

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

FILOSOFIA DO DIREITO

MARIA CRISTINA VIDOTTE BLANCO TARREGA

MARIA CLARA CALHEIROS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F478

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Maria Clara Calheiros; Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-491-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Pensamento jurídico. 3. Justiça Social.
VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

FILOSOFIA DO DIREITO

Apresentação

A coletânea que se apresenta ao leitor é o conjunto de textos expostos e debatidos no Grupo de Trabalho de Filosofia do Direito, do VII Encontro Internacional do CONPEDI, ocorrido na Universidade do Minho, na cidade de Braga, em Portugal. O Grupo propôs-se a apresentar um panorama histórico da filosofia do direito, tratando de temas como humanismo jurídico, juspositivismo e jusnaturalismo, direito e justiça, direito e ideologia, direito e fraternidade, direito e linguagem, principais correntes do pensamento jurídico contemporâneo, hermenêutica, crítica do direito, conhecimento extra-lógico do direito, filosofia do direito no Brasil, dimensões éticas e políticas do direito.

Contou com a apresentação e o debate de sete trabalhos que contemplaram diferentes correntes de pensamentos, textos esses escritos por autores originários de universidades brasileiras. Conforme a ordem aqui estabelecida para a publicação, os primeiros trabalhos analisam sistemas de pensamento, seguidos de reflexões que tratam de abordagens filosóficas aplicadas a questões de democracia e direitos humanos.

Sob o título de A essência da lei e a diversidade das leis: diálogo entre os paradigmas de São Tomás e Habermas, José Marcos Miné Vanzella, Lino Rampazzo refletem sobre a temática da essência da lei e da diversidade das leis, a partir do pensamento de São Tomás de Aquino. Discutem como elementos conceituais apresentados por São Tomás, continuam presentes no pensamento de Habermas e as suas modificações para justificar as ordens jurídicas atuais. Consideram os autores as circunstâncias de um teólogo que faz filosofia metafísica numa sociedade teocêntrica, e, de outro, um filósofo contemporâneo agnóstico que desenvolve a teoria do agir comunicativo em diálogo com a cultura atual.

No artigo “A História do mundo e desenvolvimento do direito: contribuição da filosofia de Hegel”, a autora Cristina Godoy Bernardo de Oliveira e o autor Rafael Meira Silva analisam a contribuição da filosofia hegeliana para se compreender a conexão da história com o desenvolvimento do conceito de direito e justiça. Verificam, no pensamento de Hegel, como aspectos norteadores a liberdade e a tolerância, considerando que para o pensador a concretização da consciência depende da diferença e do outro.

No texto “Hermenêutica analógica: uma heterodoxia ortodoxa nos limites (nem sempre textuais) do estado democrático de direito”, Mauricio Martins Reis apresenta a hermenêutica analógica, na perspectiva do pensador mexicano Jesús Antonio de la Torre Rangel, explicando como ela permite intensificar o que denomina militância crítica pela normatividade dos direitos humanos e sua acolhida diante da premente necessidade de efetivação deles. O autor procura trazer a interface da hermenêutica analógica com a restauração da filosofia prática no novo positivismo e no neoconstitucionalismo, considerada a perspectiva jurisprudencialista do jurista português Castanheira Neves.

Em “Controle de constitucionalidade e democracia: o debate entre Jeremy Waldron e Ronald Dworkin”, Débora Caetano Dahas enfoca o debate Waldron-Dworkin sobre o controle de constitucionalidade, considerando que para Dworkin importa o resultado no modelo democrático, sendo o controle de constitucionalidade instrumento importante para o exercício e a manutenção da democracia. A Autora apresenta a crítica de Waldron à visão de Dworkin sobretudo no que diz respeito ao controle de constitucionalidade para a solução de controvérsias constitucionais e considera, por si, aquele controle compatível com o estado democrático de direito.

Embasado sobretudo no pensamento de Agambem e Foucault, Alessandro Severino Valler Zenni constrói uma reflexão na qual argumenta que apesar dos textos constitucionais, o estado democrático de direito esconde uma “violência racionalizada que faz viver e deixa morrer, reduzindo o humano ao corpo nu sacralizado pelos direitos fundamentais.” No artigo “A a deposição da razão como garantia à dignidade de pessoa humana.” afirma o que se o “agir do humano tende à realização do econômico, e a ciência se vale da espécie para impor seus resultados, capturando-a como meio, a potência de não é o passo inaugural para profanar a razão e suas formas institucionais, abrindo ensejo ao Kairos e uma lei do Cristo singular e superposta à lei positiva que permite o devir pessoal no crer e amar.”

Rodolfo de Freitas Jacarandá analisa a sobreposição de normas em ambientes complexos. No artigo denominado “Sobreposição normativa na Amazônia Brasileira e os desafios para o fundacionalismo universalista em direitos humanos.”, discute a universalidade na aplicação de direitos humanos e os desafios disso em ambientes complexos. Analisa, o Autor, as condições propostas pelas teorias tradicionais do agir normativo e pela teoria do discurso, de Habermas, na proposição de respostas à sobreposição normativa na Amazônia Brasileira. Conclui pela insuficiência das referidas teorias para a solução dos conflitos graves encontrados em ambientes de profunda diversidade social e cultural.

“Sobre direitos humanos e democracia no âmbito global: a proposta de criação de uma corte constitucional internacional.”, apresentado por Maria Lucia de Paula Oliveira, tendo por marcos teóricos sobre temas de direitos humanos e democracia Habermas, Benhabib e Azmanova e o “experimentalismo democrático” de Mangabeira Unger, enfrenta a questão da criação de uma Corte Constitucional Internacional e a sua característica de privilegiar a efetivação dos direitos de participação política no âmbito interno dos Estados, incluindo a transparência do processo eleitoral, as liberdades de comunicação e expressão. Nesse aspecto consiste a inovação da proposta, segundo a Autora.

Os trabalhos são de extraordinária relevância acadêmica. Com os cumprimentos a Autoras e Autores, desejamos a todas e todos excelente leitura.

Braga, verão de 2017.

Maria Clara Calheiros

Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega.

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A ESSÊNCIA DA LEI E A DIVERSIDADE DAS LEIS: DIÁLOGO ENTRE OS
PARADIGMAS DE SÃO TOMÁS E HABERMAS**

**THE ESSENCE OF THE LAW AND THE DIVERSITY OF LAWS: A DIALOGUE
BETWEEN THE PARADIGMS OF ST. THOMAS AND HABERMAS**

**José Marcos Miné Vanzella
Lino Rampazzo**

Resumo

Este estudo pretende analisar a temática da essência da lei e da diversidade das leis, a partir do pensamento de São Tomás de Aquino desenvolvido em duas questões da Suma Teológica. Em seguida procura-se verificar como esses elementos conceituais apresentados por São Tomás, continuam presentes no pensamento de Habermas e quais modificações sofreram para justificar as ordens jurídicas hoje. De um lado, encontra-se um teólogo que faz filosofia metafísica numa sociedade teocêntrica, e, de outro um filósofo contemporâneo agnóstico que desenvolve a teoria do agir comunicativo em diálogo com a cultura atual.

Palavras-chave: Essência da lei, Dignidade humana, Diversidade das leis, São tomás, Habermas

Abstract/Resumen/Résumé

This study intends to analyze the thematic of the essence of the law and the diversity of the laws, from the thought of St. Thomas Aquinas developed in two questions of the Theological Summary. Next, we try to verify how these conceptual elements presented by St. Thomas are still present in Habermas's thought and what changes have been made to justify the legal orders today. On the one hand, there is a theologian who makes metaphysical philosophy, and on the other a contemporary agnostic philosopher who develops the theory of communicative action in dialogue with the current culture.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Essence of law, Human dignity, Diversity of laws, St tomás, Habermas

1 Introdução

Procura-se compreender neste ensaio qual a relação conceitual filosófica que existe entre São Tomás e Habermas, no que tange a questão da essência e diversidade das leis. O tema se justifica por tratar dos elementos mais fundamentais e universais que alicerçam a ordem jurídica legítima da sociedade, bem como sua diversidade: razão, vontade e liberdade. Trata-se de componentes da dignidade humana: elementos presentes no pensamento medieval e que, hoje também, são fundamentos da democracia e da cidadania na sociedade mundial.

Procura-se verificar como esses elementos conceituais apresentados por São Tomás, continuam presentes no pensamento de Habermas e quais modificações sofreram para justificar a lei e as ordens jurídicas hoje. Aborda-se o tema com metodologia de análise, hermenêutico-filosófica dos textos bibliográficos, a partir de obras dos dois autores.

