

**Saulo de Tarso Fernandes Dias**

**A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL EM JÜRGEN HABERMAS**

**Dissertação de Mestrado em Filosofia**

**Orientadora:** Profa. Dra. Cláudia Maria Rocha de Oliveira

Apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

Belo Horizonte  
**Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia**  
2019

**Saulo de Tarso Fernandes Dias**

## **A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL EM JÜRGEN HABERMAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Filosofia.

**Área de concentração:** Filosofia.

**Linha de pesquisa:** Ética

**Orientadora:** Profa. Dra. Cláudia Maria Rocha de Oliveira

## FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia

Dias, Saulo de Tarso Fernandes

D541r A relação entre direito e moral em Jürgen Habermas / Saulo de Tarso Fernandes Dias. - Belo Horizonte, 2019.  
88 p.

Orientador: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Cláudia Maria Rocha de Oliveira  
Dissertação (Mestrado) – Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia, Departamento de Filosofia.

1. Ética. 2. Direito. 3. Moral. 4. Habermas, Jürgen. I. Oliveira, Cláudia Maria Rocha de. II. Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia. Departamento de Filosofia. III. Título

CDU 17

Dissertação de **Saulo de Tarso Fernandes Dias** defendida e aprovada, com a nota 10  
( DEZ ) atribuída pela Banca Examinadora constituída pelos  
Professores:

Cláudia Maria Rocha de Oliveira  
Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Cláudia Maria Rocha de Oliveira / (Orientadora)

Elton Vitoriano Ribeiro  
Prof. Dr. Elton Vitoriano Ribeiro / FAJE

Cláudia Maria Rocha de Oliveira  
p/ Prof. Dr. Bartolomeu Leite da Silva / UFPB  
(participou por videoconferência)

Departamento de Filosofia – Pós-Graduação (Mestrado)

FAJE – Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia

Belo Horizonte, 31 de maio de 2019.

A minha filha Catarina, pela inspiração e carinho,  
e a minha esposa Carolina, pela sua dedicação e pelo amor incondicional.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus pelo dom da vida e pela saúde constante. À Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia (FAJE), lugar de reflexão, paz e transmissão do conhecimento puro e autêntico. Agradeço a todos os professores, funcionários e alunos da FAJE, pela acolhida e agradável recepção desde o primeiro contato com a instituição até os dias atuais. À professora Cláudia Maria Rocha de Oliveira pela orientação dedicada, paciente e competente.

Agradeço especialmente aos meus pais João Carlos e Ruth, por todo apoio, exemplo e motivação, ao meu irmão João Paulo, pela idealização deste trabalho e pelos livros emprestados. Agradeço a minha esposa Carolina, presente em todos os momentos, apoiando desde o desafio do processo seletivo até a conclusão dos trabalhos, aos pais da minha esposa, Edson e Ângela, por todo suporte (especialmente os cuidados com a pequena Catarina), sem o qual não seria possível a conclusão deste trabalho. Agradeço a todos familiares e amigos pelo incentivo, reconhecimento e convívio agradável durante esta caminhada.

Agradeço também aos meus comandantes e chefes militares pelo apoio e compreensão durante esta fase de aperfeiçoamento pessoal e profissional.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

“A filosofia *não necessita* de argumentos morais para demonstrar que é recomendável organizar nossa convivência com os meios do direito, ou seja, formar comunidade jurídica em geral, pois bastam argumentos funcionais. O filósofo deve satisfazer-se com a ideia de que, em sociedades complexas, só é possível estabelecer, de modo confiável, condições morais de respeito mútuo, inclusive entre estrangeiros, se se apelar para o *medium* do direito”.

