-lo racionalmente; e explicitar o sistema dos direitos fundamentais. Entretanto, Habermas não procede a uma análise sistemática do nexó funcional entre a forma-direito e o modo de produção de mercadorias. Por isso, ele deixa de prover uma compreensão mais abrangente e mais crítica da forma-direito e das possibilidades emancipatórias na sociedade capitalista.

Palavras-chave: Habermas; forma-direito; princípio do discurso; direitos fundamentais; democracia; capitalismo.

Abstract: In *Between facts and norms*, the legal form is a central concept that makes it possible for Habermas: to focus on the institutional dimension of the law; to elucidate the problematics of the legitimacy of the law; to carry out a functionalist approach to the law which is favourable to a rational reconstruction of the law; and to make explicit the system of basic rights. Habermas, however, does not proceed to a systematic analysis of the functional nexus between the legal form and the capitalist mode of production. Thus, he fails to provide a more comprehensive and more critical account of both the legal form and the emancipatory possibilities immanent in capitalist society.

Keywords: Habermas; legal form; discourse principle; basic rights; democracy; capitalism.

Uma teoria discursiva (crítica) do direito e da democracia é plenamente desenvolvida por Habermas em *Facticidade e validade*. Um intento primordial dessa teoria é a explicitação hermenêutica (a reconstrução racional) das condições normativo-institucionais fundamentais da emancipação, isto é, da realização contínua, aberta, reflexiva e autocrítica da autonomia na sociedade moderna¹. Assim, uma questão central de *Facticidade e validade* é a que diz respeito à perspectiva, imanente à época moderna, de uma sociedade cuja organização político-jurídica possibilitasse, ao invés de bloquear, formas de vida autônomas, não transidas internamente de relações de dominação nem deformadas externamente por imperativos de

¹ A respeito da reconstrução racional em *Facticidade e validade*, o estudo mais abrangente e detalhado é fornecido por Repa (2021). A expressão “explicitação hermenêutica” enfatiza que: (1) Habermas visa apresentar um potencial emancipatório que subjaz aos componentes centrais do ordenamento político-jurídico característico das democracias constitucionais, ou seja, subjaz aos direitos fundamentais e ao Estado democrático de direito, bem como à esfera pública política e à sociedade civil; (2) tal potencial emancipatório é inerente à autocompreensão normativa institucionalizada das próprias democracias constitucionais.

controle (econômico e burocrático). Se a modernidade apresenta² condições normativo-institucionais fundamentais para que os indivíduos e os grupos sociais (cada um em particular e todos em comum) possam autorrealizar-se em formas de vida, por um lado, projetáveis e construíveis por eles próprios mediante compreensões autoconscientes de suas tradições, diferenças e necessidades, formas de vida, por outro lado, capazes de conviver umas com as outras em respeito e solidariedade, capazes, assim, de configurar suas identidades ético-políticas gerais, de regular seu modo de produção e distribuição e de resolver seus conflitos, dissensos e desentendimentos mediante a criação autodeterminada de normas, decisões e arranjos institucionais, em que consistiriam, onde residiriam, de que formas sócio-históricas se revestiriam e como poderiam ser realizadas essas condições político-jurídicas de possibilidade da emancipação?

A essa problemática complexa, Habermas responde com a tese democrático-radical de que, na sociedade moderna, uma autorrealização com autoconsciência e autodeterminação de todos os indivíduos e grupos sociais somente pode ser assegurada e levada a efeito mediante um direito positivo criado por todos os cidadãos concernidos em deliberações discursivas em esferas públicas políticas inclusivas. Para tornar essa tese plausível, Habermas trata de tornar explícito o sentido básico da práxis autolegisladora que, na sociedade moderna, se efetiva na democracia constitucional: o sentido básico do direito democraticamente criado, bem como do Estado democrático de direito. Um aspecto crucial de tal tese se refere, então, à forma-direito (*Rechtsform, rechtliche Form, Form des Rechts*).

Em *Facticidade e validade*, a forma-direito é um conceito ao qual Habermas confere centralidade³ porque, assim, sua teoria discursiva do direito consegue: (1) enfocar a dimensão societal fundamental do direito, a saber, sua dimensão institucional; (2) retomar e desenvolver o tratamento weberiano da problemática da legitimação moderna do Estado de direito e do próprio direito; (3) lançar mão de certa abordagem funcionalista do direito adequada para uma reconstrução racional do direito; (4) delinear o sistema dos direitos fundamentais e corroborar a tese da cooriginariedade de autonomia privada e autonomia pública. Apesar e precisamente em razão da maiúscula importância de tal conceito naquela célebre obra de Habermas, cabe ressaltar criticamente que (5) Habermas deixou de proceder a uma análise sistemática do nexos funcional entre o direito da democracia constitucional e a economia de mercado na sociedade capitalista no que diz respeito particularmente às profundas relações entre a forma-direito e o modo de produção de mercadorias. Por isso, Habermas não alcançou plenamente seu objetivo de investigar o funcionamento societal do direito, não provendo uma compreensão mais ampla e mais crítica da forma-direito e das possibilidades emancipatórias na sociedade capitalista.

2 A assunção de que a modernidade apresenta condições societais para a emancipação fora amplamente desenvolvida por Habermas em suas principais obras dos anos 1970 e 1980, culminando em *Teoria da ação comunicativa*. Tanto a reconstrução habermasiana da lógica de desenvolvimento e dos estágios abstratos da evolução social como a reconstrução habermasiana das incontornáveis pressuposições pragmáticas da linguagem visaram mostrar que as estruturas normativas abstratas do mundo da vida moderno contém, insito, um potencial emancipatório ainda não esgotado, bem como mostrar que a racionalidade comunicativa profundamente alojada na linguagem e na ação comunicativa não pode ser aniquilada nem substituída pelas racionalidades instrumental, estratégica e funcionalista. E isso mesmo sob o capitalismo, ou seja, mesmo que o capitalismo só permita a liberação da racionalidade comunicativa sob a forma de fagulhas e só permita a concretização da autonomia ao preço de sua deturpação sistemática (patologias sociais).

3 Refletindo sobre *Facticidade e validade*, Habermas considera ter “feito contribuições específicas para seis tópicos”. O primeiro deles é justamente: “I. A forma e a função do direito moderno”. Os outros cinco tópicos são bastante abordados na literatura secundária: “II. A relação entre direito e moralidade; III. A relação entre direitos humanos e soberania popular; IV. A função epistêmica da democracia; V. O papel central da comunicação pública na democracia de massa; VI. O debate sobre paradigmas do direito concorrentes” (HABERMAS, 1999, p. 937).

1. A forma-direito e a dimensão institucional do direito (primeiro comentário)

A fim de compreender a abordagem habermasiana da forma-direito, pode-se partir da seguinte passagem de *Facticidade e validade*:

“Rawls se concentra em questões acerca da legitimidade do direito, sem tematizar a forma-direito como tal e, portanto, a *dimensão institucional* do direito” (p. 88)⁴.

Essa passagem põe em relevo algumas linhas gerais da compreensão habermasiana da forma-direito, a saber: (1) uma teoria crítica do direito não pode contentar-se apenas com a legitimidade do direito, mas deve ocupar-se também com a forma-direito; (2) a forma-direito não pode ser reduzida à legitimidade do direito (a um princípio do direito ou a uma norma fundamental), mas se distingue dela de um modo significativo para as possibilidades efetivas de realização da autonomia e, portanto, para a teorização crítica do direito; (3) a forma-direito está ligada à dimensão institucional do direito, em contraposição à dimensão cultural do direito.

Quanto a (1), trata-se, por assim dizer, do sentido imediatamente apreensível do texto de Habermas. Uma teoria do direito que, circunscrevendo-se à legitimidade do direito, não leva em devida consideração a forma-direito não é crítica. Correspondentemente, incumbe a uma teoria crítica do direito a consideração da forma-direito – mas não qualquer consideração dessa forma social, senão que uma consideração que explicita as tensões entre facticidade e validade em que a forma-direito se encontra *societalmente* emaranhada. Seria, portanto, inadequado a uma teoria crítica do direito considerar a forma-direito abstraíndo-a do contexto societal como um todo no qual ela é empregada: isso equivaleria a tratar uma forma social como associal e, por isso, acarretaria o ofuscamento da perspectiva da emancipação, perspectiva imprescindível para a teorização social crítica. O tipo de consideração teórico-crítica da forma-direito é, então, delineado por Habermas em (2).

Quanto a (2), trata-se de um *insight* que Habermas desdobra na continuação de seu texto: a forma-direito importa para uma teoria crítica do direito porque, sem ela, não se poderia dar conta daquilo que é o “específico da validade jurídica, a tensão entre facticidade e validade que é inerente ao direito” (p. 88). Não apenas essa tensão interna ao direito é eclipsada quando se perde de vista a forma-direito, mas também “a tensão externa entre a pretensão de legitimidade do direito e a facticidade social” – facticidade social que, segundo Habermas, Rawls reduz às “condições culturais de aceitação da teoria da justiça”, preocupando-se somente com o “pano de fundo das tradições políticas” e o “*contexto cultural* da comunicação pública de uma sociedade pluralista contemporânea” (p. 88)⁵. Em lugar dessa redução da facticidade social ao pluralismo de doutrinas abrangentes, o tratamento teórico-crítico da forma-direito possibilita, para Habermas, tomar em devida conta “os processos de decisão realmente institucionalizados” e, ainda, “as tendências de desenvolvimento sociais e políticas que eventualmente se chocam com os princípios do Estado de direito e antepõem às instituições da sociedade bem ordenada uma desdenhosa imagem invertida” (p. 89). Para resumir (2): a consideração da forma-direito é crucial para uma teoria crítica do direito porque é por ela que se torna possível apresentar as tensões entre facticidade e validade que, na sociedade moderna (especificamente na sociedade capitalista), impregnam o direito tanto interna como externamente.

4 Todas as citações feitas no corpo principal deste artigo são exclusivamente de *Facticidade e validade* (HABERMAS, 1994), de modo que, nelas, por economia textual, serão registradas simplesmente as páginas respectivas de tal obra.

5 O célebre debate entre Habermas e Rawls não pode ser aqui apresentado. Os principais textos que formam esse debate (e que concernem à teorização crítica do direito) são os seguintes: Habermas (2018a), Rawls (1995) e Habermas (2018b). A literatura secundária sobre tal debate é enorme, mas talvez seja bastante destacar uma obra recente: Finlayson (2019).