Para compreender a relação entre os pensamentos de São Tomás e Habermas, precisa-se considerar, antes de mais nada, a distância temporal e paradigmática que existe entre ambos. Enquanto o primeiro é um teólogo medieval, que faz filosofia metafísica numa sociedade teocêntrica, o segundo é um filósofo contemporâneo agnóstico e pluralista que desenvolve a teoria do agir comunicativo num amplo e complexo diálogo com as ciências, a sociedade e a cultura de seu tempo.

Na primeira parte aborda-se a essência e a diversidade da lei no pensamento de São Tomás. Procura-se quanto à essência da lei, compreender suas causas: material, final, eficiente e formal. E, quanto à diversidade das leis, discutem-se os elementos da lei eterna, natural, humana, divina, antiga e “do pecado”.

Na segunda parte aborda-se a produção, finalidade e legitimidade da lei na democracia procedimental de Habermas. Parte-se da razão que produz a lei capaz de mover em Kant, como elemento paradigmático necessário para compreender a passagem do pensamento de São Tomás ao pensamento de Habermas. Aborda-se a razão comunicativa, como pano de fundo para a compreensão do direito e finaliza-se com a diferenciação da moral e do direito.

2 Essência e diversidade das leis no pensamento de São Tomás

A discussão tomasiana sobre o direito é indispensável para se entender suas reflexões sobre a própria lei, enquanto uma delimitação do próprio direito. Assim, na primeira parte da Segunda Parte da Suma Teológica encontra-se uma série de questões sobre a lei: a essência da

lei (q. 90), as espécies de lei (q. 91), os efeitos da lei (q. 92), a lei eterna (q. 93), a lei natural (q. 94), a lei humana (q. 95), o poder da lei humana (q. 96) e a mudança das leis humanas (q. 97). Analisam-se, nesta seção, as questões 90, 91 e 92.

2.1 A essência da Lei

A questão 90 leva por título: *De essentia legis, Sobre a essência da lei*. Sua noção é adquirida com a descrição das suas causas: a) *causa material* ou o que a produz, a saber, a razão (art. I); b) *causa final*, aquilo para o que a lei se ordena, o bem comum (art. II); c) *causa eficiente*, a razão comum daquele que tem a seu cuidado a comunidade (art. III); d) *causa formal* ou primeira manifestação de sua forma, sua promulgação (art. IV).

O art. I pergunta, no título, se a lei é algo da razão - *aliquid rationis*. Na resposta à questão, São Tomás parte da premissa segundo a qual a lei é certa regra e medida dos atos e por essa medida alguém é inclinado a agir ou é afastado da ação. Ora, a regra e medida dos atos humanos é a razão, seu primeiro princípio, pois cabe à razão ordenar para o fim que é o primeiro princípio do agir. Por consequência, a lei é *aliquid rationis*. A este respeito, o Doutor Angélico afirma que, nas obras da razão, deve considerar-se o próprio ato da razão, o entender e o raciocinar. E compara, logo em seguida, as atividades da razão especulativa com aquelas da razão prática. Se na razão especulativa tem-se a definição, a enunciação e a argumentação, na razão prática dá-se também certo silogismo. Esse silogismo da ação constrói-se a partir de proposições universais que têm a “razão de lei”, podendo por vezes ser consideradas “em ato”, ou conservadas pela razão “em hábito”.

Logo depois, São Tomás analisa o movimento provocado pela lei nos seus sujeitos, levando-os a agir retamente. O poder de mover é atribuído à razão, mediante a vontade, ou seja, quando alguém quer um fim, a razão ordena a respeito do que se refere ao fim. Esse "ordenamento" é um pôr em ordem, regular: a vontade de si mesma é "cega"; para que possa buscar o fim correto por meios corretos, precisa da regulação da razão. “Deste modo, compreende-se que a vontade do príncipe tenha força de lei; do contrário seria antes iniquidade do que lei.” (AQUINO, 1980, v. IV, p. 1733).

Em suma, as duas faculdades superiores do homem, a razão e a vontade, colaboram entre elas; e a vontade, para ter razão de lei, deve estar regulada pela razão, caso contrário *a vontade do príncipe seria antes iniquidade do que lei*. As leis são, assim, proposições imperativas universais da razão prática.

O art. II quer demonstrar que o bem comum é o fim da lei. Na sua argumentação, ele lembra mais uma vez que a lei é princípio dos atos humanos, por ser regra e medida. O primeiro princípio que concerne ao operar, o qual compete à razão prática, é o fim último. O fim último da vida humana é a felicidade. Desse modo, a lei deve visar, sobretudo, à ordenação para a felicidade.

Ora, a parte se ordena ao todo e o homem é parte de uma comunidade perfeita. Logo, a lei deve visar à ordenação para a felicidade comum, como o que lhe é próprio. Por isso qualquer outro preceito relativo a uma obra particular só possui razão de lei, se ordenado ao bem comum.

Se no art. I tinha sido afirmado que a lei é regra e medida dos atos humanos e por isso pertence ao primeiro princípio desses atos que é a razão prática, neste outro artigo assevera-se que, dentro da razão prática, há também um primeiro princípio, razão suprema de toda atividade e vida humana - a felicidade. Esse bem comum está formalmente para todos os homens e a todos os apetites do homem. Tal fim não é produzido pelos homens, mas é anterior e causa de toda atividade humana.

Além disso, baseando-se no fato de que toda parte se ordena a seu todo correspondente como o imperfeito ao perfeito, e que cada homem é parte de uma sociedade perfeita, afirma-se que é preciso que a lei que regula sua atividade se refira propriamente à felicidade comum. Segundo Aristóteles, aqui citado por São Tomás, tal ordenação se manifesta claramente na comunidade política e em seu bem comum próprio, que é a felicidade terrena.

Tem-se então que, sendo a lei uma proposição universal da razão prática, as proposições universais práticas devem referir-se a um bem universal e, portanto, não podem ter como objeto direto fins ou bens meramente particulares. Entretanto, tais atos particulares podem ser objeto da lei sempre que referidos ao bem comum, participando da comunidade do fim ou bem comum.

O art. III inicia-se com a pergunta se a razão de qualquer um pode ser produtiva da lei e, na resposta a ela, tem-se o seguinte:

A lei, própria, primária e principalmente, diz respeito à ordem para o bem comum. Ora, ordenar para o bem comum é próprio de todo o povo, ou de quem governa no lugar dele. E, portanto, legislar pertence a todo o povo ou a uma pessoa pública que o rege. Pois, sempre, ordenar para um fim pertence a quem esse fim é próprio. (AQUINO, 1980, v. IV, p. 1735).

De fato, continua São Tomás na sua argumentação, uma pessoa privada não pode induzir eficazmente alguém à virtude. Pode dar conselho, mas se seu conselho não for aceito, “não dispõe de força coativa”. Tal força coativa compete ao povo ou à pessoa pública.

E, por fim, o homem faz parte da casa e a casa faz parte da cidade. Ora a cidade é uma comunidade perfeita, conforme afirma Aristóteles. Disso pode-se deduzir que o bem de um só homem não é o fim último, mas se ordena ao bem comum; e o bem de uma casa se ordena ao de toda a cidade, que é uma comunidade perfeita. Portanto, quem governa uma família pode sem dúvida estabelecer certas ordens ou estatutos, mas que propriamente não constituem leis.

Conclui-se, pois, que a razão de qualquer um (*cuiuslibet ratio*) não pode ser produtiva da lei.

O art. IV discute se a promulgação faz parte da essência da lei.

Responde São Tomás que a lei impõe-se a outros como regra e medida. Ora, a regra e a medida impõem-se ao aplicar-se aos que são regulados e mensurados. Assim, para que a lei obtenha o vigor de obrigar, é preciso que se aplique aos homens que por ela devem ser regulados. Tal aplicação faz-se ao chegar ela ao conhecimento, por força da própria promulgação. Logo, é essa necessária para que a lei venha a ter seu vigor. Desse modo, conclui São Tomás, a lei pode definir-se como dotada destes quatro elementos: "*certa ordenação da razão para o bem comum, promulgada por aquele a quem cabe cuidar da comunidade*".

Na resposta às objeções, ele afirma que aqueles que não têm conhecimento da promulgação da lei são obrigados a observá-la, enquanto sabem ou podem saber por meio de outrem, da promulgação dela. E esta promulgação se estende ao futuro, mediante a eficácia da escrita, a qual, de certo modo, a promulga permanentemente.

Sem se afastar da noção de ligar, fica evidenciado, ainda, no pensamento tomasiano, que a lei é regra e medida das ações humanas, própria da razão ordenadora, cuja finalidade é promover o bem comum.