Jürgen Habermas

## RESUMO

A relação entre direito e moral é um tema recorrente entre os filósofos, desde os clássicos aos contemporâneos, principalmente quando estes abordam os temas da Filosofia do Direito. Este trabalho visa analisar os fundamentos teóricos que levaram à mudança operada no entendimento sobre a relação entre direito e moral no contexto das sociedades complexas da modernidade pelo filósofo Jürgen Habermas. Inicialmente, nas suas *Tanner Lectures (Direito e Moral, 1986)*, Habermas apresentou a tese na qual era possível obter a legitimidade através de uma legalidade entrelaçada com a moral. Para Habermas a ética é procedimental. Ela oferece um procedimento a partir do qual as normas de ação podem ser avaliadas/justificadas. Ocorre que seis anos depois, em sua obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade (1992)*, o entendimento foi alterado a partir de uma nova construção teórica na qual a legitimação pode advir do princípio da democracia, apoiada em um princípio do discurso neutro moralmente. Seguindo sua nova fundamentação, também baseada na racionalidade comunicativa, Habermas altera sua compreensão acerca do princípio do discurso neutro moralmente. Esse princípio dá origem tanto ao princípio da democracia quanto ao princípio moral. O resultado da interligação entre o princípio do discurso e a forma jurídica, passa a conferir a força legitimadora ao processo de normatização. Como conclusão, verificou-se que a relação entre direito e moral para Habermas é de complementariedade, tanto *Direito e Moral (1986)* quanto em *Direito e Democracia (1992)*. A diferença fundamental é que em *Direito e Moral (1986)* o procedimento que avalia e justifica as normas é moral, enquanto em *Direito e Democracia (1992)*, Habermas diferencia de modo mais nítido o princípio do discurso, a partir do qual origina o princípio moral e o princípio da democracia. O procedimento de legitimação das normas passa a ser normativo, mas neutro do ponto de vista da moralidade.

**Palavras-chave:** Direito. Moral. Legalidade. Legitimidade.



## ABSTRACT

The relationship between law and morality is a recurring theme among philosophers, from the classical to the contemporary, especially when they address the themes of the philosophy of law. This paper aims to analyze the theoretical foundations that led to the change in the understanding of the relationship between law and morality in the context of complex societies of modernity by philosopher Jürgen Habermas. Initially, in his Tanner Lectures (Law and Moral, 1986), Habermas presented the thesis that it was possible to obtain legitimacy through a legality intertwined with morality. For Habermas, ethics is procedural. It offers a procedure from which action standards can be evaluated / justified. It happens that six years later, in his work Law and Democracy: Between Facticity and Validity (1992), the understanding was changed from a new theoretical construction in which legitimation can come from the principle of democracy, supported by a principle of neutral discourse. morally. Following his new grounding, also based on communicative rationality, Habermas alters his understanding of the principle of morally neutral discourse. This principle gives rise to both the principle of democracy and the moral principle. The result of the interconnection between the principle of discourse and the legal form, gives the legitimating force to the process of normatization. In conclusion, it was found that the relationship between law and morality for Habermas is one of complementarity, both Law and Moral (1986) and Law and Democracy (1992). The fundamental difference is that in Law and Moral (1986) the procedure that evaluates and justifies norms is moral, while in Law and Democracy (1992) Habermas more clearly differentiates the principle of discourse, from which the principle originates. morality and the principle of democracy. The procedure of legitimizing norms becomes normative but neutral from the point of view of morality.

**Keywords:** Law. Morality. Legality. Legitimacy.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1.1 Teoria Crítica, virada linguístico-pragmática e ação comunicativa .....	15
1.2 Teoria discursiva do direito: da razão prática à razão comunicativa.....	23
1.3 Legitimidade e procedimento.....	31
2 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NAS TANNER LECTURES (1986) .....	38
2.1 A racionalidade jurídica .....	38
2.2 Processos jurídicos e os discursos .....	45
2.3 O entrelaçamento entre direito e moral .....	54
3 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL EM DIREITO E DEMOCRACIA: ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE (1992) .....	63
3.1 Categoria do direito moderno: os direitos subjetivos e a moral .....	63
3.2 A relação de complementaridade entre direito e moral .....	69
3.3 O princípio do discurso, a forma do direito e o princípio da democracia .....	75
CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS .....	84

## INTRODUÇÃO

Jürgen Habermas (1929) é um filósofo e sociólogo alemão que dedicou seu trabalho a temas da ética, filosofia política e filosofia do direito. Habermas iniciou suas pesquisas no Instituto de Pesquisa de Ciências Sociais em Frankfurt como assistente de Theodor W. Adorno (inicialmente o Instituto contava com a colaboração de Friedrich Pollock, Erich Fromm, Walter Benjamim, Franz Neumann, Leo Löwenthal, Otto Kirchheimer e Herbert Marcuse). A trajetória de Habermas está diretamente relacionada à Escola de Frankfurt (termo genérico que designa sua constelação de pesquisadores) e suas gerações de pesquisadores<sup>1</sup>.