Uma vez que o direito é impregnado por essas tensões, ele não pode ser teoricamente tratado como uma mediação institucional “inofensiva” e “diáfana” entre princípios de justiça e doutrinas abrangentes, entre moralidade e eticidade, ou entre o justo e o bom. Uma vez que o direito é impregnado por tais tensões, muito mais está em jogo no direito do que assegurar organizada e coercitivamente que o pluralismo cultural seja publicamente reconciliado, reconciliado sob princípios de justiça. Noutras palavras: a dimensão institucional do direito envolve muito mais do que Rawls considerou, de modo que sua teoria da justiça deveria ter se desincumbido de uma “reconstrução normativamente guiada do desenvolvimento histórico do Estado de direito e de sua *base social*”, não lhe bastando “procurar conexão com a realidade *imediatamente* através da consciência política de um público de cidadãos” (p. 89). Em lugar dessa abordagem do direito à luz da relação entre o justo e o bom, Habermas propõe uma teorização crítica do direito que adote a “dupla perspectiva de uma análise igualmente talhada para a reconstrução e o desencantamento do sistema jurídico” (p. 89-90) – uma teorização crítica que, com essa dupla perspectiva, articule as tensões entre facticidade e validade nas quais o direito moderno se mostra imerso.

Quanto a (3), trata-se de uma assunção que faz ressonância à teorização do direito que Habermas já havia delineado em *Teoria da ação comunicativa*, onze anos antes de *Facticidade e validade*. Naquela obra, Habermas distinguira entre direito e moral com base na diferenciação estrutural do mundo da vida em cultura, sociedade e personalidade⁶. Enquanto a moral se limita à cultura, constituindo um saber prático que se caracteriza por filtrar normas de conduta com o princípio da universalização, o direito é não somente um saber prático caracterizado por sua codificação legal e sua elaboração sistematizadora por cientistas especializados, mas também um ordenamento normativo-institucional que é destinado a estabilizar expectativas normativas de comportamento e resolver disputas normativas de modo legítimo. Além disso, enquanto a moral se limita ao mundo da vida, o direito alcança o sistema (em suma, o capitalismo estatalmente administrado e, depois, o capitalismo neoliberal), quer dizer, medeia entre o mundo da vida e o sistema: por um lado, o direito ancora o sistema no mundo da vida através do estabelecimento jurídico-privado das relações de produção capitalistas, bem como através da programação jurídico-pública da administração estatal; por outro lado, o direito protege o mundo da vida contra a colonização sistêmica através da juridificação do aparelho estatal, do Estado de direito, da democracia e do bem-estar social. É esse aspecto institucional do direito que interessa a Habermas sobretudo; e a forma-direito, segundo ele, é a chave da compreensão crítica da institucionalidade jurídica.

O que, no entanto, é a forma-direito?

2. A forma-direito e a legitimação do Estado de direito e do direito (segundo comentário)

Para elaborar uma resposta a tal questão – O que é a forma-direito em Habermas? –, pode-se partir da seguinte passagem de *Facticidade e validade*:

⁶ “Cultura é como denomino o estoque de saber no qual os participantes da comunicação se proveem de interpretações na medida em que eles se entendem sobre algo em um mundo. *Sociedade* é como denomino os ordenamentos legítimos através do quais os participantes da comunicação regulam sua pertença a grupos sociais e, assim, asseguram a solidariedade. Por *personalidade* entendo as competências que tornam um sujeito capaz de falar e agir, que, portanto, colocam-no em condição de participar de processos de entendimento e, neles, afirmar sua própria identidade” (HABERMAS, 1982b, p. 209).

Outra passagem de outra obra elucida as funções sociais assumidas por aqueles “três núcleos estruturais do mundo da vida”: “A *reprodução cultural* garante que (na dimensão semântica) situações novas sejam ligadas a estados mundanos existentes: assegura a continuidade da tradição e uma coerência do saber que seja suficiente para as necessidades de entendimento da práxis cotidiana. A *integração social* garante que situações novas (na dimensão do espaço social) sejam ligadas a estados mundanos existentes; encarrega-se da coordenação de ações através de relações interpessoais legitimamente reguladas e perpetua a identidade de grupos. A *socialização* de membros, por fim, garante que situações novas (na dimensão do tempo histórico) sejam ligadas a estados mundanos existentes; garante, para gerações posteriores, a aquisição de capacidades generalizadas de ação e se encarrega da conciliação entre histórias de vida individuais e formas de vida coletivas” (HABERMAS, 1985, p. 398).

“Para Weber, o Estado de direito recebe sua legitimação, em última análise, não da forma democrática da formação política da vontade, mas só das premissas do exercício da dominação política na forma-direito – a saber, da estrutura abstrata de regra das leis, da autonomia da jurisdição, bem como da vinculação das leis, e da estrutura ‘racional’ da administração” (p. 98).

Nessa passagem, Habermas, por um lado, rejeita a redução weberiana da legitimação do Estado de direito (e do próprio direito) às características formais do direito⁷. Ao mesmo tempo, Habermas, por outro lado, assume a explicitação weberiana das características formais do direito e, com isso, começa a esclarecer o que entende por forma-direito. Como se explica, no entanto, esse duplo posicionamento de Habermas em relação a Weber?

Em primeiro lugar, Habermas opõe-se ao tratamento weberiano do direito na medida em que tal tratamento corresponde a certo estreitamento funcionalista do direito: na medida em que o direito é compreendido por Weber apenas “nos limites de sua sociologia da dominação”; apenas tendo em vista as “funções que o direito desempenha para a organização (na forma de competências) e o exercício da dominação legal”; apenas tendo em mira sua “relação funcional com a dominação burocrática da instituição estatal racional” (p. 98). Não é que Habermas se oponha a todo e qualquer tratamento funcionalista do direito, já que sua própria compreensão da forma-direito é uma compreensão declaradamente funcionalista (a isso se voltará adiante). O que ele rejeita em Weber é tão somente que, na sociologia weberiana da dominação, “a função própria de integração social do direito não encontre a atenção devida” (p. 98). Portanto, para Habermas, uma compreensão funcionalista adequada do direito não deve cercar-se à análise das funções que o direito exerce para a burocracia estatal e para a economia capitalista, mas deve ampliar seu escopo a fim de analisar as funções que o direito exerce para a integração social – para a compensação dos déficits pragmáticos, éticos e morais de uma integração social não mais convencional⁸.

Ademais, o que Habermas rejeita em Weber é um específico estreitamento positivista da legitimação do Estado de direito⁹: o Estado de direito, para Weber, legitima-se meramente em virtude da forma que o direito adquire na modernidade. Para Habermas, porém, algo mais que a forma do direito moderno é necessário para que o Estado de direito se legitime, a saber, a formação da opinião pública e da vontade coletiva mediante discursos (e negociações) racionais em esferas públicas políticas informais e formais.

No final das contas, Habermas pretende ir além de Weber no tratamento do direito em dois sentidos: analisar as funções que o direito preenche para uma integração social perpassada por conflitos pragmáticos, dissensos ético-políticos e desentendimentos morais; e tornar explícito que, na sociedade moderna, a dominação política apenas pode tornar-se legítima na medida em que seja organizada e exercida na forma de um direito criado segundo procedimentos deliberativos (consistentes com as pressuposições incontornáveis de discursos racionais) instalados nas esferas públicas políticas.

7 Em suas *Tanner lectures*, Habermas sublinhara quanto a Weber: “É a racionalidade intrínseca à própria forma-direito que assegura a legitimidade do poder exercido em formas jurídicas” (HABERMAS, 1988, p. 219).

8 Nesse sentido, a abordagem habermasiana do direito é tanto funcionalista como normativa e, portanto, não é meramente funcionalista nem puramente normativa. A esse respeito, Pinzani (2001).

9 Em suas *Tanner lectures*, Habermas enfatizara que, com a tese da racionalidade formal do direito, “Weber sustentou um conceito positivista do direito: o direito é precisamente o que o legislador político – quer democrático, quer não – decreta como lei de acordo com um procedimento institucionalizado juridicamente. [...] O direito moderno deve poder legitimar o poder exercido de modo formalmente jurídico através de suas próprias características formais. Essas características devem ser demonstradas como sendo ‘racionais’ sem qualquer referência à razão prática no sentido de Kant ou Aristóteles. Segundo Weber, o direito possui sua própria racionalidade, independente da moralidade” (HABERMAS, 1988, p. 219).

Em segundo lugar, não obstante suas duas grandes ressalvas à sociologia weberiana do direito, Habermas está de acordo com a explicitação weberiana das características formais do direito na modernidade – mas não com a hipostasiação weberiana dessas características. Em suas *Tanner lectures*, seis anos antes da publicação de *Facticidade e validade*, Habermas retomara tais características formais. Também em *Teoria da Ação Comunicativa*, cinco anos antes de suas conferências na Universidade de Harvard, Habermas já havia procedido à mesma retomada. No entanto, há visíveis e significativas variações entre esses esforços de retomada¹⁰; além disso, entre eles, de um lado, e a concepção habermasiana da forma-direito em *Facticidade e validade* (concepção que Habermas adota até hoje), de outro, há uma discrepância que não pode ser subestimada: a partir de 1992, a forma-direito, para Habermas, consiste, no fundo, na forma direito subjetivo (a isso se voltará adiante).

Em todo caso, o que, em última análise, importa nas duas retomadas habermasianas da explicitação weberiana da forma-direito é uma compreensão crítica da forma-direito que estava ausente em Weber. Enquanto Weber congela historicamente a forma-direito, ou seja, atribui ao direito moderno características formais “essenciais” e, portanto, “fixas”, mas próprias apenas da forma-direito predominante no capitalismo liberal e concorrencial, Habermas descortina o caráter construído e mutável da própria forma-direito. Para Habermas, a constituição da própria forma-direito é levada a efeito politicamente; e é suscetível às transformações na estruturação e no funcionamento da sociedade. Assim, a forma-direito não se estabelece pré-politicamente ou com independência completa em relação à elaboração e à imposição políticas; e a forma-direito não é uma couraça impenetrável na qual se deteriam mesmo as mais agudas mudanças sociais; em lugar disso, a forma-direito é moldada em resposta política tanto às renovações de velhos conflitos, dissensos e desentendimentos como a novos desgastes da integração social¹¹. É esse o sentido da seguinte passagem de *Facticidade e validade*:

[As normas jurídicas] não derivam do fundo de interações simples, mais ou menos desenvolvidas naturalmente ou a partir de si mesmas, as quais são como que encontradas. A forma jurídica da qual se vestem essas normas foi formada apenas no decorrer da evolução social. Em contraposição às regras de interação desenvolvidas naturalmente ou a partir de si mesmas, as quais só podem ser avaliadas sob o ponto de vista moral, as normas jurídicas têm um caráter artificial – elas formam uma camada de normas de ação intencionalmente produzidas e reflexivas, quer dizer, aplicáveis a si mesmas. Por isso, o princípio da democracia deve não apenas estabelecer um procedimento de criação legítima do direito, mas também *conduzir a própria produção do medium-direito* (p. 142-143).

