

Revista Direito
& Consciência,
v. 01, n. 01,
julho, 2022

A LEI HUMANA: DIÁLOGO ENTRE OS PARADIGMAS DE SÃO TOMÁS E HABERMAS

*HUMAN LAW: DIALOGUE BETWEEN THE PARADIGMS
OF SAINT TOMÁS AND HABERMAS*

¹ Lino Rampazzo 

² José Marcos Miné Vanzella

Resumo | O presente artigo, através de uma metodologia documental e bibliográfica, tem por objetivo comparar textos teóricos de S. Tomás e Habermas sobre o tema da lei humana. Para S. Tomás a lei humana favorece a disciplina que leva à prática da virtude. Há de ser também possível, natural, conforme aos costumes pátrios, conveniente ao lugar e ao tempo, clara, escrita para a utilidade comum dos cidadãos e ser instituída pelo governador da comunidade civil. Para Habermas a existência da lei se relaciona a todos os homens como disciplina e expressão de sua vontade livre. A produção das leis deve estar sempre em conformidade com o respeito da dignidade humana. A lei e o direito, embora tenham força coercitiva, são primeiramente lidos como expressão da racionalidade, na tensão entre facticidade e validade.

Palavras-chave: Lei humana. Dignidade humana. Procedimento democrático. São Tomás. Habermas.

Abstract | This article, through a documentary and bibliographic methodology, aims to compare theoretical texts by St. Thomas and Habermas on the subject of human law. For St. Thomas, human law favors the discipline that leads to the practice of virtue. It must also be possible, natural, in accordance with national customs, convenient to the place and time, clear, written for the common use of citizens and instituted by the governor of the civil community. For Habermas the existence of the law is related to all men as a discipline and expression of their free will. The production of laws must always comply with the respect for human dignity. Law and right, although they have coercive force, are primarily read as an expression of rationality, in the tension between facticity and validity.

Keywords: Human law. Human dignity. Democratic procedure. Saint Thomas. Habermas.

1 Doutor em Teologia pela Pontifícia Università Lateranense (Roma). Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/lus Gentium Conimbrigae. Professor e Pesquisador do Centro Universitário de Volta Redonda, UniFOA. Professor dos Cursos de Filosofia e de Teologia da Faculdade Canção Nova (Cachoeira Paulista).

2 Doutor em Filosofia pela Universidade Gama Filho (2005). Professor do Centro Universitário Salesiano de São Paulo e da Faculdade DEHONIANA. Graduação em Filosofia pela Faculdade Salesiana de Filosofia, Ciências e Letras de Lorena (1986), graduação em Geografia pela Faculdade Salesiana de Filosofia, Ciências e Letras de Lorena (1989), Mestrado em Filosofia pela Universidade Gama Filho (1998). É membro do núcleo de sustentação do GT Ética e Cidadania da ANPOF.



SUMÁRIO: Introdução. 1 O esquema da Suma Teológica. 2 Questão 95: Da Lei Humana. 3 A relação entre a lei humana e a lei natural. 4 A Lei humana no paradigma de Habermas: ordens jurídicas modernas entre facticidade e validade. 5 A legitimidade do Direito como um todo. 6 A legitimidade da lei particular no direito moderno. 7 Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo, articulado na linha de pesquisa 'Fundamentos da Justiça e dos Direitos Sociais' e num contexto de trabalhos que procuram colocar em diálogo os respectivos autores, observando tanto elementos de continuidade, configurados de forma diferente no paradigma atual, quanto elementos de ruptura, tem por objetivo uma comparação entre os paradigmas de filosofia do direito de São Tomás de Aquino e Jürgen Habermas, no que tange à questão da legitimidade da lei humana. Com metodologia de análise filosófica dos textos dos autores e comentaristas, extrai os principais argumentos e compara os seus resultados.

Questiona, a partir de São Tomás, se é útil terem os homens leis; se toda lei feita pelos homens é derivada da lei natural; se Isidoro expõe convenientemente a qualidade da lei positiva.

Questiona, na perspectiva de Habermas, o sentido da utilidade da lei a partir da abordagem da facticidade e validade. De que maneira se dá a legitimidade do direito como um todo, e de que forma a dignidade humana e direitos humanos assumem o lugar da lei natural em seu paradigma, e como as leis para serem consideradas legítimas devem estar em consonância com esses fundamentos formais procedimentais do direito.

1 O ESQUEMA DA SUMA TEOLÓGICA

Para entender melhor as questões 61 e 62, da segunda seção da Segunda Parte da *Suma Teológica*, que tratam, respectivamente "Das Partes Subjetivas da Justiça" e "Da Restituição", apresenta-se o esquema geral da obra.

A *Suma Teológica* é articulada em três Partes. A Primeira Parte (questões 1-119), dogmática, sobre Deus em si mesmo, sobre o mistério da Trindade e sobre a atividade criadora de Deus (anjos, seres corpóreos, homem).

Na Segunda Parte, moral, São Tomás considera o homem, impelido pela Graça, na sua aspiração de conhecer e amar a Deus para ser feliz no tempo e na eternidade. Esta Parte, por sua vez, está subdividida em mais duas seções: a primeira seção da Segunda Parte (*prima secundae I-II*: questões 1-114,) e a segunda seção da Segunda Parte (*secunda secundae II-II*: questões 1-189).