Enfim, é todo esse arranjo aguçado de racionalidades que permite identificar, portanto, no pensamento tomasiano uma profunda articulação entre a metafísica e a antropologia, a ética e a justiça, o direito e a lei.

2.2 A Diversidade das Leis

A questão 91 leva por título: *De legum diversitate, Sobre a diversidade das leis*. São Tomás apresenta seis espécies de lei: a) *a lei eterna* (art. I); b) *a lei natural* (art. II); c) *a lei humana* (art. III); d) *a lei divina* (art. IV); e) *a lei divina antiga e nova* (art. V); f) *a lei do pecado* (art. VI).

O art. I pergunta, no título, se existe uma lei eterna. Na resposta à questão, São Tomás lembra ter afirmado anteriormente, na questão 90, que “a lei não é mais do que um ditame da razão prática, do chefe que governa uma comunidade perfeita”. Ele, então, compara o “chefe que governa” com a “Divina Providência” que, com a razão divina, governa “toda a comunidade do universo”. Por este motivo a “razão” que governa as coisas “tem a natureza de lei”. E como a razão divina “nada concebe temporalmente, mas tem o conceito eterno”, conclui-se que essa lei é eterna (AQUINO, 1980, v. IV, p. 1737).

Em suma, a lei é *aliquis rationis*, algo da razão, como tinha afirmado no art. I da questão 90; e, na ordem do universo, existe uma razão e, por isso, uma lei. Mas como esta razão concebeu o mundo desde a eternidade, tal lei é eterna.

Na resposta às objeções, São Tomás esclarece que as coisas existiam eternamente, não em si mesmas, mas em Deus, “enquanto por ele pré-conhecidas e pré-ordenadas”. Por isso, a lei eterna tinha como destinatárias estas coisas pré-conhecidas. Além disso, a promulgação, que faz parte da essência da lei, como tinha sido afirmado no art. IV da questão 90, aconteceu de maneira eterna só por parte de Deus, mas não por parte da criatura. Por fim, ao contrário das outras leis, só a lei eterna é ordenada para o fim último, pois “o fim do governo divino é Deus mesmo.” (AQUINO, 1980, v. IV, p. 1737).

No art. II pergunta-se se existe uma lei natural. São Tomás responde citando de novo a questão 90, na qual tinha afirmado que a lei é “regra e medida”. Mas isso pode acontecer de duas maneiras: uma ativa e outra passiva. No primeiro caso, a lei “regula e mede”; e no segundo, “é regulada e medida”. No sentido ativo, temos a lei eterna; e, no sentido passivo, a dependência das coisas desta mesma lei. De fato, todas as coisas, “enquanto sujeitas à Divina Providência”, são reguladas pela lei eterna. Por isso, todas as coisas participam, de certo modo, da lei eterna pelo fato que se inclinam para os próprios atos e fins “por estarem impregnadas dela”. Mas a criatura racional está sujeita à divina providência de maneira mais excelente, pois ela mesma se torna partícipe da providência provendo para si mesma e para as demais. Portanto “participa da razão eterna, da qual tira a sua inclinação natural para o ato e o fim devidos”. De fato, a criatura racional possui “o lume da razão natural pelo qual discernimos o bem e o mal e que não é senão a impressão em nós do lume divino”, ou a

“participação da razão eterna”. Com estas premissas, ele conclui que “a lei natural não é mais do que a participação da lei eterna pela criatura racional.” (AQUINO, 1980, v. IV, p. 1738).

Como se vê, São Tomás encontra a “lei natural” apenas na criatura racional. No fundo, a lei é “algo da razão”, é aquele exercício da razão prática pelo qual o ser humano “distingue o bem e o mal”. E a dependência da “divina providência”, na criatura racional, é “mais excelente”, pois, ela mesma provê “para si mesma e para as demais”.

Na resposta às objeções, São Tomás, comparando a lei natural com a lei eterna, afirma que as duas não diferem, pois a primeira é apenas uma participação da segunda. Em seguida, ele analisa o comportamento das criaturas irracionais com o das criaturas racionais. No primeiro caso busca-se o fim apenas pelo “apetite natural”; e, no segundo, pela “razão e pela vontade”. O processo da razão parte de princípios evidentes, para se chegar a uma conclusão; e, quanto à vontade, “o desejo dos meios” tem como ponto de partida “o desejo natural do fim último”. E esta direção dos atos para o fim último depende da lei natural. Por fim, São Tomás compara a participação da lei eterna por parte dos animais irracionais e por parte da criatura racional. No primeiro caso, a lei eterna não é participada racionalmente: por isso, só por semelhança fala-se de uma participação desta lei. Mas, propriamente, pode-se falar de lei só com referência à criatura racional, “pois a lei é algo de racional”.

É interessante considerar a reflexão de D'Agostino (2000) sobre esta distinção entre lei eterna e lei natural. Para ele, a visão cristã de Deus, que incorpora o providencialismo estóico, mas conferindo-lhe um caráter pessoal, permite a São Tomás de elaborar a sua flexível visão analógica da lei eterna e da lei natural e de construir um modelo teórico de jusnaturalismo muito sugestivo, seja teologicamente, como filosoficamente.

O art. III pergunta, no título, se existe uma lei humana. Na resposta à questão, São Tomás retoma e aprofunda a ideia do artigo anterior a respeito do desenvolvimento do raciocínio, distinguindo e comparando, ao mesmo tempo, o processo da razão especulativa com o da razão prática. No primeiro caso, parte-se de princípios evidentes e indemonstráveis para tirar as conclusões das diversas ciências; e no segundo, parte-se dos preceitos da lei natural, como de princípios gerais e indemonstráveis, para chegar a “certas disposições mais particulares”.

Para confirmar sua afirmação, cita o seguinte texto da *Rethorica* (lib. II *De invent.*, cap. LIII) de Cícero: “A origem do direito está na natureza; daí, em razão da utilidade, nasceram certas disposições costumeiras”.

Na resposta às objeções, São Tomás, mais uma vez, compara a razão especulativa com a razão prática. No primeiro caso, “temos o conhecimento de certos princípios comuns,

mas não o conhecimento próprio de qualquer verdade”; e, no segundo caso, “parte-se também dos princípios comuns da lei natural, que é uma participação da lei eterna, mas estes princípios não determinam as direções particulares de determinados atos”. Daí a necessidade de que “a razão humana proceda a certas disposições particulares das leis”.

Parece que ele critica, sem citá-lo, Protágoras, que afirmara ser o homem a medida de todas as coisas. São Tomás, pelo contrário, cita Aristóteles, para quem “a razão humana não é a medida das coisas, mas inversamente”. Mesmo assim, os princípios, “naturalmente inerentes à razão”, são “certas regras gerais e medidas de tudo o que o homem deve fazer”.

Por fim, apresenta mais uma distinção entre razão especulativa e razão prática. A primeira chega a conclusões, tendo como objeto “o que é necessário”; e a razão prática, pelo contrário, “versa sobre os atos que são particulares e contingentes”. Por isso, as leis humanas, que são uma aplicação da razão prática, “não podem ter aquela infalibilidade que têm as conclusões demonstrativas das ciências”.

Aparece, neste raciocínio, uma lógica decididamente dedutiva, sem uma referência, evidentemente, àquilo que será desenvolvido nos séculos sucessivos, pelas ciências experimentais, que adotarão o método indutivo. Mas as afirmações apontam para o limite das leis humanas, que não possuem a “infalibilidade” como característica, diferentemente dos primeiros princípios.

O art. IV pergunta, no título, se é necessária a existência de uma lei divina. São Tomás responde positivamente por quatro motivos. Primeiro, porque considera que o fim último do homem é a “beatitude eterna”: e esta excede a “capacidade natural” das possibilidades humanas. Em segundo lugar, porque os juízos humanos, particularmente os que dizem respeito às coisas contingentes e particulares, são incertos: daí a presença de leis diversas e contrárias. Em terceiro lugar, pelo fato que a lei humana ordena apenas os atos externos e não os internos, que são ocultos. Mas “a perfeição da virtude exige que ele proceda retamente em relação a uns e a outros”. E, por fim, pelo fato que a lei humana não pode punir todos os atos errados: se isso acontecesse, ao mesmo tempo, não permitiria “muitos bens, impedindo assim, a utilidade do bem comum”.

Na resposta às objeções, São Tomás afirma que a lei natural é uma participação da lei eterna; mas, pelo fato do homem ter um fim sobrenatural, é necessário que seja acrescentada à lei natural também a lei divina. Neste sentido, não são suficientes os princípios naturais: é necessário, pois, acrescentar a eles “os preceitos da lei divina.” (AQUINO, 1980, v. IV, p. 1740-1742).