Para Habermas, pois, a própria forma-direito não é natural e não deve ser compreendida como uma instituição empedernida, inalterável, fossilizada em sua constituição predominante, mas antes é artificialmente produzida e, por isso, deve ser compreendida como uma instituição politicamente concebida, estabelecida, perpetuada e transformável. Uma vez que a própria forma-direito é artificialmente produzida, ela não está imune ao princípio da democracia, de acordo com o qual “somente podem reivindicar validade legítima as leis jurídicas que possam encontrar o assentimento de todos os parceiros jurídicos num processo

10 Em *Teoria da ação comunicativa*, Habermas havia adotado a explicitação weberiana das seguintes “três características formais”, ou “características estruturais”, do direito moderno: a positividade, o legalismo e a formalidade. A positividade significa que “o direito moderno vale como direito positivamente estatuído”, ou seja, “expressa a vontade de um legislador soberano”. Já o legalismo significa que “o direito moderno não imputa quaisquer motivos éticos às pessoas do direito, mas apenas uma obediência jurídica geral”. E a formalidade significa que “o direito moderno define âmbitos do arbítrio legítimo de pessoas privadas”, âmbitos nos quais “é permitido tudo que não seja juridicamente proibido” (HABERMAS, 1982a, p. 351-352). Já em suas *Tanner lectures*, Habermas havia endossado a explicitação weberiana das seguintes “qualidades formais” do direito moderno: “sistematização do corpus jurídico”; “a forma da lei abstrata e geral”; e “procedimentos estritos que limitem a discricção de juízes e administradores” (HABERMAS, 1988, p. 222-223).

11 Habermas anota, em suas *Tanner lectures*, uma crítica a Weber por sua compreensão *estática*, por assim dizer, da forma-direito: “O que Weber descreveu como a ‘materialização’ do direito civil é hoje reconhecido como a onda de regulação jurídica associada ao Estado de bem-estar social. Ela tem a ver não com o crescimento quantitativo (com a crescente densidade e profundidade) da regulação nas disposições jurídicas de uma sociedade complexa. [...] O direito como um *medium* generalizado não apenas é mais amplamente utilizado; a forma-direito também muda de acordo com os imperativos de um *novo tipo* de exigência” (p. 220).

discursivo de criação do direito, processo constituído, por sua vez, juridicamente” (p. 141). Assim, a constituição da própria forma-direito deve ser realizada democraticamente, caso essa forma não abdique de qualquer pretensão de validade legítima. Disso decorre que, para Habermas, “o princípio do direito não forma um elo intermediário entre o princípio moral e o princípio da democracia, mas apenas o reverso do próprio princípio da democracia” (p. 123). A própria forma-direito não pode ser senão uma cristalização temporária (pois problematizável e alterável num contexto social de justificação pós-tradicional) da autodeterminação de cidadãos.

Para resumir, o que Habermas mantém da sociologia weberiana do direito equivale a uma aquisição teórica triádica. Primeiro, trata-se da abordagem teórico-social do direito, em contraposição à abordagem doutrinário-jurídica do direito: em vez de analisar o direito com o enfoque da doutrina jurídica, Habermas o faz com o enfoque da teoria social¹² – o que, aliás, é requerido por seu objetivo de apresentar os ônus de integração social que o direito contrai na modernidade. O enfoque da teoria social permite a Habermas não hipostasiar a forma-direito (não a abstrair de sua produção social), bem como lhe permite não analisar a forma-direito unicamente sob um ponto de vista positivista, restringido a uma descrição alegadamente neutra da forma-direito predominante, a qual Habermas pode, antes, analisar criticamente na medida em que pode descortinar sua imbricação na sociedade dada. Segundo, trata-se da explicitação das características formais do direito, embora Habermas registre variações em suas retomadas da explanação weberiana e, em última análise, prescindida dela em sua concepção plenamente amadurecida (adotada em 1992) da formalidade jurídica: o que importa aqui é que Habermas, seguindo a trilha aberta por Weber, não faz vista grossa para (tampouco desdenha) a relevância da análise teórico-social da forma-direito. Terceiro, trata-se da concessão a Weber de que uma parte da (mas não toda a) legitimação do Estado de direito provém da (ou, antes, está embutida na) forma-direito: o sistema dos direitos fundamentais é, segundo Habermas, uma parte central da construção da legitimidade política¹³ (o que deve ficar claro adiante).

3. A forma-direito e o funcionamento societal do direito (terceiro comentário)

A fim de compreender mais minuciosamente a estratégia teórico-social empregada por Habermas para elucidar a forma-direito, pode-se partir da seguinte passagem de *Facticidade e validade*:

“Porque a forma-direito não é, de modo algum, um princípio que se deixasse ‘fundamentar’ quer epistêmica, quer normativamente” (p. 143).

Essa passagem servirá como mote para comentar a abordagem funcionalista do direito que Habermas emprega¹⁴. Imediatamente, chama a atenção que Habermas negue à forma-direito o estatuto de um princípio epistêmico ou normativo. A forma-direito não é, como o princípio do discurso, um princípio

12 Habermas abre o jogo em suas *Tanner lectures*: “Minhas reflexões têm um caráter normativo. Todavia, [...] eu estou desenvolvendo-as não da perspectiva da doutrina jurídica, senão que da perspectiva da teoria social” (HABERMAS, 1988, p. 220).

13 Na medida em que a forma-direito é confrontada com o princípio do discurso e, pois, é moldada pelas próprias pessoas do direito cujo *status* jurídico ela constrói (através de um sistema dos direitos); e na medida em que a forma-direito passa a constituir-se como um sistema dos direitos fundamentais (que, por sua vez, são a formalização jurídica da autonomia dos cidadãos) – é nessa medida que a forma-direito confere legitimidade ao Estado de direito. Essa interpretação encontra apoio nesta passagem: “pressupondo que os sujeitos constituintes querem fundamentar deliberativamente uma associação voluntária de parceiros do direito livres e iguais *na linguagem do direito moderno*, eles só podem tomar sua primeira decisão soberana depois de terem se esclarecido *in abstracto* a respeito de que liberdades subjetivas de ação eles precisam conceder-se mutuamente para poderem regular legitimamente uma matéria qualquer *com os meios do direito moderno*. Sem o propósito de adjudicar-se reciprocamente direitos ao modo das conhecidas e clássicas categorias de direitos fundamentais, faltaria ao legislador em geral o *medium* [...] para a positivação legítima do direito” (HABERMAS, 2014, p. 101).

14 Vale ressaltar que, no Capítulo III de *Facticidade e validade*, a abordagem funcionalista do direito de Habermas restringe-se a uma análise da divisão de funções, por assim dizer, entre moral e direito na modernidade.



eminentemente epistêmico; e tampouco é, como os princípios da moral e da democracia, um princípio eminentemente normativo. O princípio do discurso, Habermas frisa, “simplesmente expressa o sentido das exigências pós-convencionais de fundamentação”, o que lhe instila um forte caráter epistêmico: ele apenas enuncia o que procedimentalmente se exige de pretensões de validade em geral que são criticáveis e falíveis, aceitáveis ou rejeitáveis somente com base no melhor argumento; Habermas até observa que há algo de normativo no princípio do discurso, “porque ele explicita o sentido da imparcialidade de juízos práticos”; no entanto, Habermas reafirma o eminente caráter epistêmico do princípio do discurso: já que é altamente abstrato, ele, “apesar desse teor normativo [imparcialidade], *ainda é neutro* em face da moral e do direito”, ou seja, ele não se refere a normas morais ou jurídicas em particular, mas a “normas de ação em geral” (p. 138). Eis a formulação que Habermas, então, confere ao princípio do discurso: “D: Válidas são precisamente as normas de ação com as quais todos os possivelmente afetados [cujos interesses são afetados] poderiam concordar como participantes em discursos racionais” (p. 138).

O princípio da moral, por sua vez, surge tão somente a partir de uma “especificação do princípio geral do discurso para aquelas normas de ação que só podem ser justificadas sob o ponto de vista da igual consideração de interesses”; além disso, ele diz respeito exclusivamente às questões práticas colocadas de tal maneira que “a humanidade ou uma pressuposta república de cidadãos mundiais forma o sistema de referência para a fundamentação de regulações que sejam no igual interesse de todos” (p. 139). Assim, o princípio da moral possui um eminente caráter normativo em dois sentidos: primeiro, ele não diz respeito a normas de ação em geral e, portanto, não diz respeito às condições básicas de validação de pretensões de validade em geral – em vez disso, ele diz respeito às normas especificamente morais, isto é, à correção moral em particular, melhor dito, unicamente ao que é moralmente justificável e devido; segundo, o princípio da moral possui dois núcleos normativos, a saber, a igualdade e a universalidade, numa palavra, a igual consideração dos interesses (discursivamente filtrados) de todos os seres humanos¹⁵. É essa ligação entre a referência exclusiva à normatividade moral, de um lado, e os dois núcleos característicos da normatividade moral, de outro, que torna o princípio da moral um princípio, acima de tudo, normativo.

O princípio da democracia, por seu turno, surge tão só a partir de uma “especificação [do princípio do discurso] para aquelas normas de ação que aparecem na forma-direito e podem ser justificadas com a ajuda de razões pragmáticas, ético-políticas e morais – e não só com razões morais” (p. 139). O que é característico do princípio da democracia, por conseguinte, é: (1) a formalização jurídica de normas de ação, ou seja, a veiculação social dessas normas com a forma-direito; (2) a absorção de questionamentos práticos de três lógicas diferentes, a saber, pragmáticos, ético-políticos e morais, que não foram resolvidos informalmente e passam, pois, a carecer de uma resolução formal. Assim, além de questionamentos morais, estão sob a alçada do princípio da democracia também os questionamentos ético-políticos, nos quais “a forma de vida de ‘nossa respectiva’ comunidade política constitui o sistema de referência para a fundamentação de regulações que valem como a expressão de uma autocompreensão coletiva consciente”; e os questionamentos pragmáticos, nos quais “conflitos de interesses carecem de uma mediação racional entre posicionamentos valorativos e situações de interesses concorrentes”, de modo que “a totalidade dos grupos sociais ou subculturais imediatamente envolvidos constitui o sistema de referência para a celebração de compromissos” (p. 139). É precisamente na conexão do princípio da democracia, primeiro, com a normatividade peculiar à forma-direito (a isso se voltará mais adiante) e, segundo, com o teor normativo das questões morais, ético-políticas e pragmáticas que reside o caráter eminentemente normativo de tal princípio.