Primeiro (I-II), ele apresenta os princípios teológicos do agir moral, estudando como, na liberdade de escolha humana para praticar o bem, integram-se a razão, a vontade e as paixões, às quais se acrescenta a força que dá a Graça de Deus, bem como a ajuda que é oferecida também pela *lei moral*. Analisam-se, aí, especificamente os seguintes temas: o fim último, os atos humanos, as paixões, as virtudes, os vícios e os pecados; a lei, a graça.

Sobre este fundamento, São Tomás delineia a fisionomia do homem que vive segundo o Espírito e que se torna, assim, um ícone de Deus (II-II). Aqui, ele estuda as três virtudes teologais - fé, esperança e caridade -, seguidas do agudo exame de mais de cinquenta virtudes morais, organizadas em torno das quatro virtudes cardeais - prudência, justiça, fortaleza e temperança. Termina, então, com a reflexão sobre as diferentes vocações na Igreja.

Na terceira Parte da Suma (questões 1-90), novamente dogmática, São Tomás estuda o Mistério de Cristo por meio do qual se pode alcançar novamente a Deus Pai. Nesta seção, ele escreve páginas sobre o Mistério da Encarnação e da Paixão de Jesus e sobre os sete sacramentos (TORREL, 2003).

As questões apresentadas neste estudo se encontram na primeira seção da Segunda Parte seção que trata especificamente da lei.

2 QUESTÃO 95: DA LEI HUMANA

No tratado sobre “A Lei e as Leis” (q. 90-108), S. Tomas, depois de analisar a natureza, a diversidade e os efeitos da Lei (q. 90-92), apresenta a seguinte distinção das leis: eterna, natural e humana (q. 93-97). Em seguida trata sobre a Lei Bíblica do Antigo e do Novo Testamento (q. 98-108).

Esta reflexão considera, mais especificamente, a problemática da lei humana, analisando apenas a questão 95. Em quatro artigos (I-II, q. 95) Santo Tomás questiona se é útil terem os homens estabelecido leis; se toda lei feita pelos homens é derivada da lei natural, se Isidoro expõe convenientemente a qualidade da lei positiva e se este mesmo autor estabelece convenientemente a divisão das leis humanas e do direito humano.

Na resposta ao primeiro artigo ele mostra que a lei é útil, pois favorece a disciplina que leva à prática da virtude. De fato, se por um lado o homem tem aptidão natural para a virtude, por outro ele precisa da disciplina para conseguir a perfeição mesma da virtude. E tal perfeição consiste principalmente em retraindo os homens dos prazeres proibidos. E como alguns são inclinados aos vícios e não se deixam facilmente mover por palavras, é necessário que sejam coibidos do mal pela força e pelo medo para que, desistindo de fazer o mal e deixando a tranquilidade aos outros, também eles próprios pelo costume sejam levados a fazer voluntariamente o que antes faziam por medo, tornando-se, assim, virtuosos. É interessante, a esse respeito, como ele ressalta a importância da ética, citando uma fortíssima afirmação de Aristóteles, que se encontra no início da obra *A República*: “O homem, se for aperfeiçoado pela virtude, é o melhor dos animais, afastado da lei e da justiça, é o pior de todos”.

Ressalta-se, nesse artigo, a observação que aparece numa resposta às objeções, a saber: “é melhor que tudo seja regulado por lei, do que entregue ao arbítrio de juízes”. De fato, é mais fácil encontrar uns poucos homens prudentes, suficientes para fazer leis retas, do que muitos que seriam necessários para julgar bem sobre cada caso particular. Além disso, os homens, que presidem ao juízo, julgam do presente, apaixonados pelo amor ou pelo ódio, ou por qualquer cobiça; o que lhes deprava o juízo.

Na resposta ao segundo artigo ele começa citando a seguinte afirmação de Santo Agostinho: “Não si considera lei o que não for justo”. Por isso toda lei estabelecida pelo homem tem natureza de lei na medida em que deriva da lei da natureza. Se, pois, discordar em alguma coisa, da lei natural, já não será lei, mas corrupção dela.

Mas a lei humana procede da lei da natureza de dois modos: ou como conclusão derivadas dos princípios, ou como determinação de princípios gerais. Assim por exemplo, no primeiro caso, o dever de não matar pode derivar, como conclusão, do princípio de que a ninguém se deve fazer mal; mas a definição da punição para quem matou é uma determinação desta lei, conforme as particularidades de cada cultura e de cada povo.

O terceiro artigo questiona “se Isidoro expõe convenientemente a qualidade da lei positiva”. Isidoro de Sevilha (560-360), pois, tinha exposto as qualidades da lei positiva, afirmando: “A lei há de ser honesta, justa, possível, natural, conforme aos costumes pátrios, conveniente ao lugar e ao tempo, necessária, útil e também clara, de modo a não iludir pela obscuridade; escrita, não para a utilidade privada, mas para a utilidade comum dos cidadãos”.

Na resposta S. Tomás procura demonstrar a validade da afirmação de Isidoro relativa à lei positiva. Neste sentido a lei humana se ordena a um fim; e é uma regra ou medida, regulada ou medida por uma medida superior. E esta é dupla, a saber, a lei divina e a lei da natureza.

Ora, o fim da lei humana é a utilidade dos homens. Por isso Isidoro discriminou, em primeiro lugar, três condições da lei: ser concorde com a religião, enquanto proporcionada à lei divina; que favoreça a disciplina, enquanto proporcionada à lei da natureza; e que ajude a “saúde pública” por favorecer a utilidade humana.