Como se vê, a linguagem utilizada por São Tomás é confessadamente teológico-cristã, pois fala de “lei divina” e de “fim último e sobrenatural”. Não podemos, porém, esquecer que a teologia se constitui em diálogo entre a fé e a razão. Utiliza-se, por um lado, do método racional; e, por outro, mostra também os limites da razão (JOÃO PAULO II, 2000). Nesse sentido, o artigo analisado aponta seja para a presença de leis contraditórias, como para a diferença entre lei e moral: esta última é mais abrangente, pois se refere também aos atos internos. Além disso, não é possível proibir todos os maus atos externos, porque isso implicaria em proibir, ao mesmo tempo, vários atos bons.

A linguagem declaradamente teológica é aprofundada nos dois últimos artigos da questão 91.

O art. V pergunta, no título, se existe apenas uma lei divina. Na resposta à questão, São Tomás começa com uma interessante afirmação: “A distinção é a causa do número”. Daí mostra que há duas maneiras de distinguir: ou diante de espécies diferentes, como quando se distingue o cavalo do boi; ou diante da mesma espécie, como quando se distingue o homem da criança, ou, em outros termos, o perfeito do imperfeito.

Este raciocínio é aplicado para a lei antiga e a lei nova, quer dizer, o Antigo e o Novo Testamento. Em seguida, ele demonstra que a passagem do imperfeito para o perfeito pode ser aplicada no caso da lei antiga e da lei nova, a partir da consideração de três funções da lei. Esta, antes de tudo, tem como objetivo “ordenar para o bem comum, como para o fim”. Mas o homem possui um fim “sensível e terrestre” e também um fim “inteligível e celeste”: para o primeiro existe a lei antiga e para o segundo a lei nova.

Outra função da lei é “dirigir os atos humanos conforme a ordem da justiça”. Aqui cita um texto do Evangelho de Mateus (5,20), que distingue a justiça dos fariseus, ou da lei antiga, da justiça dos discípulos de Cristo, ou da lei nova. E, por fim, é função da lei “levar os homens à observância dos mandamentos”: mas os mandamentos da lei antiga tinham como motivação o “temor pelas penas”, enquanto que os da lei nova se baseiam no “amor”.

Na resposta às objeções, São Tomás explica que, na mesma família, há uma lei para as crianças e outra para os adultos; e, da mesma maneira, Deus formula uma lei para os homens “que ainda vivem na imperfeição” e outra aos que “chegaram à capacidade maior das coisas divinas”. Para os primeiros existe uma “lei preparatória” para aquela outra lei que “não podia ser dada senão depois do advento de Cristo”. E, por fim, a lei natural “dirige o homem por certos preceitos gerais, em que convêm tanto os perfeitos, como os imperfeitos”. Mas a lei

divina dirige o homem “em certas particularidades, em que os perfeitos não se comportam do mesmo modo que os imperfeitos.” (AQUINO, 1980, v. IV, p. 1742-1743).

A visão especificamente teológica é retomada no art. VI, em que se pergunta se existe “uma lei constituída pelo estímulo da sensualidade”; ou, usando a terminologia apresentada na introdução da questão 91, “se há uma lei do pecado”.

Na resposta, São Tomás indica onde e como se encontra a lei: “*essencialmente* no sujeito que regula e mede; e, *participativamente*, no que é medido e regulado” (grifo nosso). Depois disso, ele se detém na segunda situação, que se encontra “em quem está sujeito à lei”. São Tomás continua distinguindo: e, desta vez, considera aqueles que estão sujeitos à lei. Aqui podem-se encontrar mais duas situações: ou quando o legislador classifica grupos “diversos” para funções diferentes; a título de exemplo, existe uma lei para os soldados e uma outra para os comerciantes. Ou indiretamente, quando o legislador destitui alguém da sua função; e este passa, então, para outra função: por exemplo, um soldado destituído do exército, passa para a classe ou dos camponeses, ou dos comerciantes.

Os exemplos acima são, em seguida, aplicados a Deus legislador. Ele formou criaturas diversas com inclinações diversas: por exemplo, “ser bravo é de certo modo a lei do cão, mas é contra a lei da ovelha ou de outro animal de índole mansa”. Neste sentido, a lei do homem consiste em agir “de conformidade com a razão”. Mas quando o homem “se afasta da razão...de certo modo se assemelha aos brutos, levados pelo ímpeto da sensualidade”. Então, nos brutos a sensualidade tem natureza de lei, mas no homem é um “desvio da lei da razão”.

Em seguida, São Tomás faz referência à doutrina do pecado original, pela qual o “ímpeto da sensualidade...tem natureza de lei, mas penal”, destituindo o homem “da dignidade que lhe era própria”.

Na resposta às objeções, ele compara a situação do homem pecador à de um nobre que se torna servo, sujeito às leis dos servos. Em seguida especifica que “o estímulo da sensualidade” pode ser chamado de “lei” não em si, mas “por uma certa participação”. E, por fim, explica melhor afirmando que a sensualidade faz parte da lei do homem quando está sujeita à razão; mas “se chama estímulo da sensualidade na medida em que foge à ordem da razão (AQUINO, 1980,v. IV, p. 1744-1745).

Em suma, São Tomás faz questão de distinguir sempre, para evitar a confusão dos possíveis significados dos termos. Há, pois, a “lei eterna” no sentido de Deus legislador que, com sua razão “concebeu o mundo desde a eternidade”. Esta é a lei “que regula e mede”. Existe, depois, a “lei natural”, entendida como aquela que “é regulada e medida” e indica a dependência das coisas da lei eterna. Esta lei, na criatura racional, é percebida através daquele

exercício da razão prática pelo qual o ser humano “distingue o bem e o mal”. Em seguida, é considerada a “lei humana”. Esta, a partir dos preceitos da lei natural, como de princípios gerais e indemonstráveis, chega a “certas disposições mais particulares”, que dizem respeito a “atos que são particulares e contingentes”. Devido a isso, as leis humanas, não possuem como característica, a “infallibilidade”, diferentemente dos primeiros princípios.

A “lei divina”, por sua vez, se explica, teologicamente, pelo fato do homem ter um fim sobrenatural; e, eticamente, pela limitação das leis humanas: estas, muitas vezes, são diversas e contrárias; ordenam-se apenas aos atos externos e não podem punir todos os atos errados, para não correrem o risco de proibir, ao mesmo tempo, os atos bons.

São Tomás, em seguida, continua distinguindo, também teologicamente, a “lei divina antiga” da “lei divina nova”: a primeira é a do Antigo Testamento, ordenada para um fim “sensível e terrestre”; e a segunda é a do Novo Testamento ordenada para um fim “inteligível e celeste”. A primeira, preparatória, é para os homens “que ainda vivem na imperfeição” e a outra, perfeita, para os que “chegaram à capacidade maior das coisas divinas”.

Por fim, São Tomás fala da “lei do pecado”, ou “lei da sensualidade”, que pode ser chamada de “lei” não em si, mas “por uma certa participação”. Trata-se, pois, de lei no sentido de uma condição de rebaixamento de um estado anterior de dignidade para um novo estado em que o “estímulo da sensualidade foge à ordem da razão”.

3 Produção, Finalidade e Legitimidade da Lei na Democracia Procedimental de Habermas

3.1 A razão que produz a lei capaz de mover em Kant, ponte para Habermas

Como verificou-se, ao abordar a essência da lei, São Tomás salienta que o que a produz, é a razão. Mas a razão não está só na produção da lei, pois a razão e a vontade colaboram entre elas. Pois a vontade, para ter razão de lei, deve estar regulada pela razão, uma vez que não é qualquer vontade que pode ter força de lei. Inclusive a vontade do príncipe, se contrária à razão seria antes iniquidade que lei. É a partir deste pressuposto que o interpreta a definição segundo a qual como foi visto: “a lei é certa medida dos atos e por essa medida alguém é inclinado a agir ou é afastado da ação”. Por conseguinte, conforme verificado, a lei é a expressão da razão e da vontade que mede os atos inclinando à ação ou afastando da mesma. Como apresentado, ele compreende a lei em sua diversidade de lei eterna, natural, humana, divina, antiga e do pecado. Há entre as leis primeiras uma clara relação de

hierarquia, a qual se manifesta também nas três posteriores, sendo a última uma negação da lei da razão e uma afirmação da sensualidade. Conhecimento, vontade e liberdade, expressão da dignidade humana enquanto imagem de Deus imbricam-se na compreensão da lei que é medida da ação.