15 Noutro lugar, Habermas resume os dois núcleos do princípio da moral na expressão *universalismo igualitário*, “o qual requer igual respeito por e igual consideração de todos” (HABERMAS, 2005, p. 1).

Retomando o fio da meada lançado no início deste terceiro comentário: a forma-direito não é, de modo algum, um princípio no sentido em que o são o princípio do discurso, por um lado, e os princípios da moral e da democracia (especificações normativas daquele), por outro. Nem a forma-direito é uma explicitação das condições procedimentais básicas de validação das normas de ação em geral; nem a forma-direito é uma expressão das condições procedimentais básicas de validação das normas jurídicas¹⁶. Em vez de um princípio, a forma-direito é uma expressão do funcionamento societal do direito, isto é, das funções que o direito exerce para a integração social: “a constituição da forma-direito torna-se necessária para compensar os déficits que surgem com a decomposição da eticidade tradicional” (p. 145). O direito tem de assumir essas funções porque, de um lado, a eticidade tradicional tornou-se simplesmente convencional e, pois, problematizável do ponto de vista de uma moral de princípios¹⁷; de outro, a moral racionalizada da modernidade é, antes de tudo, um saber cultural que só precariamente se conecta com as instituições sociais e os processos de socialização-individação e, assim, só tibiamente se conecta com o agir: “[a moral racional] não mais mantém, de si mesma, qualquer contato, por assim dizer, com os motivos que emprestam aos juízos morais impulso para a práxis e com as instituições que se encarregam de cumprir realmente expectativas morais justificadas” (p. 145). Em face da “improbabilidade de processos de socialização que fomentem competências tão exigentes” (p. 146) como as que a moral racionalizada requer, o direito deve prover um complemento institucional à tênue eficácia de tal moral no plano da personalidade: “Como o direito está estabelecido, concomitantemente, nos planos da cultura e da sociedade, ele pode *compensar* as fraquezas de uma moral racional presente primariamente como saber” (p. 146).

O direito complementa a moral em três aspectos, a saber, cognitivo, motivacional e organizacional. Em primeiro lugar, a moral racionalizada é marcada por uma “*indeterminação cognitiva*” no tocante não só à fundamentação, mas também (e principalmente) à aplicação de normas morais: é que a moral racionalizada “não pode distinguir um catálogo de deveres, sequer uma série de normas ordenadas hierarquicamente, mas exige dos sujeitos que formem um juízo próprio” (p. 147). Não obstante, a “*facticidade da criação do direito*” absorve e compensa essa indeterminação cognitiva, tendo em conta que: “O legislador político decide quais normas valem como direito, e os tribunais resolvem o conflito interpretativo sobre a aplicação de normas vigentes, mas carentes de interpretação, para todas as partes, de modo simultaneamente refletido e definitivo” (p. 147). Em segundo lugar, a moral racionalizada é marcada por uma “*incerteza motivacional* sobre o agir conduzido por princípios conhecidos”: é que o indivíduo “deve conseguir a força de agir segundo conhecimentos morais, eventualmente mesmo contra interesses próprios, ou seja, deve colocar em sintonia dever e inclinação” (p. 148). Em face do “problema da fraqueza da vontade”, a “*facticidade da execução do direito*”, com suas ameaças e imposições de sanções, encarrega-se de assegurar “o comportamento conforme com as normas” (p. 148). Em terceiro lugar, a moral racionalizada é marcada por uma flagrante *insuficiência organizacional*: a consciência moral universalista impõe deveres cujo cumprimento ultrapassa a capacidade fática dos esforços individuais, de modo que se torna requerido o estabelecimento de organizações confiáveis e eficazes (quer se trate de criar novas, quer se trate de reformar as já existentes), a fim de que a cooperação dos esforços individuais proporcione o cumprimento de deveres morais. Habermas chama esse problema de “*imputabilidade de obrigações*”: a quem se deve atribuir a responsabilidade pela satisfação de obrigações associadas a deveres morais? O que

16 Em Habermas, pois, a forma-direito não equivale àquilo que alguns doutrinadores do direito, tais como Hans Kelsen e Robert Alexy, chamam de “norma fundamental” – não é uma norma fundamental procedimental. Ver o Subcapítulo I do Capítulo V de Kelsen (2015); e o Subcapítulo III do Capítulo 3 de Alexy (2011).

17 “[A] moral e o direito vão diferenciar-se da eticidade tradicional, uma vez que ela não fornece mais uma base suficiente para a socialização regulada segundo normas. Com a crescente individuação de formas de vida, as pessoas passaram a orientar suas ações a partir de pontos de vista cada vez mais heterogêneos e conflitantes, se não irreconciliáveis entre si, acarretando a dificuldade de encontrar-se uma base [ética] comum para a regulação de suas ações. Quando uma pessoa procura orientar sua ação na solução de determinado problema prático, ela o faz, muitas vezes, apoiando-se em certa concepção do que entende ser bom para sua própria vida, ou, ainda, visando alcançar certos propósitos pessoais” (KEINERT, HULSHOF, MELO, 2008, p. 76).

ele tem em vista é: “Quanto mais a consciência moral se rege por orientações valorativas universalistas, tanto maiores se tornam as discrepâncias entre incontroversas exigências morais, de um lado, e coerções organizatórias e resistências à transformação, de outro” (p. 149). No entanto, em compensação a esse déficit de imputabilidade da moral racionalizada, o direito “pode estabelecer competências e fundar organizações, ou seja, produzir um sistema de imputações que não só se refere a pessoas do direito naturais, mas também a sujeitos jurídicos fictícios como corporações e institutos” (p. 149).

Em última análise, pois, a forma-direito, segundo Habermas, é moldada para funcionar societalmente como uma compensação dos déficits cognitivo, motivacional e organizacional da moral racionalizada.

4. A forma-direito e o sistema dos direitos fundamentais (quarto comentário)

Considere-se, agora, a seguinte passagem de *Facticidade e validade*:

Podemos, agora, amarrar as diversas linhas argumentativas para fundamentar um sistema dos direitos que faça valer a autonomia privada e a autonomia pública dos cidadãos *com igual peso*. Esse sistema deve conter precisamente os direitos fundamentais que os cidadãos devem conceder-se reciprocamente caso queiram regular sua convivência de modo legítimo com os meios do direito positivo (p. 151).

Essa passagem deixa claro que Habermas estabelece uma relação estreita entre um sistema dos direitos talhado para a efetivação das autonomias privada e pública, por um lado, e a forma-direito, por outro. É que tal sistema dos direitos resulta da autodeterminação coletiva discursivamente construída e juridicamente formalizada. Noutras palavras: o sistema dos direitos fundamentais é aquilo que se consegue da forma-direito, primeiro, quando os cidadãos querem usá-la para resolver seus conflitos, dissensos e desentendimentos de modo legítimo e, segundo, quando aquela forma é, ela própria, democraticamente moldada para esse fim. Em última análise, *o sistema dos direitos fundamentais é o desdobramento da forma-direito numa sociedade cujo direito é criado democraticamente* – de maneira que há uma relação de cooriginariedade entre direitos fundamentais e soberania popular¹⁸. Neste quarto e último comentário, trata-se de sustentar essa interpretação como apresentando fielmente *a concepção habermasiana madura, definitiva e atual da forma-direito*.

O primeiro passo que Habermas dá para explicitar a imbricação entre forma-direito e direitos fundamentais é dar conta de que, uma vez que o direito passa a funcionar como complemento institucional de uma moral racionalizada, mas cognitivamente indeterminada, motivacionalmente incerta e organizacionalmente insuficiente, o direito passa a dar vazão à ação com base no interesse próprio (em contraposição à ação com base no dever moral). Na medida em que o direito passa a assegurar o agir moralmente neutralizado, ele passa a expressar-se primordialmente sob a forma direito subjetivo, pois passa a tratar, acima de tudo, de conferir às pessoas privadas direitos subjetivos, os quais são a formalização jurídica de liberdades subjetivas – a formalização jurídica da autonomia privada: “O *medium*-direito como tal pressupõe direitos que definem o *status* de pessoas do direito como portadoras de direitos em geral. Tais direitos são talhados na medida da liberdade de arbítrio de atores tipificados e isolados, ou seja, na medida de liberdades subjetivas de ação que são concedidas condicionalmente” (p. 151). Deve-se notar que, na primeira frase dessa passagem, Habermas estabelece uma relação de necessária pressuposição entre a forma-direito e os direitos nos quais consiste a capa protetora da personalidade juridicamente construída: a forma-direito pressupõe necessariamente tais direitos porque funciona societalmente como garante da autonomia em seu sentido geral e, além disso, como complemento institucional de uma moral racionalizada que requer igual

¹⁸ É também nesse sentido que se pode interpretar a seguinte passagem d’*A constelação pós-nacional*: “Os direitos fundamentais liberais e políticos fundamentam um *status* de cidadania que é autorreferencial na medida em que confere aos cidadãos democraticamente unidos o poder de *moldar* legislativamente seu próprio *status*. A longo prazo, somente um processo democrático que proporcione uma apropriada provisão e uma distribuição equitativa de direitos será considerado como legítimo e instituirá a solidariedade” (HABERMAS, 1998, p. 117).

consideração e igual respeito por todos, ou seja, que a autonomia moral de todos seja levada a sério. Por conseguinte, *os direitos que conformam a personalidade do direito são a formalização jurídica da autonomia, que é societalmente prometida, bem como moralmente devida, a todo ser humano*; por conseguinte, ademais, os direitos que conformam a personalidade do direito conferem às pessoas do direito autonomia jurídica; por conseguinte, por fim, emerge um inextricável entrelaçamento entre forma-direito, direitos fundamentais e autonomia, tão logo a forma-direito é, ela mesma, exposta ao discurso racional e discursivamente moldada, em vez de ser petrificada como “fora de questão” e como independente das próprias pessoas do direito. A segunda frase daquela passagem, por sua vez, mostra que, de um ponto de vista lógico – do ponto de vista da lógica do desenvolvimento do direito moderno –, os direitos subjetivos, os quais asseguram liberdades de arbítrio, são a primeira classe de direitos que surgem da forma-direito: para compensar os déficits da moral racionalizada, o direito alivia o agir de seus fardos morais e dos ônus da comunicação voltada para o entendimento, o que se traduz precisamente em direitos subjetivos.