Suas pesquisas junto à Escola de Frankfurt, aliado ao apoio que obteve de Hans-Georg Gadamer e Karl Löwith, quando lecionava na Universidade de Heidelberg (1961-1964), permitiram a conclusão de seu trabalho de habilitação, sua iniciação na hermenêutica e o esboço de uma teoria da sociedade unida a uma teoria da comunicação. Destacam-se, neste período, os conhecimentos adquiridos a partir da leitura de autores recomendados por seu amigo Apel, tais como: Wittgenstein, que permitia o aprofundamento sobre a filosofia da linguagem; Pierce e Dewey, que nutririam sua teoria do conhecimento; e Mead, que nutriria sua ética<sup>2</sup>.

Habermas deixa claro no posfácio redigido para a quarta edição do livro *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* (1992) que sua argumentação “visou essencialmente provar um nexos conceitual ou interno entre Estado de direito e democracia, o qual não é meramente histórico ou casual”<sup>3</sup>. Sendo assim, o filósofo analisou o direito moderno, identificando que o mesmo se estrutura a partir de um sistema de normas positivas e impositivas que tem a pretensão de garantir a liberdade e o funcionamento das diversas estruturas (administração, mercados etc.) das sociedades democráticas.

Suas reflexões sobre o Estado de direito perpassaram por conceitos de filósofos clássicos, tais como Thomas Hobbes e Immanuel Kant, até os contemporâneos como John

---

<sup>1</sup> Franco Volpi destaca dois momentos da Escola de Frankfurt que envolvem Habermas: a antiga escola de inspiração hegeliano-marxista (Theodor Wiesengrund, Adorno e o jovem Jürgen Habermas) e a nova escola (Karl-Otto Apel e o último Habermas) com o projeto de uma ética do discurso fundada em uma pragmática transcendental ou universal. Cf. VOLPI, Franco. Rehabilitación de la filosofía práctica y neo-aristotelismo. *Anuario Filosófico* 50/1, p. 189-214, 2017.

<sup>2</sup> DUPEYRIX, Alexandre. *Compreender Habermas*. Trad.: Edson Bini. São Paulo: Edições Loyola, 2012, p. 28-29.

<sup>3</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. v. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b, p. 310.

Rawls, Ronald Dworkin e Robert Alexy. E para atingir esse propósito de comprovar um nexo interno entre Estado de direito e democracia, Habermas acredita que é preciso esclarecer as seguintes três importantes proposições: a) o direito positivo não pode ser submetido simplesmente à moral; b) a soberania do povo e os direitos humanos pressupõem-se mutuamente; e c) o princípio da democracia possui raízes próprias, independentes da moral<sup>4</sup>.

O estudo do direito e da democracia está diretamente ligado com a tensão existente no sistema de direitos entre facticidade e validade para Habermas. Essa tensão é imanente ao direito e pode-se traduzir “como tensão entre a positividade e a legitimidade”<sup>5</sup>. A positividade está relacionada com as normas jurídicas e a legitimidade, com a aceitação e o cumprimento das mesmas pelos indivíduos de um determinado grupo social.

Para dar prosseguimento ao seu estudo sobre as democracias modernas fortemente influenciadas pelo sistema de direitos, Habermas precisou enfrentar o tema da relação entre o direito e moral, tema este recorrente para filósofos e juristas desde os pensadores gregos até os contemporâneos<sup>6</sup>. Assim como outros estudiosos, Habermas acredita que há uma conexão entre direito e a moral, isto é, entre a normatividade jurídica e a moral. Por outro lado, parte dos pensadores acredita na tese da separação entre direito e moral.

Para elaborar sua crítica sobre do positivismo jurídico, Habermas identifica Hans Kelsen e H. L. A. Hart dentre os pensadores desta corrente. Para Habermas, o pensamento positivista de Kelsen é importante, pois “desengata o conceito do direito do da moral, e inclusive do da pessoal natural”<sup>7</sup>, operando um desengate entre pessoa natural e pessoal moral, o que reflete diretamente na doutrina dos direitos subjetivos, dando uma nova interpretação puramente funcionalista aos direitos subjetivos<sup>8</sup>.

Kelsen desenvolveu, na sua obra *A teoria pura do direito (Reine Rechtslehre, 1960)*, a ideia de separação total entre direito e moral. Para Kelsen, as normas jurídicas regulam as condutas dos homens ao lado das normas sociais, ou seja, normas morais. Sendo assim, a ciência dirigida ao conhecimento e à descrição de normas jurídicas é a ciência jurídica; a de

---

<sup>4</sup> HABERMAS, *Direito e democracia II*, p. 310.

<sup>5</sup> HABERMAS, *Direito e democracia II*, p. 310.