Habermas aborda a questão da lei no plano da lei humana. Portanto é neste plano que se podem buscar no autor as relações com a razão, a formação da vontade e a liberdade, na afirmação da dignidade humana. Enquanto moderno tem como um ponto de partida esse comentário a Kant no qual afirma:

Ele parte do conceito fundamental da lei da liberdade moral e extrai dela as leis jurídicas, seguindo o caminho da *redução*. A teoria moral fornece os conceitos superiores: vontade e arbítrio, ação e mola impulsionadora, dever e inclinação, lei e legislação, que servem inicialmente para a determinação do agir e do julgar moral. Na doutrina do direito esses conceitos fundamentais da moral são reduzidos a três dimensões. Segundo Kant, o conceito de direito não se refere primariamente à vontade livre, mas ao *arbítrio* dos destinatários; abrange a *relação externa* de uma pessoa com outra; e recebe a autorização para a coerção, que um está autorizado a usar contra o outro em caso de abuso. (2010, p.140).

A despeito da profunda ruptura moral, salta aos olhos como vários elementos abordados por São Tomás, continuam bem vivos aqui, no que tangem à determinação do agir e do julgar moral. Neste sentido a ideia fundamental e essencial da lei como produto da razão é mantida no pensamento moderno kantiano. E mais que isso, a afirmação do único direito inato: “A liberdade (a independência de ser constrangido pela escolha alheia), na medida em que pode coexistir com a liberdade de todos os outros e de acordo com uma lei universal, é o único direito original pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes” (2007, p. 53), é o princípio que no autor fundamenta a especial dignidade humana. Os quadros que Kant apresenta sobre a “divisão de acordo com a relação objetiva da lei com o dever” e a divisão de acordo com a relação do sujeito que impõe obrigação com o sujeito submetido à obrigação” (2007, p. 56-57), deixam claro o direito e a finalidade da humanidade em nossa própria pessoa e o dever perante o direito dos seres humanos e sua finalidade. Coloca-se assim o direito como relação de seres humanos.

Embora a ideia de razão sofra um profundo corte crítico e paradigmático, conhecimento, vontade e liberdade também preservam profunda conexão, como elementos constitutivos da pessoa humana, que foram pensados por São Tomás enquanto expressão da imagem de Deus.

Como também observou John Rawls em seu estudo sobre Kant, ao abordar o fato da razão, Kant mantém a ideia de que a razão pura pode ser prática, ou seja, pode mover a ação

(2005, p. 291 et seq.). O que se relaciona com a lei como medida e predisposição para a ação, exposto por São Tomás. O próprio Kant enuncia a lei fundamental da razão prática nos seguintes termos: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal.” (2003, p.103). A qual possui o seguinte corolário: “A razão pura é por si só prática e dá (ao homem) uma lei universal, que chamamos de lei moral.” (2003, p.103). Evidencia-se aqui a ruptura moderna com a compreensão da lei eterna, e a profunda mudança na interpretação da lei natural, tida agora como pura expressão da racionalidade humana. Isso permite a afirmação do teorema IV que afirma: “A autonomia da vontade é o único princípio das leis morais e dos deveres conformes a elas: contrariamente, toda a heteronomia do arbítrio não só não funda obrigação alguma, mas, antes contraria o princípio da mesma e da moralidade da vontade.” (2003, p.111). Contudo a lei continua aqui sendo expressão da vontade determinada, na síntese entre conhecimento, vontade e liberdade.

Esses elementos também permanecem no pensamento de Habermas, mas num outro grau de complexidade. Primeiramente a Razão, passa por uma profunda transformação tornando-se razão comunicativa, desenvolvida no horizonte de uma teoria do agir comunicativo.

3.2 A razão comunicativa, pano de fundo para a compreensão do direito

Habermas entende que o tema fundamental da razão é o tema fundamental da filosofia, porém entende que “hoje a filosofia já não pode remeter-se ao mundo, à natureza, à história ou à sociedade como um todo, no sentido de um saber totalizante.” (2012a, p. 20). Por isso ele pretende apenas reconstruir os pressupostos e condições formal-pragmáticos de um comportamento explicitamente racional (2012a, p. 21). A relação dele com a tradição é, portanto, de ruptura e continuidade. Engana-se quem pensa que Habermas é apenas um iluminista moderno, pois ele se filia ao conceito de racionalidade ligado a noções mais antigas do *logos*, nos seguintes termos por ele descritos:

Esse conceito de *racionalidade comunicativa* traz consigo conotações que, no fundo, retrocedem à experiência central da força espontaneamente unitiva e geradora de consenso própria à fala argumentativa, em que diversos participantes superam suas concepções inicialmente subjetivas para então, graças à concordância de convicções racionalmente motivadas, assegurar-se ao mesmo tempo da unidade do mundo objetivo e da intersubjetividade de seu contexto vital. (2012a, p. 35-36).

Um pouco adiante Habermas afirma: “A racionalidade do *logos* enseja uma prática comunicativa, mediante a qual os falantes se asseguram de um mundo comum, isto é, de seu mundo da vida intersubjetivamente compartilhado.” (2012a, p. 39-40). Esse mundo inclui um sentido ampliado de razão que lhe permite afirmar: “ações reguladas por normas e as auto representações expressivas têm o caráter de exteriorizações sensatas e compreensivas em seu contexto, vinculadas a uma pretensão de validade passível de crítica. Em vez de referência fática, elas fazem referência a normas e vivências.” (2012a, p. 44). Ele lembra que as pessoas que fundamentam racionalmente suas exteriorizações são capazes de se expor à crítica e participar de argumentações e são passíveis de correção e por isso: “O conceito de *fundamentação* está intimamente ligado ao de *aprendizado*.” (2012a, p. 49). O conceito ampliado de razão comunicativa pode ser expresso como exteriorização-teórica-prática-estética-terapêutica-explicativa de pessoas capazes de falar, agir e aprender. A razão se recolhe em cada um desses campos com suas distintas pretensões de verdade, validade e autenticidade. Porém, seu exercício precisa ser contextualizado no pano de fundo do *mundo da vida*.

Antes de apresentar a compreensão habermasiana de *mundo da vida* é importante esclarecer a questão da descentração das imagens de mundo, partindo do pensamento selvagem com sua dupla ilusão que possibilita uma explicação do mundo por via narrativa e uma práxis. Habermas mostra que o que ocorreu nas culturas com a dissolução das figuras de pensamento mítico-narrativas, religiosas, cosmológicas ou metafísicas, foi a desvalorização do potencial de esclarecimento ou justificação de tradições inteiras, relacionada a novos níveis de aprendizado. Os quais se alteram tanto na dimensão do pensamento objetivador, quanto moral-prático e na expressão estético-prática (2012a, p. 135). Segundo Habermas: “Quanto mais descentrada estiver a imagem de mundo que proporciona a reserva cultural de saber, tanto menos a carência de entendimento estará velada *de antemão* por um mundo da vida que se interpreta de uma maneira avessa à crítica.” (2012a, p.139). Neste sentido o enrijecimento mítico ou o dogmatismo, podem mostrar falta de reflexividade. A descentração das imagens de mundo, e a manutenção de orientações racionais para a ação precisa: a) admitir pretensões de validade diferenciadas; b) permitir uma relação reflexiva consigo mesma, a ponto de poderem se submeter à crítica as interpretações herdadas da tradição; c) deixar realimentar com argumentações especializadas, para que seus processos de aprendizagem possam ser socialmente institucionalizados (2012a, p. 141). Habermas entende que é necessária:

[...] a crítica aos desvirtuamentos que se acrescem duplamente às formas de vida das sociedades que se modernizaram em moldes capitalistas: por um lado através da

desvalorização de sua substância tradicional e, por outro, através de sua submissão a imperativos de uma racionalidade parcializada e limitada ao eu e cognitivo-instrumental. (2012a, p. 145-146).

Habermas entende então que a descentração da compreensão do mundo e a racionalização do mundo da vida são condições para uma sociedade emancipada (2012a, p. 146). A emancipação das pessoas capazes de falar e agir no mundo é o grande mote de seu pensamento. O conjunto das relações de emancipação é descrito no segundo volume de sua “Teoria do agir comunicativo” (2012b, p. 205 et seq.). O mundo da vida é como que o pano de fundo onde acontecem as interações comunicativas. Habermas descreve o agir comunicativo no mundo da vida nos seguintes termos:

Sob o *aspecto funcional do entendimento*, o agir comunicativo se presta à transmissão e à renovação de um saber cultural; sob o aspecto da *coordenação da ação*, ele possibilita a integração social e a geração de solidariedade: e, sob o *aspecto da socialização*, o agir comunicativo serve à formação de identidades pessoais. As estruturas simbólicas do mundo da vida se reproduzem pelos caminhos que dão continuidade a um saber válido e que estabilizam a solidariedade grupal, formando atores imputáveis. (2012b, p. 252).