O segundo passo que Habermas dá para tornar explícito que a forma-direito e os direitos fundamentais se encontram entremeados é descortinar que, para que seja possível não só uma autonomia moral que, anterior e superior ao direito, seria simplesmente carimbada pelo direito, mas, antes, uma “autonomia realizada *no medium do próprio direito*” – para que seja possível uma autonomia construída juridicamente –, é necessária a “autolegislação *dos cidadãos*”, quer dizer, é necessário “que aqueles que, como destinatários, estão sujeitos ao direito possam, ao mesmo tempo, compreender-se como autores do direito” (p. 153). Caso a autonomia garantida pelo direito se reduzisse ao endosso ou à reverberação de uma autonomia moral pré-jurídica e supralegal, os cidadãos poderiam ter de suportar o “paternalismo de uma ‘dominação das leis’, à qual permanecem submetidos os sujeitos do direito politicamente heterônomos em conjunto” (p. 154). Por conseguinte, para evitar a entronização da autonomia moral¹⁹, a qual acarretaria o rebaixamento do direito e a subtração da autonomia política, a criação do direito não pode ser senão democrática. A criação democrática do direito, por sua vez, requer a “institucionalização jurídica das condições de um exercício democrático da autonomia política”, de modo que, em última análise, “o código do direito e o mecanismo da produção de direito legítimo, a saber, o princípio da democracia, constituem-se *cooriginariamente*” (p. 155). A criação democrática do direito é, então, indissociável de “direitos fundamentais à participação com iguais chances nos processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os cidadãos exercem sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo” (p. 156). Por isso, Habermas conclui, “o princípio da democracia só pode aparecer como cerne de um *sistema* dos direitos” (p. 155). Desse modo, a própria forma-direito está entremeadada com o princípio da democracia: a constituição mesma da forma-direito não escapa ao princípio da democracia; em vez disso, a forma-direito se constitui num entrelaçamento logicamente necessário com o princípio da democracia. O princípio da democracia, por sua vez, toma a forma jurídica específica dos direitos fundamentais de participação política.

O terceiro passo que Habermas dá em direção à explicitação do entrançamento da forma-direito com os direitos fundamentais reside na própria apresentação do sistema dos direitos²⁰. Segundo ele, as categorias de direitos que são logicamente geradas a partir da aplicação do princípio do discurso à forma-direito

19 “O núcleo da argumentação de Habermas consiste em mostrar que, com a diferenciação entre moral e direito, não é a primeira que oferece o fundamento normativo a este último. Porém, se a moral não consiste no fundamento normativo do direito, os direitos humanos, inscritos na prática de autodeterminação dos cidadãos e interpretados estritamente como direitos jurídicos, ainda possuem conteúdo moral” (KEINERT, HULSHOF, MELO, 2008, p. 82). Além disso, os mesmos autores, no mesmo texto, esclarecem que, “ainda que a moral fique circunscrita à lógica da argumentação e à dinâmica dos discursos no processo político [em última análise, ao âmbito dos saberes culturais], nenhuma norma de ação pode ser transformada em norma jurídica se contradisser, de alguma maneira, ‘o ponto de vista moral’, que é o da justiça” (p. 87). No final das contas: “O direito positivo moderno não pode mais ser simplesmente subordinado a uma moral superior, ainda que esteja (junto com a política) afinado com a moral – na medida em que os processos legislativos permitem que razões morais migrem para o direito” (WERLE, SOARES, 2008, p. 118).

20 Sobre a reconstrução habermasiana do sistema dos direitos fundamentais, ver Repa (2010).

“produzem o próprio código-direito na medida em que elas estabelecem o *status* de pessoas do direito” (p. 155). Enquanto as três primeiras categorias de direitos constroem o *status* de pessoas do direito privadamente autônomas que “mutuamente se reconhecem, em primeiro lugar, em seu papel de *destinatárias* de leis”, a quarta categoria de direitos cria o *status* de pessoas do direito publicamente autônomas, de modo que “os sujeitos do direito adquirem também o papel de *autores* de seu ordenamento jurídico” (p. 156). Por sua vez, a quinta categoria de direitos é instrumental em relação à elaboração do *status* de pessoas do direito dotadas de autonomia privada e autonomia pública: essa última categoria de direitos possibilita aos cidadãos “modificar sua posição jurídica material com o objetivo de interpretar e conformar as autonomias privada e pública” (p. 156); isto é, permite-lhes que concedam a si próprios condições de vida social, técnica e ecologicamente asseguradas na medida necessária à “fruição, com chances iguais, dos direitos de cidadania [das quatro primeiras categorias] sob as circunstâncias prevalentes” (p. 157). No final das contas, a forma-direito, após conjugada com o princípio do discurso, emerge como um *sistema dos direitos de liberdade individual, participação política e participação social* que os cidadãos devem conceder uns aos outros a fim de resolver seus problemas de integração social legitimamente. Pode-se, então, concluir que, já que a moderna forma-direito não pode ser senão discursivamente construída, ela logicamente se desdobra num sistema de direitos fundamentais.

O quarto passo que Habermas dá para colocar em evidência que há uma interconexão indissolúvel entre a forma-direito e os direitos fundamentais é sublinhar que as categorias de direitos fundamentais que ele aponta e caracteriza são simplesmente *insaturadas*, ao invés de *saturadas*. Com isso, Habermas, ao mesmo tempo, deixa subentendido que tais categorias de direitos fundamentais possuem um *pronunciado caráter formal*. É que as categorias insaturadas delineadas por Habermas não meramente espelham os tipos de direitos fundamentais deste ou daquele catálogo constitucional empiricamente dado; muito menos devem ser impostas a tais catálogos como um modelo abstrato que deveria ser copiado nos processos constituintes reais – Habermas leva a sério a autonomia política. Antes, as categorias insaturadas de Habermas são os recursos jurídico-formais dos quais os cidadãos se proveem na modernidade para regular jurídica e legitimamente sua convivência – começando pela definição da própria forma-direito que empregarão para tal fim. Como o direito tem de estabilizar expectativas normativas de comportamento e resolver disputas normativas, ele mesmo tem de ser um *medium* estável e, por isso, tem de formalizar-se, isto é, adquirir alguma forma na qual os conteúdos juridificados possam ser veiculados, reivindicados e impostos e na qual desemboque a criação do direito. Ademais, essa forma tem de ser compatível com o princípio do discurso: ela não pode prejudicar a criação democrática do direito. Essa forma, na modernidade, é a dos direitos fundamentais, forma que Habermas, usando das categorias insaturadas, só reconstrói em sua formalidade.

5. A forma-direito e a economia capitalista (uma crítica)

Com os comentários acima, fica patente que a forma-direito é um conceito central na teoria discursiva do direito e da democracia oferecida por Habermas em 1992. É precisamente com tal conceito que Habermas consegue elucidar o direito como um ordenamento normativo-institucional que desempenha funções básicas de integração social que são indispensáveis na sociedade moderna, a saber, a estabilização institucional de expectativas normativas de comportamento e a resolução institucional de questões normativas de diferentes tipos (pragmáticas, ético-políticas e morais) que se fizerem publicamente ressonantes. Dado que o emprego societal da forma-direito diz respeito a expectativas *normativas* de comportamento e a questões *normativas* de diferentes tipos, o direito é um ordenamento normativo-institucional preñado de pretensão de legitimidade e cuja legitimidade, no entanto, não pode ser derivada meramente de características formais “essenciais” e, pois, “fixas” do próprio direito. Em vez disso, a legitimidade do direito só pode ser alcançada através do entrelaçamento profundo da forma-direito com o princípio do discurso, segundo o qual a validade de normas de ação em geral depende de sua aceitabilidade em discursos racionais nos quais

tomem parte todos os concernidos²¹. Assim, a forma-direito, sendo inseparável, por uma incontornável questão de legitimidade, de seu entrelaçamento com o princípio do discurso, não pode ser totalmente reduzida à imposição unilateral e arbitrária de padrões comportamentais nem ao tratamento autoritário e/ou tecnocrático de conflitos pragmáticos, dissensos ético-políticos e desentendimentos morais. A própria forma-direito não é senão historicamente construída, logo suscetível de modificação: em última análise, ela mesma pode ser discursivamente modelada.

A teoria discursiva do direito constitui, sob esse aspecto, uma teoria da forma-direito como uma forma social que modernamente se torna indissociável do princípio do discurso. Ao nível moderno da legitimação *democrática* da dominação política, corresponde, assim, um estágio bastante avançado do processo histórico de “linguistificação do sagrado” no que diz respeito ao próprio direito. E a dissolução linguística da sacralidade jurídica diz respeito não somente aos conteúdos juridicamente formalizados ou formalizáveis, mas também à própria forma-direito²². A moderna forma-direito não se dissolve linguisticamente de modo irrestrito, a ponto de converter-se num princípio do direito²³. Inobstante, as características formais do direito moderno não podem ser pré-discursivamente tornadas inacessíveis ao princípio do discurso²⁴. Ademais, a destranscendentalização a que Habermas submete a razão e a teoria kantiana da razão também inclui o abandono do princípio kantiano do direito em favor da consideração teórico-social da forma-direito e em favor da introdução de um princípio da democracia (princípio resultante do entrelaçamento do princípio do discurso com a moderna forma-direito). A questão fundamental, portanto, a respeito da forma-direito na modernidade não concerne à formulação transcendental de um princípio do direito, mas à realizabilidade normativo-institucional da emancipação: Como a forma-direito historicamente disponível poderia ser discursivamente configurada para possibilitar a legitimação democrática do Estado de direito e do próprio direito e, assim, possibilitar a realização da autonomia dos indivíduos e grupos sociais?

21 De um lado, portanto, o direito funciona societalmente estabilizando institucionalmente expectativas normativas de comportamento e resolvendo institucionalmente questões normativas publicamente ressaltadas, o que alivia a ação de sua orientação para o entendimento racional; e, de outro lado, legitima-se com base em sua criação discursiva. Do prisma da teoria social, isso significa que “o direito se liga internamente à capacidade integradora da ação comunicativa, ao mesmo tempo que a exonerar da realização fática de processos de coordenação da ação” (REPA, 2008, p. 64). E, do prisma da teoria política, significa que o direito é o *medium* da transformação do poder comunicativo em poder administrativo, de modo que há uma correlata “tensão entre facticidade e validade [...] interna ao direito, a saber, uma tensão entre o poder gerado comunicativamente na esfera pública e o poder administrativo do Estado” (WERLE, SOARES, 2008, p. 118).

22 Essa ideia será útil para Habermas mais tarde, especificamente para que ele empregue a teoria do discurso para conceituar o direito criado por arranjos institucionais supranacionais, tais como a União Europeia: “O que eu concebo, sob o ponto de vista da ciência política, como uma outra *fluidificação da substância violenta decisionista do exercício da dominação* [no âmbito político supranacional] aparece, sob o ponto de vista jurídico, como uma alteração na composição do *medium* jurídico” (HABERMAS, 2014, p. 105). Essa modificação interna do *medium* jurídico requer “um conceito flexibilizado de direito” (HABERMAS, 2014, p. 108) de acordo com o qual o componente de legitimidade do direito pode até se tornar mais enfático que o componente de coercitividade do direito, o que, segundo Habermas, ocorre, de fato, no direito criado pela União Europeia.