E a estas três se reduzem todas as outras condições, referidas em seguida. Assim, a denominação de honesta se refere a ser concorde com a religião; o que acrescenta — justa, possível, natural, conforme aos costumes pátrios, conveniente ao lugar e ao tempo, tudo se reduz a ser conveniente à disciplina. E a disciplina deve convir a cada um, segundo a sua possibilidade, observada a possibilidade da natureza. Assim, não se pode impor às crianças o mesmo que se impõe aos homens perfeitos. E deve ela ser conforme aos costumes humanos, pois, o homem não pode, só, viver em sociedade, sem conformar os seus costumes com os dos outros.

E o que acrescenta - necessária, útil, etc. - refere-se ao que importa à saúde pública. De modo que a necessidade se refere à remoção dos males; a utilidade, à consecução dos bens; a clareza acautela contra danos que poderiam provir da própria lei. E, ordenando-se a lei para o bem comum, esta mesma condição está exposta na última parte da enumeração. Aliás, na definição de lei que se encontra na questão 90, ele coloca como causa final da lei “o bem comum”.

O quarto artigo questiona “se Isidoro estabelece convenientemente a divisão das leis humanas ou do direito humano”.

S. Tomás responde com quatro considerações. Em primeiro lugar, a partir do fato que a lei humana é uma derivação da lei natural, infere-se que o direito positivo se divide em direito das gentes e direito civil. Ao direito das gentes pertence o que deriva da lei natural como as conclusões derivam dos princípios: tais as justas compras, vendas e outras transações sem as quais os homens não podem ter convivência. E este direito é de lei natural, porque o homem é um animal naturalmente social. E o que deriva da lei da natureza, por determinação particular, pertence ao direito civil, pelo qual cada Estado determina o que mais conveniente para cada país.

Em segundo lugar, é da essência da lei humana ordenar-se ao bem comum da cidade. E, a esta luz, a lei humana pode se dividir conforme a diversidade dos que especialmente trabalham para o bem comum. Ele traz o exemplo dos sacerdotes, dos príncipes e dos soldados: e, a cada uma destas categorias, aplicam-se certos direitos especiais.

Em terceiro lugar, é da essência da lei humana ser instituída pelo governador da comunidade civil. E assim sendo, as leis humanas se distinguem conforme aos diversos regimes da cidade: o reino, quando a cidade é governada por um só chefe; a aristocracia, que é o principado dos melhores; a oligarquia, i. é, o principado de poucos, ricos e poderosos; a democracia, ao qual correspondem os plebiscitos. Outro por fim é o tirânico, absolutamente corrupto, e por isso nenhuma lei lhe corresponde.

Mas há também um regime composto de todos esses, que é o melhor. E a esse corresponde a lei, estabelecida simultaneamente pelas elites e pelo povo, conforme afirma o mesmo Isidoro.

Enfim, em quarto lugar, é da essência da lei humana ser diretiva dos atos humanos. E a esta luz, conforme aos assuntos diversos para os quais as leis foram estabelecidas, assim se distinguem as leis, às vezes denominadas pelos nomes dos seus autores, tais como lei Júlia, sobre os adultérios, ou a lei Cornélia, sobre os sicários.

Nesse sentido, não raramente, também nas legislações atuais, algumas leis são indicadas pelo nome de quem as organizou.

Na resposta a uma das objeções ele especifica que o direito das gentes, sendo racional, é, de certo modo, natural ao homem, enquanto derivado da lei natural. E, por isso, os homens facilmente se põem de acordo relativamente a ele.

3 A RELAÇÃO ENTRE A LEI HUMANA E A LEI NATURAL

A questão 95 acima citada diz respeito à lei humana e sua relação com a lei natural.

Na ótica tomasiana, a lei é um ato da razão, e não da vontade. Ela é a medida dos atos humanos, cujo princípio é a razão. A lei não pertence ao soberano como ato dispositivo, mas corresponde a um elemento da razão prática, isto é, da capacidade de discernir e deliberar a partir de princípios.

Como ordenação da razão, para o escolástico, há quatro espécies de leis: uma lei eterna, uma lei natural, uma lei positiva humana e uma lei positiva divina.

Por ora, duas delas serão objeto de análise, porque devem guardar estreita conexão entre si.

A lei natural não é um imperativo, uma ordem de “Deus legislador”. Ela existe como participação da razão humana (razão natural) na ordem natural das coisas. A lei natural está aberta a toda criatura racional, capaz de conhecer seus primeiros princípios. Na visão tomasiana eles são evidentes para a razão teórica e assimiláveis para a razão prática. A razão prática, mais especificamente, tem o bem, como seu objeto primordial.

O primeiro preceito da lei natural é fazer o bem e evitar o mal. Trata-se da conhecida “regra de ouro”. Alguém até poderia dizer que esse preceito não passa de uma tautologia, mas, para São Tomás de Aquino, ele se constitui como “a primeira regra do discurso consequente, um princípio regulador, como se diz hoje.” (LOPES, 2000, p. 158).

Ocorre que os princípios evidentes são indemonstráveis, mas há duas formas de evidência. Há o evidente em si mesmo, quando o predicado é da essência do sujeito, tal como no exemplo o homem é racional. Mas, para aquele que ignora a definição do sujeito, a predicação não é evidente. Há o evidente para quem conhece os sentidos dos termos, e assim não é evidente para todos. Ora, para a razão teórica, o ser é o primeiro objeto, mas para a razão prática o primeiro objeto é o bem

Não é só. O “Doutor Angélico” parte dos preceitos da lei natural, como de princípios gerais e indemonstráveis, para chegar a certas disposições mais particulares.