Aos processos de comunicação correspondem os componentes estruturais do mundo da vida, a cultura, a sociedade e a pessoa, interpretada a partir de sua capacidade de fala e ação. Habermas define provisoriamente cada um desses conceitos nos seguintes termos:

A *cultura* constitui o estoque ou reserva de saber, do qual os participantes da comunicação extraem interpretações no momento em que tentam se entender sobre algo no mundo. Defino *sociedade* por meio das ordens legítimas pelas quais os participantes da comunicação regulam sua pertença a grupos sociais, assegurando a solidariedade. Interpreto a *personalidade* como o conjunto de competências que tornam um sujeito capaz de fala e de ação – portanto, que o colocam em condições de participar de processos de entendimento, permitindo-lhe afirmar sua identidade. (2012b, p. 253).

Habermas apresenta o complexo das relações no mundo da vida nas perspectivas da reprodução “tradicional” das patologias e por fim as funções reprodutoras do agir orientado pelo entendimento (2012b, p. 259 et seq.). Ele entende que a cultura permanece em revisão de tradições; a sociedade em processos formais de criação e de fundamentação de normas; e “a personalidade passa para um estado de estabilização permanente de uma ‘identidade-eu’ autogerida e abstrata.” (2012b, p. 265). Desse modo o mundo da vida forma o contexto e pano de fundo para o desenvolvimento dos sistemas funcionais.

E o dinheiro e o poder, enquanto meios, têm de estar ancorados nele, isto é, têm de ser institucionalizáveis através dos meios do direito positivo. Quando tais condições iniciais são preenchidas, é possível a diferenciação dos sistemas econômico e

administrativo, que se relacionam entre si e mantêm intercâmbio com seu respectivo entorno através de meios de controle. (2012b, p. 691).

Os meios dinheiro e poder desenvolvem os sistemas funcionais chamados econômicos e administrativos. Nesses sistemas, relações comunicativas são substituídas por relações funcionais. Elas podem substituir as relações comunicativas e transformar os homens em coisas: o que chama de reificação nas sociedades capitalistas e simulação de relações comunicativas nas esferas de um intercâmbio pseudopolítico nas sociedades burocrático-socialistas (HABERMAS, 2012b p. 694). Esses fenômenos geram o que Habermas chama de colonização do mundo da vida. Ao considerar que a lógica do lucro e do poder se sobrepõe à justiça e dignidade do homem, transformando o mesmo em mera coisa a serviço de interesses de poder e de dinheiro, não se pode deixar de fazer uma certa analogia com o que São Tomás chamou de lei do pecado, que não são propriamente leis, por carecerem de legitimidade. Muito daquilo que se chama de “lei do mercado” ou as “regras do jogo”, na política, não são leis, mas processos de transformação do homem em coisa, o que viola sua dignidade.

Os sistemas funcionais como foi dito precisam ser institucionalizáveis através do direito. Isso significa que sobre as “leis do mercado” e as “regras do jogo” da política pesam as leis do Estado democrático de direito. Por esse motivo, acompanhando Habermas, Repa afirma: “Dessa maneira, é estruturalmente possível modificar politicamente, por meio da esfera pública e do direito, ou seja, no contexto de um Estado de direito democrático, as relações entre mundo da vida e sistema.” (2008, p. 68). O meio do qual o Estado democrático de direito se serve para modificar as relações de reificação do mundo da vida é a produção de leis.

3.3 A razão que produz a lei humana capaz de mover, no pensamento de Habermas

É no interior do mundo da vida que se dá a produção das leis humanas, através do Estado. Por esse motivo Habermas deseja reconstruir a *auto-compreensão das ordens jurídicas modernas*. Seu “ponto de partida são os direitos que os cidadãos têm que atribuir uns aos outros, caso queiram regular legitimamente sua convivência com meios do direito positivo.” (2010, p.113). Esse processo desenvolve-se na tensão entre facticidade e validade. A compreensão sociológica da facticidade permite uma ampliação da racionalidade do direito e das leis, para além da moralidade. Ela amplia a racionalidade do direito no sentido de incorporar as coerções funcionais sistêmicas e conectá-las com a legitimidade comunicativa.

Do ponto de vista comunicativo, direitos subjetivos definem liberdades de ação iguais para todos os indivíduos, ou pessoas jurídicas. Habermas cita o artigo 4 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no qual se pode ler o seguinte: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica a um outro. O exercício dos direitos naturais de um homem só tem como limites os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo de iguais direitos. Estes limites só podem ser estabelecidos através de leis.” (2010, p.113-114). Habermas ainda comenta que é isso que seguem Kant e Rawls, lembrando o primeiro princípio da justiça de Rawls: “Todos devem ter o mesmo direito ao sistema mais abrangente possível de iguais liberdades fundamentais.” (Apud HABERMAS, 2010, p. 114). É fácil compreender que a articulação tomasiana de conhecimento, vontade e liberdade está implícita aqui. A relação entre lei legítima e liberdade é explícita nestes autores.

Habermas entende que “as leis garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apoia no princípio da soberania do povo.” (2010, p. 114-115). Os direitos políticos nomeados na constituição também devem poder ser interpretados como liberdades de ação subjetivas.

Por outro lado, segundo Habermas: “o processo legislativo democrático precisa confrontar seus participantes com as expectativas normativas das orientações do bem da comunidade porque ele próprio tem que extrair sua força legitimadora do processo de um *entendimento* dos cidadãos sobre regras de sua convivência.” (2010, p.115). O entendimento democrático pressupõe a afirmação do bem da comunidade como fim da ação que produz leis legítimas. Ele entende que Kant “estatui performativamente as condições sob as quais uma ordem legítima pode obter validade.” (2010, p.126). Ele o faz, porém, na perspectiva do direito natural moderno. Isso não significa que haja consenso sobre a ideia de bem, no sentido mais amplo de concepção de mundo, mas apenas com a ideia da justiça como condição do bem da sociedade que se efetiva nas garantias das liberdades fundamentais. O termo liberdade é muito adequado, porque se trata de leis legítimas, que afirmam direitos que garantem liberdades através da força socialmente integradora do agir comunicativo.

Habermas pretende esclarecer a relação entre direito subjetivo e direito público e superar a concorrência entre direitos humanos e soberania do povo, autonomia pública e privada.

Como se pode observar no diálogo de Habermas e Ratzinger, realizado em 2004, o próprio Cardeal que posteriormente tornou-se papa Bento XVI, reconhece que o que persiste do direito natural são os direitos humanos. “Esses são ininteligíveis sem o pressuposto de que o ser humano, pelo simples fato de pertencer à espécie humana, é um sujeito de direitos [...]”

(2007, p. 81). Habermas em seu texto “a utopia realista dos direitos humanos” (2012c), recupera uma genealogia bastante favorável da dignidade humana, passando pela contribuição dos medievais e chegando à entrada na modernidade e por fim no direito através de Kant. Ele descreve também que os direitos humanos desenvolvem-se constantemente através de lutas sociais.

É claro que Habermas mantém-se vinculado a essa tradição, numa condição pós-metafísica. Para ele: “Direito é um poder de vontade ou dominação da vontade conferido pela ordem jurídica.” (2010, p. 117). Ele o entende como um meio para atingir a satisfação de interesses humanos visto que: “o poder de sanção estatal eleva a vontade do legislador ao nível de *vontade do Estado*.” (2010, p. 118).

Em seu texto “Na esteira da tecnocracia” (2014), ao tratar do tema “palavras-chave para uma teoria discursiva do Direito e do Estado democrático”, ele explica os motivos de sua obra “Direito e Democracia”. No terceiro motivo trata de sua tentativa de abarcar os dois princípios de legitimação: a “soberania popular” e a “dominação das leis”. A dominação das leis vincula direitos humanos a direitos fundamentais. Afirma a socialização sob o domínio do princípio do direito.