23 Se chegasse a reduzir a forma-direito a um princípio do direito, Habermas acabaria adotando uma estratégia teórica normativista, e não uma estratégia teórica funcionalista. Ele mesmo, porém, ressalta: “não propus qualquer fundamentação normativa do Estado de direito como tal. Dou-me por satisfeito com uma explicação funcional sobre por que deveríamos privilegiar as ordens do direito positivo [...]. Por enquanto, não vejo qualquer equivalente para essa forma de estabilizar as expectativas de comportamento” (HABERMAS, 2018c, p. 488).

24 É por isso que, em *Facticidade e validade*, Habermas abandona a concepção do direito como *medium* da integração sistêmica. Se o direito fosse *medium* da integração sistêmica, a forma-direito teria de ser, assim como o dinheiro e o poder burocrático, uma forma social deslinguistificada e, portanto, normativamente vazia. Assim, no entanto, a forma-direito se tornaria incompatível com a democracia, impermeável ao poder comunicativo. Porém, tal incompatibilidade da forma-direito com a democracia contradiria a pretensão de legitimidade ínsita ao próprio direito moderno, o qual “se ajusta a uma consciência moral pós-tradicional de cidadãos que não estão mais dispostos a seguir comandos, a não ser por boas razões” (HABERMAS, 1999, p. 938).

Com os quatro comentários precedentes, todavia, fica igualmente patente que a conceituação habermasiana da forma-direito tem uma considerável limitação, a saber: ainda que Habermas pretenda conceituar a forma-direito tendo como norte as funções de integração social que o direito desempenha na modernidade, essa sua pretensão é cumprida apenas parcialmente, ou seja, tendo como norte tão somente a diferenciação/complementação funcional entre moral racionalizada e direito positivo na modernidade²⁵. Ao mesmo tempo, o enfoque teórico-social que Habermas pretende imprimir a sua conceituação da forma-direito, em contraposição ao enfoque da doutrina jurídica, também é realizado somente em parte: é que, exatamente como a doutrina jurídica, cujos expoentes se ocuparam com a conceituação do direito principalmente através de sua diferenciação em relação à moral, Habermas conceituou a forma-direito principalmente pelo caminho de um contraste (caracteristicamente funcionalista, sem sombra de dúvida) dela com uma moral que é mais fluida e instável do que sólida e firme dos pontos de vista cognitivo, motivacional e organizacional.

Além disso, se Habermas pretende superar o estreitamento positivista de Weber, ele cumpre essa sua pretensão, mas não integralmente: embora Habermas não tenha cedido, de modo algum, a um positivismo jurídico que separa, de maneira rígida e peremptória, o direito da moralidade²⁶, ele não conseguiu alargar a conceituação da forma-direito para além do plexo de relações entre o direito, de um lado, e a eticidade, a moralidade e a política, de outro; assim, faltou-lhe, especialmente, ir até o plexo de relações entre o direito positivo e o modo de produção preponderante. Porém, uma teoria crítica do direito guiada pelo interesse na emancipação não pode ceder ao positivismo no tocante à análise do nexos funcional entre o direito positivo e o modo de produção de mercadorias (é tipicamente positivista turvar esse nexos), tendo em conta que a reprodução material da sociedade moderna tem dependido essencialmente do sistema capitalista, como Habermas, ele mesmo, ressalta em *Teoria da ação comunicativa*. Se a sociedade estabelecida é uma sociedade capitalista, cuja dinâmica de desenvolvimento geral é capitaneada pela economia capitalista e cujo princípio de organização é determinado pelas relações de produção capitalistas, há, portanto, relações profundas entre a configuração predominante da forma-direito e o modo de produção capitalista: essas relações historicamente entranhadas e decisivas não são, porém, sistematicamente analisadas por Habermas²⁷.

Fica, então, patente que Habermas, embora recorra pesadamente a Immanuel Kant na análise da relação entre direito e moral, não leva adiante um *insight* de Kant sobre a relação entre direito positivo e economia capitalista, *insight* que desfruta, no entanto, de centralidade na filosofia do direito kantiana, a saber: Kant concebe implicitamente a relação entre *máxima igual liberdade e propriedade privada* como uma tensão

25 “Habermas clarifica o conceito de forma jurídica com a ajuda da distinção kantiana entre direito e moral” (DUTRA, 2005a, p. 202).

26 Habermas se contrapõe explicitamente tanto ao positivismo jurídico como ao jusnaturalismo: “os positivistas, de um lado, concebem as normas jurídicas como expressões vinculantes da vontade superior de autoridades políticas” e, assim, “não podem explicar como a legitimidade pode surgir da mera legalidade”. De outro lado, os jusnaturalistas “derivam a legitimidade do direito positivo, imediatamente, de uma lei moral superior”, estabelecendo “uma hierarquia de leis cujo topo é ocupado pela lei natural, a qual é explicada de modo metafísico ou religioso”. Porém, essa “assimilação do direito à moralidade borra diferenças importantes entre ambos”. A conclusão de Habermas é, pois, que “nem a legitimidade do direito deve ser assimilada à validade moral, nem o direito deveria ser completamente separado da moralidade” (HABERMAS, 1999, p. 938).

27 A pressuposição teórica contida na hipótese da existência de relações profundas entre a forma-direito predominante na sociedade capitalista, de um lado, e o modo de produção capitalista, de outro, é que a sociedade capitalista não pode ser criticamente compreendida pelo isolamento artificial de esferas parciais ou subsistemas estanques. Aliás, essa é uma pressuposição teórica tipicamente marxista, teórico-crítica também. Edward Palmer Thompson, por exemplo, adota-a sistematicamente em seus trabalhos históricos: ele defende que, “em qualquer sociedade dada, não podemos compreender as partes a não ser que compreendamos a função e os papéis que elas exercem umas em relação às outras e em relação ao todo” (THOMPSON, 1978, p. 133). Ele defende, nas palavras de Ellen Meiksins Wood, “a existência, nas relações de produção, de uma lógica unificadora que se impõe em toda a sociedade, na complexa variedade de sua realidade empírica, de uma forma que nos permite falar de uma ‘ordem feudal’ ou ‘sociedade capitalista’”. Isso, porém, não significa mero determinismo econômico, pois é preciso levar a sério “o desafio proposto por Marx: como abranger a especificidade histórica, bem como a ação humana, enquanto se reconhece dentro delas a lógica dos modos de produção” (WOOD, 2015, p. 58-59).

entre validade e facticidade interna ao direito positivo, isto é, como a tensão entre o *princípio do direito* e o *postulado racional-prático da propriedade*²⁸. É que, na filosofia do direito kantiana, a propriedade privada não se deixa reconciliar, nem clara nem facilmente, com a igualdade inata das pessoas²⁹, tendo em conta que ela introduz uma desigualdade entre o proprietário privado e os excluídos (todas as outras pessoas) em relação à coisa possuída por aquele, sendo que tal desigualdade deriva meramente de um ato que, em sua origem, é unilateral e arbitrário (não recíproco, não consentido legislativamente), um ato do proprietário privado. Assim, se o princípio do direito requer que todas as pessoas sejam igualmente livres de acordo com leis coercitivas gerais, o postulado racional-prático da propriedade requer que todas as pessoas se curvem, por assim dizer, perante a apropriação factual, isolada, permanente e até remota das coisas, apropriação que, porém, não deixa espaço para a concordância racional das pessoas afetadas pela proibição de se apossarem, mesmo que temporária e urgentemente, das coisas arrebatadas pela apropriação individual. Se o princípio do direito implica a igualdade formal de todas as pessoas, no sentido de que nenhuma seja unilateralmente prostrada ante o arbítrio de outrem, o postulado racional-prático da propriedade implica uma desigualdade material que pode desfavorecer tão drasticamente uns em face de outros, que pode conduzir à desigualdade política, a saber, à dependência e à subordinação dos despossuídos em relação às pessoas abastecidas de posses³⁰.

É essa tensão (a qual, para Kant, é interna ao direito positivo) entre o direito positivo e uma economia baseada na propriedade privada que Habermas não retomou nem desenvolveu. Sem dúvida, tampouco Kant tematizou profundamente a relação entre direito positivo e economia capitalista, tendo mantido a relação entre direito positivo e propriedade privada apenas no horizonte da independência política de uma pessoa em relação a outras pessoas, não tendo descortinado, pois, os mecanismos sociais impessoais e abstratos de restrição e até destruição da autonomia política – até porque, quando Kant escreveu sobre o direito positivo e a propriedade privada, a economia capitalista ainda não se encontrava a pleno vapor, o que somente ocorreria no século seguinte, o XIX. Contudo, Habermas não se bateu com Kant nesse ponto para levar adiante a teorização crítica do direito numa sociedade capitalista.

28 O princípio universal do direito diz: “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” (KANT, 2014, p. 35). Já o postulado jurídico da razão prática, do ponto de vista subjetivo, diz positivamente: “É possível ter como meu qualquer objeto externo de meu arbítrio”; e, do ponto de vista universal, diz negativamente: “uma máxima de acordo com a qual, caso se tornasse lei, um objeto do arbítrio teria de tornar-se *em si* (objetivamente) *sem dono* (*res nullius*) é contrária ao direito” (KANT, 2014, p. 52). O postulado jurídico da razão prática equivale, então, a “uma lei permissiva (*lex permissiva*) da razão prática que nos confere uma autorização que não poderíamos derivar de meros conceitos do direito em geral; a saber, a autorização de impor a todos os outros uma obrigação, que eles não teriam sem isso, de se absterem do uso de certos objetos de nosso arbítrio, porque nos apossamos deles primeiro” (KANT, 2014, p. 53).

29 A igualdade inata é “a independência que consiste em não ser obrigado por outros a mais do que podem também ser obrigados reciprocamente” (KANT, 2014, p. 43).

30 “Em suma, em um sistema de direitos inatos, todos são livres e iguais. Na posse física [no estado de natureza], a posse é recíproca e provisória. Porém, quando o sistema se expande para albergar o exercício da liberdade sobre coisas mesmo não estando sob a posse física do agente, o que Kant chama de posse sem detenção, tal igualdade é ferida, pois [aquela expansão] impõe unilateralmente uma obrigação sobre os demais que é incompatível com a liberdade deles, pois a pessoa passa a obedecer não mais à lei que ela se dá, mas ao ato unilateral do outro ao apropriar-se de algo. O ato de posse inteligível invade a liberdade do outro (sua liberdade de usar aquilo de que ele poderia apossar-se fisicamente, inclusive para efeitos de sobrevivência). Tal ato fere o princípio universal do direito” (DUTRA, 2005b, p. 75-76).