<sup>6</sup> A relação entre normas morais e normas legais foi abordada, direta ou indiretamente, por diversos filósofos e juristas, tais como Aristóteles, Thomas Hobbes, Immanuel Kant, Hans Kelsen, Wilhelm Wundt, Émile Durkheim, R. M. Hare, Klaus Günther e Jürgen Habermas.

<sup>7</sup> HABERMAS, *Direito e democracia I*, p. 118.

<sup>8</sup> Habermas apresenta conceitos diversos de direitos subjetivos, tais como o de Savigny, Ihering e do próprio Kelsen, e aponta que “a doutrina do direito subjetivo começa quando os direitos morais subjetivos se tornam independentes, os quais pretendem uma legitimidade maior que a do processo legislativo”. Cf. HABERMAS, *Direito e democracia I*, p. 121.

normas morais é a Ética<sup>9</sup>. Para o filósofo, tanto as normas do Direito quanto as normas da Moral são criadas pelo costume ou por meio de uma elaboração consciente; no entanto, apesar da mesma origem, são distintas entre si, particularmente quanto à capacidade coercitiva e sancionatória de cada norma, como se vê:

Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se *naquilo* que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas *como* elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana. O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando – como já mostramos – se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligada à conduta oposta um ato de correção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas apenas consistem na aprovação da conduta conforme as normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nele não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física<sup>10</sup>.

Como um dos críticos do positivismo jurídico, Jürgen Habermas escreveu no ano de 1986, enquanto estava vinculado à Universidade Johann Wolfgang von Goethe, em Frankfurt – Alemanha, o texto *Law and morality* (Direito e Moral), que foi apresentado e publicado nas *Tanner Lectures on Human Values*<sup>11</sup>. O texto é dividido em duas aulas: a) como é possível a legitimidade através da legalidade?; e b) a ideia de Estado de direito. Na primeira aula, Habermas realiza suas críticas sobre a concepção de Max Weber acerca da materialização do direito e do conceito de racionalidade do direito. Discordando de Weber, nosso autor defende a tese de que a legalidade tem que extrair sua legitimidade de uma racionalidade procedimental com teor moral<sup>12</sup>.

Nessa aula, Habermas apresenta, pela primeira vez, o seu entendimento de que a relação entre direito e moral é de *complementariedade*, que se desdobra em um *entrelaçamento* simultâneo entre direito e moral, conforme descrito no trecho:

<sup>9</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 67.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 71.

<sup>11</sup> As conferências de Tanner sobre valores humanos são a publicação anual das palestras de Tanner ministradas nas seguintes universidades: Clare Hall, Universidade de Cambridge; Brasenose College, Universidade de Oxford; Universidade de Harvard; Universidade de Yale, Universidade da Califórnia; Universidade de Stanford, Universidade de Michigan; a Universidade de Utah e em outros locais. Estabelecidos para refletir sobre a aprendizagem acadêmica e científica relativa aos valores humanos, as palestras são internacionais e intercultural e transcendem distinções étnicas, nacionais, religiosas e ideológicas. A nomeação como conferencista de Tanner é um reconhecimento de capacidades incomuns e de uma excelente capacidade acadêmica ou de liderança no campo dos valores humanos. O volume VIII das *Tanner Lectures on Human Values* no qual consta o texto de Habermas foi originalmente publicado em 1988. Disponível em < <http://www.cambridge.org/catalogue/Catalogue.asp?ISBN=9780521176491>>, acesso em: 17/09/2017.

<sup>12</sup> HABERMAS, *Direito e democracia II*, p. 194.

A questão acerca da legitimidade da legalidade fez com que o tema do direito e da moral predominasse. Esclarecemos como o direito, exteriorizado de modo convencional, e a moral interiorizada *se complementam*. Porém não nos interessamos apenas nessa relação complementar, e sim no *entrelaçamento* simultâneo entre moral e direito. Este resulta do fato que, nas ordens do Estado de direito, lança-se mão de meios do direito positivo, a fim de distribuir os pesos da argumentação e institucionalizar caminhos abertos a argumentações morais<sup>13</sup>.

Na segunda aula, Habermas aborda as características da teoria sistêmica de Luhmann, analisando como o direito moderno se diferenciou do complexo tradicional da política, do direito e da moral, e se a ideia de Estado de direito pode enraizar-se numa sociedade de grande complexidade e marcada por constantes modificações de estruturas<sup>14</sup>. Nessa mesma aula, Habermas retoma a tese “segundo a qual a moralidade embutida no direito positivo possui força transcendente de um processo que se regula a si mesmo e que controla sua própria racionalidade”<sup>15</sup>.