Acontece que a razão humana, naturalmente, tem a necessidade de determinações mais específicas para regulação das coisas humanas. A lei natural baseia-se em princípios; a lei positiva humana, em regras. Não é à toa que se diz que, além da lei eterna e da lei natural “é necessário também que haja uma lei humana, para explicitar, nos casos particulares, os ditames da lei eterna e da lei natural.” (COMPARATO, 2006, p. 146).

A lei humana é uma positividade de regras para situações particulares concretas. A questão é entender sua relação com a lei natural. Essa relação é bem mais sutil do que alguns poderiam imaginar.

Uma primeira objeção que se costuma levantar é que a lei natural, sendo o princípio da razão prática, dispensaria a lei humana positiva. Mas a resposta de São Tomás de Aquino é de notável coerência. Para ele uma coisa é a razão teórica, outra, a prática. A primeira remete ao necessário; a segunda ao con-

tingente. Para avaliar o contingente, não é suficiente extrair conclusões abstratas de princípios abstratos. O julgamento-discernimento, deliberação e juízo é sempre sobre o particular, e não pode se apoiar nas certezas da especulação.

No entanto, há uma segunda objeção, tida até mesmo como mais intrigante.

A pergunta é a seguinte: se existe uma lei natural, como explicar que leis positivas sejam distintas entre si?

São Tomás de Aquino enfrenta o questionamento não com uma, mas com duas linhas de raciocínio.

Em primeiro lugar, a lei natural é muito mais a razão prática em operação do que um conjunto de axiomas. Aqui já se tem uma explicação tomasiana bem posta, porque é preciso perceber que, quanto mais se desce ao particular na razão prática, mais se encontram particularidades.

Em segundo lugar, é crucial entender o processo de derivação da lei humana positiva da lei natural. Essa derivação ocorre de duas formas: ou como conclusão, ou como determinação. No primeiro caso, são inferidas algumas leis, como por exemplo, a proibição de matar, que está incluída no impeditivo de fazer o mal a outrem. No segundo, opera-se o que acontece com as artes, isto é, há liberdade para o ato legiferante, por exemplo, do mesmo modo como o arquiteto pode fazer casas bem distintas uma das outras, todas sendo casas, os homens podem elaborar muitas leis diferentes, todas permanecendo leis, tal como ocorre com a punição do mal, que pode ter sanções muito variadas, não obstante a reprimenda seja sempre necessária.

A lei humana positiva é resultado de uma convenção. Mas, na ótica tomasiana, ela não pode ser arbitrária. Nesse sentido, o legislador humano tem a prerrogativa de seguir em duas direções.

A primeira direção consiste em positivar, para melhor especificar, o que já é dado pela natureza, o que da natureza decorre, e não o contrário. Assim, o que é contrário à lei natural, se positivado, transforma-se em regra iníqua, e não seria mais propriamente lei (NADER, 1997, p. 125).

A segunda direção corresponde à possibilidade de positivação para estabelecer regras sobre matérias particulares que não têm qualquer relação com a lei natural, por exemplo, legislar sobre a circulação viária.

Não há dúvida para o escolástico que, em ambas as situações, a lei humana positiva é válida e deve ser obedecida (DEL VECCHIO, 1979, p. 66).

As doutrinas extremadas do tudo ou nada pouco contribuem para uma melhor compreensão dos atos da lei. São Tomás de Aquino empreendeu todo esforço para tratar da racionalidade das leis, vale dizer, como elas devem ser organizadas para ordenar, proibir, permitir e punir (VILLEY, 2003, p. 403).

Costuma-se dizer que “muita lei, nenhuma lei”. A suficiência das leis não está na quantidade, mas na qualidade racional delas, na medida em que são aptas a ordenar, proibir, permitir e punir, dentro dos limites do indispensável, para garantir a ordem por princípio e o bem comum por fim.

John M. Finnis não poupou palavras para dizer que a parte melhor desenvolvida na teoria filosófico-política tomasiana são suas elaborações sobre a lei (FINNIS, 2007, p. 71).

Para ao pensador do juspositivismo analítico, ao menos, cinco dimensões mostram quão bem articuladas são as considerações de São Tomás de Aquino a respeito da lei. A primeira é que a lei é um apelo à razão. A segunda é que a lei deve ser instituída para o bem comum da comunidade política. A terceira é que o governo da lei preserva as pessoas dos arbítrios ou caprichos de quem quer que seja. A quarta é que a positivação da lei demarca a autoridade responsável pela coletividade que ficará sob essa regência nor-

mativa. A quinta é que a lei tem a necessidade de força coercitiva, não lhe bastando apenas essa regência normativa. É assim que a lei humana positiva reforça a própria lei natural no pensamento tomasiano.

4 A LEI HUMANA NO PARADIGMA DE HABERMAS: ORDENS JURÍDICAS MODERNAS ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE

Jürgen Habermas se propõe a fazer uma reconstrução das ordens jurídicas modernas. Navega, portanto, em um paradigma pós-metafísico, o qual entende os direitos humanos como sucedâneo do direito natural metafísico. Nesta perspectiva o direito positivo legítimo tem que estar conectado com a moral e os direitos humanos. Essa conexão gera a positivação dos direitos fundamentais, entendidos como princípios normativos. É com base neles que a jurisdição constitucional pode evitar a tirania das maiorias e declarar a inconstitucionalidade de uma lei.