É certo que, assim como em *Teoria da ação comunicativa*, Habermas, em *Facticidade e validade*, compreende o direito como um meio ambivalente³¹ de integração da sociedade moderna. É certo que, em ambas as obras, mas principalmente na primeira, Habermas não negligenciou a investigação da relação entre o direito positivo e o subsistema econômico. Não obstante, particularmente no que diz respeito à análise da forma-direito na obra de 1992, ele deixou de lado a clarificação de como a forma-direito conecta-se com as relações estruturantes (apropriação privada dos meios sociais de produção, trabalho individual assalariado), com as formas interacionais (troca, mercadoria, contrato), com os mecanismos integradores (dinheiro, mercado, divisão do trabalho social) e com as pré-condições sociais fundamentais (trabalho feminilizado de reprodução social, expropriação e subjugação racializadoras, poderes políticos estáveis e legítimos, natureza predatoriamente usada) da economia capitalista³².

Restaram sem resposta, então, perguntas importantes para uma teoria crítica do direito, tais como: Tendo em conta que o sistema dos direitos racionalmente reconstruído por Habermas guarda uma relação flagrante com os capítulos das constituições contemporâneas (trata-se, sobretudo, daquelas que se estabeleceram depois de 1945) referentes a direitos fundamentais³³, tendo em conta, pois, que esse sistema dos direitos é altamente plausível de um ponto de vista empírico, em que consiste a relação que ele mantém com a economia capitalista, largamente preponderante contemporaneamente? Se tal sistema dos direitos foi articulado numa análise baseada prevalentemente na diferenciação/complementação funcional entre direito e moral, sem que a relação funcional entre o direito positivo e o subsistema econômico entre na análise expressa e detalhadamente, não há algo mais a explicitar sobre o referido sistema dos direitos que sua importância para a asseguarção político-jurídica da autonomia das pessoas? Os direitos fundamentais realmente podem servir para uma domesticação jurídica da economia capitalista numa sociedade na qual tal economia já se fixara, encontra-se avançada e aparece como uma segunda natureza, por assim dizer? Uma teoria social que abandona expressamente a economia política (como o faz a teoria social habermasiana) é suficiente para elucidar a relação entre direito positivo e economia capitalista, relação que fora simplificada, de certo modo, na crítica marxiana da economia política, relação que, ao que tudo indica, é muito complexa e intrincada?

Além disso, com os quatro comentários antecedentes acerca da centralidade da forma-direito na teoria crítica do direito que Habermas fornece em 1992, fica patente que falta a tal teoria uma análise mais detalhada da forma social historicamente específica que é o direito subjetivo³⁴. Dito com palavras precisas: falta-lhe uma análise que proporcionasse uma resposta a uma questão que aparece como incontornável para uma

31 “Para Habermas, o direito se apresenta como um *medium* de integração ligado não apenas às fontes próprias do agir comunicativo, mas também às fontes sistêmicas da economia e do poder administrativo. De um lado, pois, o direito se mantém ligado às fontes de integração comunicativa pelos processos de formação democrática da vontade; de outro, as instituições do direito privado e do direito público possibilitam o estabelecimento de mercados e a organização de um poder do Estado [...]. Segundo Habermas, essa ambivalência do direito permite a ele exercer funções em face de toda a sociedade. Entretanto, o autor não deixa de ressaltar que o direito tem também um caráter extremamente ‘ambíguo’: de um lado, abre canais para que os imperativos provenientes de interações comunicativas alcancem os subsistemas econômico e burocrático com a pretensão de seu direcionamento legítimo; de outro, os subsistemas podem servir-se da força legitimadora da forma jurídica a fim de disfarçar uma imposição meramente factual do poder administrativo e do poder econômico” (SILVA, MELO, 2012, p. 139-140).

32 Em todo caso, há, em Habermas, uma ampla, densa e complexa crítica do capitalismo. A esse respeito, Rodrigues (2021).

33 O próprio Habermas observa que “os parágrafos das constituições históricas referentes aos direitos fundamentais podem ser compreendidos como modos contextuais de ler o *mesmo* sistema dos direitos” (HABERMAS, 1994, p. 162).

34 “Direito subjetivo” no sentido da doutrina jurídica, não no sentido principal que Habermas lhe dá em sua apresentação do sistema dos direitos – isto é, não no sentido de direito que assegura uma liberdade subjetiva que diz respeito à autonomia privada dos cidadãos. Em todo caso, o próprio Habermas frisa que todos os direitos fundamentais são direitos subjetivos. Ele diz, por exemplo, com relação aos direitos fundamentais diretamente relacionados à autonomia pública dos cidadãos: “os direitos fundamentais políticos também assumem a forma de direitos subjetivos públicos e, por isso, podem ser interpretados como liberdades de ação subjetivas. Nas ordens jurídicas modernas, cabe aos cidadãos decidir livremente como pretendem usar seus direitos de comunicação e de participação” (HABERMAS, 2018c, p. 440).

teoria crítica do direito que, por um lado, defende a necessidade de *levar a sério o aspecto propriamente institucional do direito moderno* e, por outro, sustenta que o encontro entre o princípio do discurso e a forma-direito (em suma, a configuração democrático-deliberativa da própria forma-direito) desemboca num *sistema dos direitos fundamentais que asseguram as autonomias privada e pública dos cidadãos*. Essa questão (na verdade, uma constelação de questões) é a seguinte: Em que consiste o direito subjetivo enquanto forma social característica da modernidade? Onde, nessa forma social, reside precisamente seu suposto potencial emancipatório, isto é, seu suposto teor democrático? Há, nessa forma social, algum componente intrínseco que bloqueie ou mesmo inverta seu suposto cerne democrático?³⁵ Em que medida a carência congênita e constitutiva que os direitos subjetivos têm de serem concretamente interpretados, disputados e até judicialmente “tutelados” para ganharem densidade e precisão em termos de conteúdo e para serem resgatados de suas recorrentes colisões entre si não neutraliza ou mesmo transforma em seu contrário o suposto núcleo democrático de tais direitos?³⁶ Essa constelação de questões pode ser resumida assim: Em que medida o direito subjetivo enquanto forma social é uma mediação jurídica da convivência dos cidadãos que faça jus ao princípio democrático?

Não responder a isso é contraditório com o objetivo de levar a sério a institucionalidade jurídica, pois equivaleria a pressupor que nada há de institucionalmente opaco ou resistente na forma social que é o direito subjetivo, pressupor que essa forma social não implicaria qualquer significativa refração institucional do princípio democrático. Ademais, não responder àquela constelação de questões é contraditório com o objetivo de encontrar na forma social do direito subjetivo uma asseguarção confiável, por assim dizer, das autonomias privada e pública dos cidadãos: não basta que o direito subjetivo seja externamente assegurador dessas autonomias, é necessário que ele as assegure também internamente, sendo ele mesmo consistente com elas. É necessário que a forma-direito enquanto forma social especificamente jurídica seja demonstrada como relativamente adequada para possibilitar institucionalmente a realização sistemática das autonomias privada e pública consideradas como cooriginárias.

O fulcro dessa problemática consiste em que não é bastante que Habermas adote, de modo coerente com seu paradigma procedimentalista do direito, um conceito intersubjetivista de direito subjetivo³⁷. Esse conceito de direito subjetivo como relação entre pessoas de direito igualmente livres é próprio da teoria social. Por isso, ele tem, decerto, a vantagem de ligar-se estreitamente a um conceito de sociedade desenvolvido de modo sistemático. Em todo o caso, o caráter teórico-social do conceito habermasiano de direito subjetivo não afasta a necessidade de aprofundar a análise crítica, ou seja, de desdobrá-la no âmbito próprio da doutrina jurídica: e isso a fim de elucidar como a forma do direito subjetivo enquanto forma especificamente jurídica, constituída por (com os recursos de) e no interior de um ordenamento jurídico como sistema normativo societalmente específico, seria capaz de assegurar as autonomias privada

35 O próprio Habermas, aliás, aponta a existência de uma tensão entre as liberdades comunicativas e a forma do direito subjetivo (forma na qual as liberdades comunicativas são constitucionalmente institucionalizadas): Habermas sublinha a “circunstância, paradoxal à primeira vista, de que os direitos fundamentais políticos devem institucionalizar o uso público das liberdades comunicativas *na forma* de direitos subjetivos. O código do direito não deixa outra escolha” (HABERMAS, 1994, p. 164). Os direitos subjetivos, porém, “asseguram liberdades que funcionam, de imediato, como capas protetoras para a busca autônoma dos planos de vida *individuais*” (HABERMAS, 2018c, p. 452).

36 Robert Alexy, autor, assim como Habermas, de uma teoria discursiva do direito, é crítico do tratamento habermasiano tanto da tensão entre direitos fundamentais e democracia como do problema das colisões entre direitos fundamentais: ver, a esse respeito, Alexy (1994). Como Habermas poderia reagir às objeções doutrinário-jurídicas de Alexy?

37 Habermas se posiciona contra a “interpretação individualista possessiva dos ‘direitos’, que predominou por longo tempo”, adotando, antes, “um conceito intersubjetivo do direito”, conceito segundo o qual “os direitos são de natureza relacional, pois instituem ou estabelecem relações de reconhecimento simétrico. Também os direitos privados, que, em casos de conflitos, podem ser reivindicados um contra o outro, decorrem de uma ordem jurídica que exige *de todos o reconhecimento recíproco* de cada um como pessoa de direito livre e igual e, dessa forma, garante o respeito igual a cada um. Essa ordem jurídica só pode ser legítima se resultar de uma prática *comum* de autodeterminação cidadã” (HABERMAS, 2018c, p. 487).



e pública dos cidadãos. Isso implica que uma teoria crítica do direito moderno não pode limitar sua análise crítica ao âmbito geral da teoria social, mas tem também de executá-la no âmbito particular da doutrina jurídica: afinal de contas, a doutrina jurídica é a única entre as ciências que se ocupa inteiramente com a investigação do direito enquanto tal, de maneira que ela é indispensável para uma análise crítica das possibilidades efetivas da emancipação por meio do direito moderno e em meio à sociedade capitalista. Especialmente no que tange à forma-direito, a importância da doutrina jurídica para uma teoria crítica do direito moderno e da sociedade capitalista é ingente: a investigação sistemática da forma-direito é precisamente a tarefa central da doutrina jurídica.