Habermas realiza uma análise histórica e teórica das sociedades complexas da modernidade, explicando como as normas moralmente obrigatórias e enraizadas em tradições são capazes de modificar a jurisdição e de transformar um poder fático em normativo. O entrelaçamento entre uma moral de cunho religioso, a soberania legitimada juridicamente e a administração estatal organizada conforme o direito, permite entender como as normas de direito, sejam oriundas do legislador político, sejam aquelas da prática judicial, são complementadas por uma consciência moral que funciona como uma espécie de catalisador no processo em que se mesclam direito e moral<sup>16</sup>.

Ocorre que em 1992, seis anos após a publicação de *Direito e Moral* nas *Tanner Lectures*, Habermas publica a obra *Direito e democracia: entre facticidade e validade*<sup>17</sup>, na qual tenta “mediar uma teoria sociológica do direito, que parte dos fatos do sistema do direito, com uma filosofia da justiça”<sup>18</sup>. No prefácio, Habermas diz que “atualmente eu não determino mais a relação complementar entre direito e moral seguindo a linha traçada nas *Tanner Lectures*”<sup>19</sup>.

---

<sup>13</sup> HABERMAS, *Direito e democracia II*, p. 218 (grifos nossos).

<sup>14</sup> HABERMAS, *Direito e democracia II*, p. 194.

<sup>15</sup> HABERMAS, *Direito e democracia II*, p. 243.

<sup>16</sup> HABERMAS, *Direito e democracia II*, p. 326.

<sup>17</sup> Habermas apresenta nessa obra uma pluralidade de perspectivas a partir das longas discussões de um grupo de estudo composto por teóricos do direito de Frankfurt, a saber: Ingeborg Maus, Rainer Forst, Gunter Frankenberg, Klaus Gunther, Bernhard Peters e Lutz Wingert. HEESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Trad.: Vilmar Schneider. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 84.

<sup>18</sup> HEESE-SCHÄFER, *Compreender Habermas*, p. 84.

<sup>19</sup> HABERMAS, *Direito e democracia I*, p. 10.

Foi exatamente a partir deste ponto que, desde o início, a presente pesquisa acadêmica se voltou para buscar clarificar quais fundamentos teóricos que levaram a essa mudança de compreensão do tema pelo próprio autor. Nesse mesmo sentido, Delamar José Volpato Dutra, pesquisador sobre Jürgen Habermas da Universidade Federal de Santa Catarina, sugere pesquisa semelhante<sup>20</sup>.

Para alcançar as respostas sobre quais fundamentos teóricos que levaram a essa mudança de compreensão da relação entre direito e moral em Habermas de *Direito e Moral* (1986) para *Direito e Democracia* (1992), seguiremos o seguinte caminho: em um primeiro momento apresentaremos o marco teórico em que Habermas desenvolve suas ideias, ou seja, veremos em que consistiu a *guinada linguístico-pragmática* no contexto da Teoria Crítica, bem como os conceitos habermasianos de *atos de fala, ação comunicativa e discurso*. Em seguida, apresentaremos como Habermas pretende pensar o discurso a partir da *guinada linguístico-pragmática*. O discurso é o procedimento mais adequado para avaliar a legitimidade de normas no contexto de sua teoria comunicativa.

Em um segundo momento, analisaremos em *Direito e Moral* (1986) a relação complementar entre direito e moral, que se apresentava como uma moral entrelaçada ao direito. Veremos porque Habermas discorda de tese de neutralidade moral da racionalidade jurídica defendida Max Weber. Para Habermas, existe um *entrelaçamento* entre direito e moral.

Finalmente, no terceiro momento, ao examinar *Direito e Democracia* (1992), explicitaremos as razões que levaram Habermas a pensar na autonomia do direito em relação à moral. Examinaremos, então, como Habermas concebe a relação entre direitos humanos e soberania do povo, até chegar à fundamentação do direito pelo caminho da teoria do discurso. O princípio do discurso<sup>21</sup> dá origem a dois outros princípios, ao princípio da democracia e ao princípio moral. Estes dois últimos princípios são co-originários e passam a conferir a força

---

<sup>20</sup> No artigo *Moral e Direito nas Tanner Lectures de Habermas: um modelo processual de moralização do direito*, Dutra diz que “parece que a mudança com relação às *Tanner Lectures* tenha sido uma revisão do acento demais normativista do papel da moral na sua relação complementar ao direito. No entanto, tal afirmação ainda é carente de um estudo melhor, haja vista o debate que tal problemática suscitou” (DUTRA, 2011, p. 14). Também sugere a continuação da pesquisa relativa ao tema proposto por Santiago Prono. Cf. PRONO, Santiago. *Moral, Política y Derecho. La Ética del Discurso y sus aportes al Estado Democrático de Derecho*. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 17. Enero 2013, pp. 47-69.