A necessidade da lei positiva vincula-se nas ordens jurídicas modernas primeiramente ao Estado o qual pode celebrar também tratados internacionais. Não existe uma jogada de xadrez sem o jogo de xadrez, um gol sem a partida de futebol, uma lei sem o direito e o Estado, o todo do qual ela é parte. Por isso Habermas afirma: “O direito à positivação politicamente autônoma do direito concretiza-se, finalmente, em direitos fundamentais que criam condições para iguais pretensões à participação em processos legislativos democráticos.” (2010a, p. 171). Ele pretende superar o paradoxo de como a legitimidade pode surgir da legalidade (2014a, p. 99).

Em se tratando de direito positivo moderno: “O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direitos necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados.” (2010a, p. 171). Habermas não deriva a necessidade da ordem política, das leis e do Estado, de uma certa insuficiência moral dos seres humanos, mas de um conjunto de necessidades éticas, morais, pragmáticas e funcionais. O direito nasce da necessidade de organizar a sociedade, com uma base mais ampla do que as necessidades morais. Por isso também, a lei não existe apenas para o cidadão que por insuficiência moral precisa ser disciplinado.

Visto que para Habermas o direito positivo moderno desenvolve-se entre facticidade e validade, ele não pode em sua arquitetura ser derivado apenas das exigências morais. As sociedades modernas são complexas e possuem imperativos funcionais, derivados dos subsistemas econômicos que segundo o autor “não mantêm mais uma relação interna com a pretendida legitimidade da ordem jurídica. A auto-compreensão normativa pode ser desmentida através de fatos sociais que intervêm no sistema jurídico a partir de fora.” (2010a, p. 55). Isto significa que a lógica do mercado e do lucro interfere no sistema jurídico. Por isso também afirma que, de um conjunto de condições autorizadas que possibilitam a liberdade, a sociedade burguesa se transforma também num sistema que domina anonimamente (2010a, p. 68). Neste sentido com a crítica marxista: “O modelo realista [...] vai substituir o modelo idealista de uma associação intencional de parceiros do direito.” (2010a, p. 69).

Habermas, além disso, aborda no sentido da facticidade o modelo funcionalista, o qual também abrange o sistema político. Segundo ele esse modelo: “desliga o sistema jurídico de todas as relações *internas* com a moral e com a política. [...] E nisso passa despercebido o nexo interno entre o direito e a organização democrático-constitucional da gênese, aquisição e aplicação do poder político.” (2010a, p.74). Em ambos os casos, temos fatos que não podem ser ignorados, porém são parciais e não representam o todo. A redução de complexidade ao econômico, ou ao poder, ou a ambos, está longe de ser inocente, ou suficiente.

Por isso Habermas afirma: “Sociedades modernas são integradas não somente através de valores, normas e processos de entendimento, mas também sistemicamente, através de mercados e do poder ad-

ministrativo.” (2010a, p. 61). Por essa razão, “com muita frequência o direito confere a aparência de legitimidade ao poder ilegítimo.” (2010a, p. 62). Diferente de São Tomás, que não considera como lei aquela que está em contradição com a lei natural, o autor reconhece de certo modo que, no contexto moderno, dadas as exigências funcionais, o sistema jurídico como um todo vive necessariamente uma tensão entre a facticidade e a validade. Isso significa que o direito positivo não pode ser plenamente legitimado. Porém adverte que esse juízo ético só pode ser alcançado numa abordagem que tendo objetividade, mediada pelas ciências sociais, não descarte seu teor normativo. Eis por que uma abordagem puramente ética ou moral do direito torna-se insuficiente tanto quanto uma abordagem das ciências sociais que descarta o teor normativo. Um gol roubado não é moralmente um gol. Assim funciona o raciocínio moral de São Tomás. Uma lei imoral, contrária ao direito natural, não é lei, mas corrupção da lei. Para Habermas um gol roubado moralmente não é um gol legítimo, mas pode valer para classificar o time no campeonato. A ausência de legitimidade moral pode não tirar a eficácia da lei no sistema de ação do direito. A lei não deixa de ser lei por ser ilegítima. Embora se saiba que um conjunto de ilegitimidades pode fazer desabar o sistema como um todo.

5 A LEGITIMIDADE DO DIREITO COMO UM TODO

Para entender a legitimidade de uma lei particular segundo o pensamento de Habermas é necessário entender a questão da legitimidade do direito como um todo. O 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.” (2010a, p.113). Direitos subjetivos definem liberdades de ação iguais para todos, o ponto de partida é a declaração dos direitos humanos de 1789, em especial o artigo 4 que define o exercício dos direitos naturais de um homem a partir da ideia de gozo de iguais direitos. Princípio fundamental tanto para Kant, como para Rawls em seu primeiro princípio da justiça de Rawls, referente às iguais liberdades fundamentais (2010a, p.113-114). Neste sentido para Habermas: “o direito moderno se adequa à integração social de sociedades econômicas que, em domínios de ações neutralizados do ponto de vista ético, dependem das decisões descentralizadas de sujeitos singulares orientados pelo sucesso próprio.” (2010a, p. 113-114). Porém, por outro lado, “devendo levar em conta também uma integração social que se realiza através de entendimento de sujeitos que agem comunicativamente, isto é, através da aceitabilidade de pretensões de validade (2010a, p.114). Por onde evidentemente entram as exigências de legitimação que se juntam às necessidades sistêmicas.