Habermas entende o sentido intersubjetivo dos direitos subjetivos: “Os direitos subjetivos apoiam-se no reconhecimento recíproco de sujeitos do direito que cooperam.” (2010, p. 120). Isso constitui uma ordem jurídica da qual é possível extrair direitos subjetivos reclamáveis. Ele também compreende que a dignidade humana é “a fonte moral da qual os direitos fundamentais extraem seu conteúdo.” (2012c p.11). Ele entende que: “Kant vê esse direito humano primordial fundamentado na vontade autônoma de indivíduos singulares, os quais dispõem de uma razão que examina as leis, a partir da qual eles podem fundamentar moralmente, e não apenas pela astúcia, a sua saída do estado de liberdades inseguras.” (2010, p. 126-127). Habermas entende, porém, que os direitos humanos precisam ser concretizados em cada caso particular e que “a dignidade humana forma algo como o portal por meio do qual o conteúdo igualitário-universal da moral é importado ao direito.” (2012c, p.11). A forma de saída do estado de liberdades inseguras para Kant é o contrato da sociedade, o qual segundo Habermas:

[...] faz prevalecer o princípio do direito, na medida em que liga a formação política da vontade do legislador a condições de um procedimento democrático, sob as quais os resultados [...] expressam *per se* a vontade consensual ou o consenso racional de todos os participantes. Desta maneira, no contrato da sociedade, o direito dos homens a iguais liberdades

subjetivas, fundamentado moralmente, interliga-se com o princípio da soberania do povo. (2010, p. 127).

Nesse sentido os direitos do homem só podem adquirir uma figura positiva através da autonomia política dos cidadãos. Eles dão forma ao direito positivando-o em leis fundamentais. Neste contexto para Habermas: “O princípio do direito parece realizar uma mediação entre o princípio moral e o da democracia” (2010, p. 129) e as ordens modernas não podem se legitimar em contradição com a justiça e os ideais de vida pós-convencionais: ambos tornam-se crivos de validade do *ethos*.

Habermas entende que a teoria do discurso pode superar a questão do impasse entre democracia e Estado de direito, ou também o chamado império da lei, levando em conta sua co-originalidade. “O visado nexos interno entre soberania do povo e direitos humanos reside no conteúdo normativo de um *modo de exercício da autonomia política*, não através da forma das leis gerais.” (2010, p.137) Trata-se da exigência do reconhecimento do que está contido na reflexão performativa de atores que querem regular sua convivência através do direito legítimo. Em suas palavras:

Pois, pressupondo que os sujeitos constituintes querem fundamentar deliberativamente uma associação voluntária de parceiros de direitos livres e iguais *na linguagem do direito moderno*, eles só podem tomar sua primeira decisão soberana depois que se esclarecerem *in abstracto* a respeito de que espécies de liberdades subjetivas de ação eles precisam conceder-se mutuamente, antes de poder regular legitimamente uma matéria qualquer *com os meios do direito moderno*. (2014, p.101).

Esse esclarecimento implica uma compreensão da dignidade humana e da forma de preservar os parceiros do direito, dentro de uma perspectiva performativa de reciprocidade. O paradigma discursivo do direito não elimina o direito natural, ao pensar o direito positivo, mas o transforma ao sintetizá-lo no princípio da dignidade humana e direitos humanos, os quais entram no direito moderno e lhe dão legitimidade a partir da reflexividade performativa dos parceiros do direito.

3.4 Diferenciação da moral e do direito

Nesta seção faz-se breve distinção do direito e da moral, conforme a arquitetura de Habermas. Ele entende o direito como um *medium* complexo, que guarda uma relação de complementariedade com a moral.

Primeiramente é necessário compreender que o direito pertence ao âmbito das instituições, portanto da sociedade enquanto tal e a moral ao âmbito do saber, portanto da cultura. Ambos se diferenciam de uma ética de valoração forte.

Para Habermas, o princípio do discurso “D” é mais abstrato que o princípio da moral e do que o princípio do Direito. Ele critica a relação de cópia entre moral e direito, em função de dados empíricos, que mostram que o direito incorpora, além dos argumentos morais e éticos, argumentos pragmáticos funcionais. Entretanto ele entende que “[...] a autonomia moral e política são co-originárias, podendo ser analisadas com o auxílio de um parcimonioso princípio do discurso, o qual simplesmente coloca em relevo o sentido das exigências de uma fundamentação pós-convencional.” (2010, p. 142). Neste sentido ele mostra ser o princípio do discurso mais abstrato que os princípios da moral e do Direito. O princípio do discurso é enunciado nos seguintes termos: “D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discurso racionais.” (2010, p. 142). A validade aqui descrita é indiferente à moralidade e à legalidade. As normas de ação são expectativas de comportamento generalizadas. Ele também explica: “Atingido: é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas.” (2010, p. 142). Por fim explicita o sentido de discurso racional: “É toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias.” (2010, p. 142). Esta expressão também se refere a negociações.

Dado o princípio geral do discurso, Habermas passa ao enunciado dos princípios da moral e da democracia com suas respectivas especificações. “O princípio da democracia resulta de uma especificação correspondente para tais normas de ação que surgem na forma do direito e que podem ser justificadas com o auxílio de argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais e não apenas com o auxílio de argumentos morais.” (2010, p. 143). Enquanto por outro lado: “Em questões morais, a humanidade ou uma suposta república dos cidadãos, forma o sistema de referência para a fundamentação de regulamentações que são do interesse simétrico de todos.” (2010, p. 143). Elas também se diferenciam das questões ético-

políticas pois: “Em questionamentos ético-políticos a forma de vida ‘de nossa respectiva’ comunidade política constitui o sistema de referência para a fundamentação de regulamentações que valem como expressão de um auto-entendimento coletivo consciente.” (2010, p. 143).

Tem-se por tanto os princípios de diferentes tipos de discursos. O princípio do discurso funda normas de ação em geral fundadas em condições simétricas. Já o princípio da moral ultrapassa limites históricos, é interno à consciência. Enquanto o princípio da democracia expressa o sentido performativo da prática da autodeterminação, da institucionalização externa de normas do direito e portanto de leis. O Direito tem não apenas a função de institucionalizar, mas legitimar como vontade comum a vontade política (2010, p. 146-147).

Habermas lembra as três abstrações do modo de agir da legalidade segundo Kant: não liga as vontades e afirma arbitrariedade; limita-se à relação externa da atuação; não considera a motivação, só a conformidade. “Normas jurídicas regulam relações interpessoais e conflito entre atores que se reconhecem como membros de uma comunidade abstrata, criada através das normas do direito.” (2010, p. 147). Em seguida lembra a redução da vontade livre da pessoa moral, ao arbítrio de um sujeito jurídico determinado por preferências próprias. O direito é sistema de saber e ao mesmo tempo sistema de ação estabelecido nos níveis da cultura e da sociedade. O direito não é mera reconstrução de complexos de instituições naturais. Em função da modernização social surge a necessidade organizacional de tipo novo (2010, p. 153). Habermas apresenta a gênese lógica dos direitos nos seguintes termos:

Ela começa com a aplicação com o princípio do discurso às liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia se constituem de *modo co-originário*. (2010, p.158).

Neste sentido a formação do direito exige as leis fundamentais que garantem as liberdades básicas dos cidadãos, lembrando que a liberdade é determinada pela ligação do conhecimento e da vontade dos cidadãos determinada na lei. Como afirma Habermas “Ora tal sistema deve conter precisamente os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência com os meios do

direito positivo.” (2010, p.158). Desse modo ele procura fazer justiça à autonomia privada e pública, mostrando como a legitimidade surge da legalidade, explicitando o nexo interno entre direitos humanos e soberania do povo. Embora o direito não derive diretamente da moral, fica mantido nesta arquitetônica o vínculo com o direito natural, na figura explícita de direitos humanos que, ao entrar no direito, são positivados como direitos fundamentais. A ideia do exercício discursivo da autonomia permanece na base do direito legítimo, e pressupõe autolegislação, que os destinatários sejam também os sujeitos do direito, os quais para serem preservados em sua dignidade supõem direitos humanos, que entram nas constituições como direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são os primeiros direitos recíprocos que os cidadãos precisam se dar para regular legitimamente a sua convivência. A passagem da moral para o direito requer uma mudança de perspectiva: “O reconhecimento *reivindicado* pelos cidadãos vai além do reconhecimento moral recíproco de sujeitos que agem de modo responsável. Ele tem o significado robusto do respeito *exigido* pelo status próprio *merecido* e alimenta-se, neste aspecto, das conotações daquela ‘dignidade’ que no passado estava associada ao pertencimento a corporações prestigiadas socialmente.” (2012c, p.23). Dentre eles estão: maior medida possível de iguais liberdades subjetivas; configuração autônoma do status de um membro; possibilidade de postulação judicial de direitos; autonomia política e formação de opinião; condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente (2010, p.159-160). O código do direito, portanto a lei humana, é dado aos sujeitos do Direito como a única linguagem na qual podem exprimir sua autonomia (2010, p.163). Por este motivo são os próprios civis que decidem como devem ser os direitos que conferem ao princípio da democracia. Neste sentido reencontramos a equação fundamental do conhecimento, vontade e liberdade no processo de elaboração das leis legítimas.