Embora o método da reconstrução racional, aplicado ao direito moderno, vise, acima de tudo, apresentar o teor normativo emancipatório que a forma-direito logicamente adquire quando é não só democraticamente empregada, mas também democraticamente moldada, ele não supre nem suprime a necessidade de uma análise: (1) das estruturas sociais concretas em cujo quadro os direitos fundamentais são, de fato, conquistados e estabelecidos; (2) dos processos institucionais concretos através dos quais os direitos fundamentais são, de fato, formulados e realizados; (3) das condições comunicacionais concretas sob as quais os direitos fundamentais são, de fato, interpretados e reivindicados. O direito democraticamente criado é inseparável desse seu triplo contexto fático. Assim, uma teoria crítica do direito moderno não pode proceder metodologicamente senão pela interconexão dialética entre a reconstrução racional do potencial emancipatório do direito democraticamente criado e uma análise da facticidade sócio-histórica na qual esse direito se encontra imerso e da qual ele não pode ser abstraído. Nessa interconexão dialética, a forma-direito constitui um elo central. Na sociedade capitalista, a forma-direito prevalente pode ser empregada e moldada de modo ambivalente, contraditório mesmo: ela pode ser empregada e moldada tanto democraticamente como, ao mesmo tempo, capitalisticamente, ou seja, de modos propícios à dominação capitalista. Assim, na democracia constitucional da sociedade capitalista, a tensão entre democracia e capitalismo perpassa e marca a própria forma-direito.

Apresentar como a forma-direito é perpassada e marcada pela tensão entre democracia e capitalismo é, pois, uma tarefa indispensável para uma teoria crítica do direito moderno, ou seja, para uma teoria crítica do direito da formação social modernamente prevalecente, a saber, a sociedade capitalista. Se ainda somos contemporâneos dos hegelianos de esquerda³⁸, e se é a Karl Marx que a Teoria Crítica remonta³⁹, cabe recordar que a tarefa básica de uma teorização crítica do nexos funcional entre direito e economia capitalista já havia sido assumida e iniciada por Marx, especialmente quando ele pusera em relevo, em 1852, a formulação contraditória (libertadora e, concomitantemente, repressiva) e a realização restritiva (classistamente unilateral e arbitrária) dos direitos fundamentais conferidos aos cidadãos franceses pela Constituição da Segunda República, de 1848⁴⁰. De acordo com Marx, o caráter concretamente contraditório

38 “A permanente contemporaneidade dos jovens hegelianos alemães se baseia em que eles rompem com as pressuposições do idealismo e, apesar de se voltarem decididamente para o pensamento materialista e histórico, mantêm elementos essenciais de um conceito não empirista de razão. Porque, no curso da dessublimação do espírito absoluto, tiveram de pensar sobre a posição ambivalente do espírito objetivo, eles limpam o chão do pensamento pós-metafísico” (HABERMAS, 2019, p. 560).

39 Marx realiza “a transição da filosofia hegeliana do direito para o projeto de uma teoria crítica da sociedade”, de modo que, “a partir de então, a ‘sociedade’ é o conceito fundamental que compreende todas essas esferas [do espírito objetivo, a saber: família, sociedade civil e Estado], inclusive o Estado” (HABERMAS, 2019, p. 625).

40 “O inevitável estado-maior das liberdades de 1848, ou seja, liberdade pessoal, liberdade de imprensa, de expressão, de associação, de reunião, de ensino e religião etc., recebeu um uniforme constitucional que o tornou inviolável. Cada uma dessas liberdades foi proclamada como direito *incondicional* do *citoyen* francês, cada uma, porém, dotada da nota marginal de que seriam irrestritas enquanto não fossem limitadas pelos ‘*mesmos direitos dos outros*’ e pela *segurança pública*, ou por ‘leis’ que visam mediar justamente essa harmonia das liberdades individuais entre si e com a segurança pública. [...] Mais tarde, essas leis orgânicas foram implementadas pelos amigos da ordem, e todas aquelas liberdades foram regulamentadas de tal modo que a burguesia, ao gozar delas, não ficasse chocada ao ver as demais classes gozarem dos mesmos direitos. Quando ela proibiu ‘aos outros’ essas liberdades ou lhes permitiu gozá-las sob condições que implicavam outras tantas armadilhas policiais, isso ocorreu sempre no interesse da ‘segurança pública’, isto é, da segurança da burguesia, como prescreve a Constituição” (MARX, 2011, p. 41-42).

e restritivo dos direitos fundamentais na experiência constitucional francesa de 1848 a 1851 era devido, em última análise, à contradição e à restrição da própria democracia, a qual se adstringia a uma democracia política e formal, não procedendo a uma democratização social e substancial. Ao invés disso, a ordem social francesa era materialmente marcada pela dominação da classe capitalista, dominação que só podia reproduzir-se ao preço da limitação da democracia a formas jurídicas e políticas estreitamente compatíveis com o conteúdo de tal dominação, ou seja, com as relações de produção capitalistas, com a dinâmica de acumulação privada sem fim de capital e com as desigualdades socioeconômicas daí decorrentes⁴¹. Como, porém, esse *insight* marxiano – o *insight* da existência de uma compatibilidade profunda entre, de um lado, as formas jurídicas e políticas que se impõem estavelmente na sociedade capitalista e, de outro, o conteúdo da dominação classista da produção e da distribuição da riqueza social – poderia ser desenvolvido hoje pela Teoria Crítica sem recair em qualquer determinismo economicista simplificador? E como tal *insight* marxiano poderia ser retomado sem obnubilar o *insight* habermasiano do entrelaçamento profundo da forma-direito com o princípio do discurso nas democracias constitucionais?

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. 1994. Basic rights and democracy in Jürgen Habermas's procedural paradigm of the law. *Ratio Juris*, v. 7, n. 2, p. 227-238.

_____. 2011. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes.

DUTRA, Delamar José Volpato. 2005a. A teoria discursiva do direito. In: _____. *Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, p. 189-240.

_____. 2005b. Propriedade e ajuda aos pobres na doutrina do direito de Kant. In: BORGES, Maria de Lourdes; HECK, José N. (orgs.). *Kant: liberdade e natureza*. Florianópolis: Editora da UFSC, p. 71-97.

FINLAYSON, James Gordon. 2019. *The Habermas-Rawls debate*. New York: Columbia University Press.

HABERMAS, Jürgen. 1982a. *Theorie des kommunikativen Handelns*. B. 1: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

_____. 1982b. *Theorie des kommunikativen Handelns*. B. 2: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

_____. 1985. *Der philosophische Diskurs der Moderne: zwölf Vorlesungen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

_____. 1988. Law and morality. Translated by Kenneth Baynes. In: MCMURRIN, Sterling M. (ed.). *The Tanner lectures on human values*. v. 8. Salt Lake City: University of Utah Press, p. 217- 279.

_____. 1994. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

⁴¹ Habermas, certamente, não ignora nem repele essa crítica marxiana: “O direito moderno deve garantir uma igual distribuição de *direitos subjetivos* para todos. Tais liberdades funcionam como um cinturão protetivo para a busca, empreendida por cada pessoa, de suas próprias preferências e orientações axiológicas e, assim, se ajustam ao padrão da tomada descentralizada de decisão (padrão que é especialmente necessário para sociedades de mercado)” (HABERMAS, 1999, p. 937-938).

- _____. 1998. *Die postnationale Konstellation: politische Essays*. Frankfurt am Main, Suhrkamp.
- _____. 1999. *Between facts and norms: an author's reflections*. *Denver Law Review*, v. 76, n. 4, p. 937-942.
- _____. 2005. Equal treatment of cultures and the limits of postmodern liberalism. Translated by Jeffrey Flynn. *The Journal of Political Philosophy*, v. 13, n. 1, p. 1-28.
- _____. 2014. Palavras-chave para uma teoria discursiva do direito e do Estado democrático de direito. In: _____. *Na esteira da tecnocracia: pequenos escritos políticos XII*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora Unesp, p. 97-115.
- _____. 2018a. Reconciliação pelo uso público da razão. In: _____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, p. 107-145.
- _____. 2018b. “Razoável” versus “verdadeiro”, ou a moral das imagens de mundo. In: _____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, p. 147-189.
- _____. 2018c. Réplica às contribuições no Simpósio da Cardozo Law School. In: _____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, p. 437-556.
- _____. 2019. *Auch eine Geschichte der Philosophie*. B. 2: Vernünftige Freiheit. Spuren des Diskurses über Glauben und Wissen. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- KANT, Immanuel. 2014. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Tradução de Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: Martins Fontes.
- KEINERT, Maurício Cardoso; HULSHOF, Monique; MELO, Rúrion Soares. Diferenciação e complementaridade entre direito e moral. 2008. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, p. 73-90.
- KELSEN, Hans. 2015. *Teoria pura do direito*. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes.
- MARX, Karl. 2011. *O 18 de brumário de Luís Bonaparte*. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo.
- PINZANI, Alessandro. 2001. A teoria jurídica de Jürgen Habermas: entre funcionalismo e normativismo. *Veritas*, v. 46, n. 1, p. 19-28.
- RAWLS, John. 1995. Reply to Habermas. *The Journal of Philosophy*, v. 92, n. 3, p. 132-180.
- REPA, Luiz. 2008. Direito e teoria da ação comunicativa. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, p. 55-71.
- _____. 2010. A teoria reconstrutiva do direito. Notas sobre a gênese lógica do sistema dos direitos fundamentais em Habermas. *Dois Pontos*, v. 7, n. 2, p. 141-156.
- _____. 2021. *Reconstrução e emancipação: método e política em Jürgen Habermas*. São Paulo: Editora Unesp.



RODRIGUES, Ivan. 2021. *A crítica do capitalismo de Jürgen Habermas: história, sistematização, crítica e uma proposta de reconstrução*. Florianópolis, 422 p. Tese de Doutorado em Filosofia. Universidade Federal de Santa Catarina.

SILVA, Felipe Gonçalves; MELO, Rúrion. 2012. Crítica e reconstrução em *Direito e Democracia*. In: NOBRE, Marcos; REPA, Luiz (orgs.). *Habermas e a reconstrução: sobre a categoria central da teoria crítica habermasiana*. Campinas: Papirus, p. 135-167.

THOMPSON, Edward Palmer. 1978. Eighteenth-century English society: class struggle without class? *Social History*, v. 3, n. 2, p. 133-165.

WERLE, Denilson L.; SOARES, Mauro V. 2008. Política e direito: a questão da legitimidade do poder político no Estado democrático de direito. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, p. 117-145.

WOOD, Ellen Meiksins. 2015. Repensar a base e a superestrutura. In: _____. *Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, p. 51-72.