Para Habermas, Kant: “estatuí performativamente as condições sob as quais uma ordem legítima pode obter validade. Pois “o direito é a limitação da liberdade de cada um à condição de sua concordância com a liberdade de todos, na medida em que esta é possível segundo uma lei geral.” (2010a, p. 126). Segundo Habermas, “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 (2010a, p. 126-127). Por que dotados de razão, os homens são capazes de formar consensos racionais. Por isso expressa Habermas: “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.” (2010a, p. 127). E, continuando em seguida, escreve: “Os direitos do homem, fundamentados na autonomia moral, só podem adquirir uma figura positiva através da autonomia política dos cidadãos. O princípio do direito parece realizar uma mediação entre o princípio moral e o da democracia.” (2010a, p. 127). Por isso o direito moderno legítimo não pode entrar em contradição com a ideia de justiça e os ideais de vida pós-tradicionais. Sendo assim, afirma: “Argumentos em prol da legitimidade do direito devem ser compatíveis com os princípios morais da justiça e da solidariedade universal – [...] – bem como com os princípios éticos de uma conduta de vida autorresponsável, projetada conscientemente, tanto de indivíduos, como de coletividades.” (2010a, p. 133). Por conseguinte Habermas afirma na sequência:

Os direitos humanos e o princípio da soberania do povo formam as ideias em cuja luz ainda é possível justificar o direito moderno; e isso não é mera casualidade. Pois a essas ideias vêm somar-se os conteúdos que sobrevivem, de certa forma, depois que a substância normativa de um *ethos* ancorado em tradições metafísicas e religiosas passa pelo crivo de fundamentações pós-tradicionais. (2010a, p. 133).

Na visão liberal prevalece o momento moral, na visão republicana o momento ético-voluntário. Porém é necessário para Habermas superar a concorrência entre direitos humanos e democracia, para encontrar seu nexos interno de legitimidade.

Partindo da ideia de Kant de que “ninguém, no exercício de sua autonomia como cidadão, *poderia*, dar a sua adesão a leis que pecam contra sua autonomia política” (2010a, p. 137), Habermas entende que: “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.” (2010a, p. 137). O modo de exercício da autonomia política, se liga à formação discursiva da opinião e da vontade. Por tanto trata-se da força ilocucionária do discurso que convence sem coerção, forma a opinião e o entendimento capazes de mover a vontade geral preservando a dignidade dos parceiros do direito, mediante a preservação de seus direitos fundamentais.

Daí a afirmação: “O almejado nexos interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá, se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente.” (2010a, p. 138).

Um grande problema se coloca para a discussão da legitimidade do direito moderno. Trata-se das condições de institucionalização das formas de comunicação. É evidente que elas supõem a democracia, mas as democracias formais vigentes não garantem a preservação de uma esfera pública crítica. O direito legítimo supõe que os autores do direito são em conjunto os que estão sob sua jurisdição.

Por isso, as características formais da obrigação e da positividade vêm associadas a uma pretensão de legitimidade, pois existe a expectativa de que as normas, asseguradas através de ameaças de sanção por parte do Estado, e resultantes das decisões modificáveis de um legislador político, podem salvaguardar simetricamente a autonomia de todos os sujeitos de direito. (2010b, p. 307).

Porém isso não acontece de fato. O que recoloca a tensão entre facticidade e validade. O ciclo de legitimidade não se fecha por completo. Por outro lado, Habermas explicita que: “Mensagens normativas só conseguem circular *em toda a amplitude da sociedade* através da linguagem do direito; sem tradução para o código do direito, que é complexo, porém aberto tanto ao mundo da vida como ao sistema, estes não encontrariam eco nos universos de ação dirigidos por meios.” (2010a, p. 82). Fica claro que para o autor o “que é específico na validade do direito, a tensão entre facticidade e validade inerente ao próprio direito” (2010a, p. 92), não entra no campo de visão de uma teoria moral ou meramente normativa do direito. O que é o caso da teoria de São Tomás. Por isso, parte do que ele vê como mera corrupção da lei é uma necessidade específica do direito. O qual por outro lado não pode perder o nexos com a moralidade e a eticidade.

Por esse motivo Habermas também não se contenta com as meras análises sociológicas do direito. Pois elas “têm que unir a intervenção externa com uma reconstrução que inicia internamente; a partir daí o engate da teoria normativa na realidade não precisa mais passar, *sem mediação*, por sobre a consciência política de um público de cidadãos.” (2010a, p. 93). Os homens, que não são anjos, nem bestas-feras entendem que: “Os meios de regulação – dinheiro e poder administrativo – são ancorados no mundo da vida através da institucionalização jurídica dos mercados e das organizações burocráticas.” (2010a, p.104-105). Por conseguinte, é verdade que colonizam o mundo da vida conforme mostra a “Teoria do agir comunicativo” (2012a) na consideração final. Por outro lado, também precisam dele. É certo que para Habermas o direito distingue-se da moral pois:

O direito não representa apenas uma forma do saber cultural como a moral, pois forma, simultaneamente, um componente importante do sistema de instituições sociais. O direito é um sistema de saber e, ao mesmo tempo, um sistema de ação. Ele tanto pode ser entendido como um texto de proposições e de interpretações normativas, ou como uma instituição, ou seja, como um complexo de reguladores da ação. (2010a, p.101-111).