À juridificação simétrica do uso político de liberdades comunicativas corresponde o estabelecimento de uma formação política da opinião e da vontade, na qual o princípio do discurso encontra aplicação. A liberdade comunicativa está referida, antes de qualquer institucionalização, a condições de um uso da linguagem orientado pelo entendimento, ao passo que as autorizações para o *uso público* da liberdade comunicativa dependem de formas de comunicação asseguradas juridicamente e de processos discursivos de consulta e de decisão. Estes fazem supor que todos os resultados obtidos segundo a forma e o procedimento são legítimos. (2010, p.163).

Ligação entre soberania do povo e direitos humanos fica assim explicitada pela juridificação das liberdades fundamentais a partir do uso da linguagem orientada para o

entendimento autorizadas e asseguradas juridicamente nos processos discursivos de consulta e decisão. Para Habermas, tal sistema dos direitos não é dado preliminarmente ao legislador constitucional como um direito natural (2010, p.166). Aqui está em questão, não a negação e a ruptura total com o direito natural, mas sua pretensão metafísica. Esta sim é deflacionada. O direito natural não está dado de forma absoluta como lei. Isso significa que ele tem que ser reconstruído pelos cidadãos no exercício da autonomia política. Essa autonomia pública e privada também operacionaliza a tensão entre facticidade e validade. Pois segundo ele: “Compete aos destinatários decidir se eles vão sair do círculo dos próprios interesses e passar para o entendimento sobre normas.” (2010, p.167). O problema aqui não é nada trivial, pois o emprego do poder político como método para promover formas de vida humanamente dignas e emancipadas torna-se dramático a partir da crise do Estado de bem-estar social em choque com a resistência dos investimentos privados (2015, p. 220-221). Novamente é importante lembrar que o direito positivo na construção de Habermas não deriva automaticamente da moral como em Kant, mas configura-se por um lado a partir da relação entre argumentos funcionais, ligados aos sistemas econômicos movidos pelo lucro e políticos movidos pela lógica do poder. Por outro lado, configura-se também a partir do agir comunicativo e do poder comunicativo, na esfera pública e nos meios administrativos, através de argumentos, éticos e morais, onde tem, portanto, sua ligação com os elementos do direito natural presentes na cultura, como dignidade humana e direitos humanos.

4 Conclusão

Guardadas as devidas diferenças paradigmáticas entre os autores investigados, constatou-se uma significativa relação conceitual filosófica entre São Tomás e Habermas, no que tange à questão da essência e diversidade das leis.

Na primeira parte abordaram-se a essência e a diversidade da lei no pensamento de São Tomás. A essência foi entendida a partir das suas causas: material, final, eficiente e formal. Quanto à diversidade das leis, discutiram-se os elementos da lei eterna, natural, humana, divina, antiga e “do pecado”.

Verificou-se que, ao tratar da essência da lei, São Tomás mostra que o que produz a lei é a razão em concurso com a vontade as quais na lei determinam a liberdade. Razão, vontade e liberdade são também os elementos referentes à dignidade humana enquanto representativos da imagem de Deus, na Santíssima Trindade. O fim da lei é apresentado como determinação do bem comum e felicidade de cada um enquanto bem universal. A razão

produtiva da lei legítima não é qualquer razão arbitrária e injusta, mas apenas a reta razão, conforme a justiça e o bem. E a promulgação é parte essencial da lei.

Procurou-se verificar como esses elementos conceituais apresentados por São Tomás, continuam presentes no pensamento de Habermas e que modificações sofreram para justificar a lei e as ordens jurídicas hoje.

Na segunda parte abordou-se a produção, finalidade e legitimidade da lei na democracia procedimental de Habermas. Partiu-se da razão que produz a lei capaz de mover em Kant, onde se constatou o desenvolvimento do princípio da autonomia, o qual preserva, numa perspectiva moderna da afirmação da subjetividade secular, os elementos da razão, vontade e liberdade apresentados por São Tomás, enquanto elementos constitutivos da lei. Também a liberdade é aqui determinada pela lei legítima. Estes elementos estão presentes no pensamento de Habermas, o qual os interpreta a partir de seu novo paradigma na teoria do agir comunicativo que, sem retornar ao paradigma metafísico de São Tomás, propõe uma significativa descentralização da razão moderna fundada no sujeito. Deste modo a razão torna-se razão comunicativa, a partir de uma reinterpretação do antigo “*logos*”, como “exteriorização-teórica-prática-estética-terapêutica-explicativa de pessoas capazes de falar, agir e aprender”. O agir comunicativo ainda contrapõe a compreensão do mundo da vida e as dimensões funcionais dos subsistemas, econômico e político. Abordou-se a razão que produz a lei humana, capaz de mover, no pensamento de Habermas, na qual se constata a presença dos elementos constitutivos da razão, vontade e liberdade, enquanto elementos da dignidade humana dos parceiros do discurso, da moral e da democracia. Mostrou-se que o Direito moderno e, por conseguinte as leis se legitimam a partir da conexão interna entre direitos humanos (herdeiro do antigo direito natural) e democracia a qual produz as liberdades fundamentais privadas e públicas como co-originárias. Mediante o procedimento deliberativo democrático se discutem razões pragmáticas funcionais dos subsistemas, econômico e político, bem como razões éticas e morais. Para ser legítimo, porém, o direito não pode deixar de lado as condições performativas que respeitam a dignidade dos parceiros do direito e lhes concede as liberdades e garantias fundamentais para que possam realizar-se como pessoas livres emancipadas e sujeitos cooperativos do direito.

Constata-se que razão, vontade e liberdade, a finalidade da justiça e do bem que proporciona a felicidade aos membros, são pensadas no contexto pós-metafísico pluralista. Respeitando a razão procedimental são elementos de intersecção dos pensamentos de São Tomás e de Habermas. Elementos que não podem ficar de fora quando se pensa a teoria do

direito e o fundamento da lei na perspectiva da interconstitucionalidade: democracia e cidadania de direitos na sociedade atual.

5 Referências

AQUINO, São Tomás. *Suma Teológica*. Tradução de Alexandre Corrêa. 2. ed. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, Livraria Sulina Editora; Caxias do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 1980. v. IV-V.

COSTA E SILVA, Luciana Maria da; CAMELLO, Maurílio. A noção de lei em Santo Tomás de Aquino. *Direito & Paz*, Lorena, ano 04, n. 07, p. 67-86, dez. 2002.

D'AGOSTINO, Francesco. *Diritto e Giustizia: per una introduzione allo studio de Diritto*. Roma: Paulus, 2000.

HABERMAS Jürgen. *A nova obscuridade: pequenos escritos políticos V*. Tradução de Luiz Repa, São Paulo: Unesp, 2015.

_____. *Na esteira da tecnocracia: Pequenos escritos políticos XII* Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Unesp 2014

_____. *Teoria do agir comunicativo. Racionalidade da ação e racionalidade social*. Tradução de Paulo Astor Soether. São Paulo: Martins Fontes. 2012a. v. I.

_____. *Teoria do agir comunicativo. Sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes. 2012b. v. II.

_____. *Sobre a constituição da Europa*. Tradução de Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2012c

_____. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HABERMAS Jürgen; RATZINGER, J. *Dialética da secularização: sobre razão e religião*. Tradução de Alfred J. Keller. Aparecida: Idéias & Letras, 2007.

JOÃO PAULO II. *Universidades Católicas*. São Paulo: Paulinas, 1990.

JOSAPHAT, Carlos. *Paradigma teológico de Tomás de Aquino: sabedoria e arte de questionar, verificar, debater e dialogar: chaves de leitura da Suma de teologia*. São Paulo: Paulus, 2012.

KANT, Immanuel. *Introdução ao Estudo do Direito: Doutrina do Direito*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2007.

_____. *Crítica da Razão prática*. Tradução de Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

NASCIMENTO, Carlos Arthur do. *Um mestre no ofício: Tomás de Aquino*. São Paulo: Paulus 2011.

RAWLS, John. *História da moral*. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REPA, L. S. Direito e teoria da ação comunicativa. In: NOBRE, Marcos; TERRA Ricardo (Orgs.). *Direito e democracia: Um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 55-71.

TORREL, Jean-Pierre. *La Summa di San Tommaso*. Traduzione di Patrizia Conforti. Milano: Jaca Books, 2003.