Porém, por outro lado:

Todavia o código do direito não mantém contato apenas com o *médium* da linguagem coloquial ordinária pelo qual passam as realizações de entendimento, socialmente integradoras, do mundo da vida; ele também traz mensagens dessa procedência para uma forma na qual o mundo da vida se torna compreensível para os códigos especiais da administração, dirigida pelo poder, e da economia, dirigida pelo dinheiro. (2010a, p. 112).

Isso significa que o direito também é um meio mediante o qual as forças integradoras da sociedade podem fazer valer preceitos ético-morais nos meios conduzidos pelo dinheiro e poder. Neste sentido, é significativa a obra “Mudança estrutural da esfera pública” (2014b), que mostra bem como o capítulo VIII de Direito e democracia revela haver um jogo de forças entre as coerções sistêmicas e as forças de legitimidade e integração social. Também no livro “Entre naturalismo e religião” (2007) aborda, no capítulo II, aborda o tema do “Pluralismo religioso e solidariedade de cidadãos do Estado”. O papel integrador e motivacional quer bases pré-políticas de como o discurso religioso pode assumir numa sociedade pós-secular.

6 A LEGITIMIDADE DA LEI PARTICULAR NO DIREITO MODERNO

Para Habermas a constituição é a lei fundamental, a qual para ser legítima não pode estar em contradição com os direitos humanos. Neste sentido a dignidade humana é “a fonte moral da qual os direitos fundamentais extraem seu conteúdo.” (2012b). Abaixo da constituição as leis aprovadas podem ser submetidas a um tribunal constitucional, para verificar sua legitimidade e evitar mesmo nos regimes democráticos as tiranias das maiorias. Em suas palavras: “Num discurso apoiado em direitos fundamentais, entra em cena o tribunal constitucional [...] entram em jogo os princípios que envolvem uma interpretação construtiva do caso particular, no sentido de Dworkin.” (2010a, p. 304). Neste contexto o tribunal é também uma barreira e uma oposição à sociedade econômica liberada, na medida em que defende os princípios procedimentais do direito que, garantindo os direitos fundamentais, protegem a dignidade e a preservação dos parceiros do direito contra os interesses pragmáticos e sistêmicos de maiorias tirânicas. Protege também os mais vulneráveis contra a arbitrariedade dos mais fortes.

Para Habermas para garantir a legitimidade das leis:

[...] não é necessário e nem possível um retorno à concepção liberal do Estado, segundo a qual “direitos fundamentais são apenas direitos subjetivos de liberdade em oposição ao poder do Estado e não simultaneamente normas objetivas de princípio e obrigatórias para todos os domínios do direito. [...] E se – impulsionados pelas atuais circunstâncias do compromisso com o Estado social – pretendemos manter, não apenas o Estado de direito, mas o Estado democrático de direito, então a constituição não pode mais ser entendida apenas como uma “ordem” que regula primariamente a relação entre o Estado e os cidadãos. O poder social econômico e administrativo necessita de disciplinamento por parte do Estado de direito. (2010a, p. 325-326).

A legitimidade da lei, que em São Tomás tinha que passar pelo crivo da conformidade com o direito natural, ancorado na dignidade humana, numa perspectiva metafísica, agora precisa entrar em conformidade com o princípio da dignidade humana, numa perspectiva pós-metafísica, mas não menos exigente, por estar vinculado e alimentar moralmente a posituação dos direitos humanos como direitos fundamentais. Por isso Habermas também afirma:

Somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado: O tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. (2010a, p. 326).

Já ficou claro o nexos interno entre direito e democracia. Somente os regimes democráticos são capazes de fomentar e preservar a dignidade e os direitos humanos, os quais são violados por qualquer regime que atente contra a liberdade dos cidadãos sob qualquer pretexto.

Deve ficar claro também que a jurisdição do tribunal constitucional é apenas uma instituição, que viabiliza certa resistência à colonização do mundo da vida, e preservação da integração social legítima pelos meios do direito. Ela própria pode também estar sob suspeita e ser alvo de severas críticas na esfera pública. Neste sentido relata Habermas apoiando-se em Michelman que “o tribunal constitucional, ao intervir na legislação política e ao suspender normas aprovadas pelo parlamento, tem que apelar para uma autoridade derivada, inferida do direito de autodeterminação do povo.” (2010a, p. 330). De certa forma continua mais adiante “o processo democrático desempenha a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade.” (2010a, p. 333). Porém esse interesse da sociedade não é egocêntrico, ou meramente vinculado à cultura de uma sociedade particular. Por isso Habermas afirma:

Para ser legítimo, o direito de uma comunidade jurídica concreta, normatizado politicamente, tem que estar, ao menos: em sintonia com princípios morais que pretendem validade geral, ultrapassando a própria comunidade jurídica. [...]. Porém, tal formação de compromisso não se realiza nas formas de um discurso racional que neutraliza o poder ou exclui o agir estratégico. (2010a, p. 351).

Os princípios morais de validade universal, são o princípio da dignidade humana e os Direitos humanos. Segundo Habermas: “A dignidade humana, que é uma e a mesma em todo lugar e para cada um, fundamenta a *indivisibilidade* dos direitos fundamentais.” (2014a, p. 16). Neste mesmo texto mais adiante Habermas esclarece o nexos entre dignidade humana, direito positivo, democracia e direitos humanos.

A dignidade humana forma algo como o portal por meio do qual o conteúdo igualitário-universal da moral é importado ao direito. A ideia da dignidade humana é a dobradiça conceitual que conecta a moral do respeito igual por cada um com o direito positivo e com a legislação democrática de tal modo que, na sua cooperação sob circunstâncias históricas favoráveis, pôde emergir uma ordem política fundamentada nos direitos humanos. (2014a, 17-18).

Segundo Habermas eles, porém, não são mais entendidos como princípios metafísicos, mas sim como condições formais necessárias do procedimento democrático de legitimidade do direito. Segundo o autor: “Esse conceito é suficientemente forte para fundamentar o modo deliberativo do processo de legislação como condição necessária da normalização legítima, porém fraco o bastante para não perder o engate em teorias empíricas.” (2010a, p. 352). Isso significa que o direito legítimo precisa manter a conexão com a moral, da dignidade humana, herdeira do direito natural e fomentadora dos direitos humanos num contexto de eticidade vinculada à cultura de cada sociedade particular. Porém, por outro lado, mantém também a conexão com os sistemas econômico e de poder, que limitam a efetividade dos direitos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após situar a questão 95 no contexto da Suma Teológica de São Tomás tratou-se a questão se é útil terem os homens leis, ao que se pode responder que ele mostra que a lei é útil, pois favorece a disciplina que leva à prática da virtude. Na sequência verificou-se se toda lei feita pelos homens é derivada da lei natural. A resposta é que toda lei estabelecida pelo homem tem natureza de lei na medida em que deriva da lei da natureza, não podendo estar em contradição com a mesma pois, caso isso aconteça, já não será

lei, mas corrupção dela. São Tomás também concorda com Isidoro que a lei há de ser honesta, justa, possível, natural, conforme aos costumes pátrios, conveniente ao lugar e ao tempo, necessária, útil, clara e escrita para a utilidade comum dos cidadãos. Por fim, ele distingue o direito positivo em direito das gentes e direito civil; e afirma que faz parte da essência da lei humana ordenar-se ao bem comum da cidade, ser instituída pelo governador da comunidade civil e ser diretiva dos atos humanos.

Na perspectiva de Habermas o sentido da utilidade da lei apresenta-se de uma forma complexa atendendo às necessidades de ordem da sociedade que apresenta dimensões éticas, morais, econômicas e de poder, conciliando a funcionalidade e a legitimidade. Mostra que o Direito positivo moderno não se reduz a uma abordagem ético-moral, nem a uma abordagem sociológica objetivante, mas que também não pode prescindir de ambas. Por consequência, como irredutível à moral, o direito moderno não possui uma legitimidade meramente moral, mas também pragmática, a qual tem que ser lida na tensão entre facticidade e validade. Abordou-se na sequência a questão da legitimidade do direito como um todo. A lei e o direito, embora tenham força coercitiva, são primeiramente lidos a partir de Kant e Rousseau, como expressão da racionalidade onde se pode constatar que os princípios da dignidade humana e dos direitos humanos, ambos herdeiros do direito natural, junto com a democracia, são os elementos constitutivos da legitimidade do direito. Por fim, verifica-se que as leis são julgadas legítimas, à medida que são capazes de preservar a dignidade humana e os direitos humanos, positivados como direitos fundamentais em seu nexos interno com democracia. O que era direito natural e das gentes é agora pensado, no paradigma procedimental como elementos formais, e, por conseguinte, necessários ao exercício da autonomia democrática.

Verifica-se, por fim, uma diferenciação significativa entre os respectivos autores. Por derivar o direito e a lei diretamente da moral, São Tomás não considera direito a lei positiva em conflito com a lei natural. Por outro lado, Habermas, em função da compreensão própria do direito entre a facticidade e validade, reconhece que a legitimidade do direito positivo é precária, mas a lei ilegítima não deixa de ser lei por atender a interesses particulares e atentar contra a justiça.

Por outro lado, constata-se a transposição feita por Habermas de elementos fundamentais do direito natural na avaliação da legitimidade do direito como um todo e da lei em particular, especialmente no que diz respeito à dignidade humana, direitos humanos e direitos fundamentais. Tem-se então uma linha de continuidade e pertença crítica e revisora da tradição do direito ocidental.

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.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Antonio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

FINNIS, John M. **Direito Natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico**. Trad. de Leandro Cordioli. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007. 176 p.

HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e Religião: Estudos Filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010a. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010b. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo:** sobre a crítica da razão funcionalista. São Paulo: Martins Fontes, 2012a. v. II.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa.** São Paulo: UNESP, 2012b.

HABERMAS, Jürgen. **Na esteira da tecnocracia:** pequenos escritos políticos. XII. São Paulo: Unesp, 2014a.

HABERMAS, Jürgen. **Mudanças estrutural da esfera pública.** São Paulo: Unesp, 2014b.

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. 888 p.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História:** lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000. 487 p.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NASCIMENTO, Carlos Arthur do. **Santo Tomás de Aquino:** o Boi Mudo da Sicília. São Paulo: Educ, 1992. 112 p.

RAMPAZZO, Lino; NAHUR, M. T. M. **Princípios Jurídicos e Éticos em São Tomás de Aquino.** São Paulo: Paulus, 2015. 166 p.

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

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito:** definição e fins do Direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.