<sup>21</sup> Para Habermas, “o princípio da teoria do discurso introduz um elemento realista, na medida em que desloca as condições para uma formação política racional da opinião e da vontade: ele as retira do nível das motivações e decisões de atores e grupos singulares e as transporta para o nível social de processos institucionalizados de resolução e de decisão. E aqui emerge o ponto de vista estruturalista: processos democráticos e arranjos comunicativos podem funcionar como filtros que selecionam temas e contribuições, informações e argumentos, de tal modo que somente ‘contam’ os que são válidos e relevantes”. Cf. HABERMAS, *Direito e democracia II*, p. 324.

legitimadora ao processo de normatização<sup>22</sup>. Em outras palavras, vamos investigar a mudança operada no entendimento inicial. Em *Direito e Moral* (1986) era possível a legitimidade através de uma legalidade entrelaçada com a moral. Neste primeiro caso, o princípio do discurso coincidia com o princípio moral. Em *Direito e Democracia* (1992), seu entendimento mais recente, a legitimação de normas pode advir de um princípio da democracia, apoiado em um princípio do discurso neutro moralmente, uma vez que Habermas passou a distinguir o princípio moral do princípio da democracia<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> HABERMAS, *Direito e democracia I*, pp. 154-158.

<sup>23</sup> No posfácio da obra escrito para a 4ª edição, Habermas diz que “a legitimidade do direito positivo não deriva mais de um direito moral superior: porém ele pode consegui-la através de um processo de formação da opinião e da vontade, que se presume racional”. Cf. HABERMAS, *Direito e democracia II*, p. 318.



# 1 FILOSOFIA, DIREITO E SOCIEDADE

## 1.1 Teoria Crítica, virada linguístico-pragmática e ação comunicativa

A palavra “crítica” dentro da tradição da Teoria Crítica possui, dentre outros, o sentido fundamental de que não é possível mostrar “como as coisas são” *senão* a partir da perspectiva de “como deveriam ser”, ou seja, “crítica” significa dizer o que é em vista do que *ainda* não é, mas *pode* ser. Sabe-se que a expressão *Teoria Crítica*, a que nos referimos hoje, foi utilizada pela primeira vez como *conceito* em Max Horkheimer (1895-1973) em um texto chamado “Teoria Tradicional e Teoria Crítica” (1937), publicado em uma revista do Instituto de Pesquisa Social (*Institut für Sozialforschung*), fundado em 1923 na cidade alemã de Frankfurt am Main.<sup>24</sup>

Assim, pode-se dizer que a Teoria Crítica e a Escola de Frankfurt estão diretamente relacionadas, tema interessante que citaremos de passagem, pois devido às balizas deste trabalho não poderemos aprofundar<sup>25</sup>. De Max Horkheimer a Axel Honneth<sup>26</sup>, diversos foram os autores e modelos de Teoria Crítica. O que aqui nos interessa é o *modelo comunicativo* de Jürgen Habermas. Habermas toma como ponto de partida para formulação de sua crítica a

<sup>24</sup> Marcos Nobre acredita que a “explicação da expressão ‘Teoria Crítica’ já traz consigo uma grande quantidade de dados e elementos a serem analisados. Vê-se, por exemplo, que a Teoria Crítica está ligada a um Instituto, a uma revista, a um pensador que estava no centro de ambos (Horkheimer) e a um período histórico marcado pelo nazismo (1933-45), pelo stalinismo (1924-53) e pela Segunda Guerra Mundial (1939-45)”. NOBRE, Marcos. *A teoria crítica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

<sup>25</sup> Para uma visão histórica e detalhada da relação entre a Teoria Crítica e a Escola de Frankfurt sugerimos a leitura do livro *A Teoria Crítica* (2011) de Marcos Nobre. Muito embora o objetivo principal do Instituto de Pesquisa Social fosse o de promover, no âmbito universitário, investigações científicas a partir da obra de Karl Marx (1818-1883), gostaria de destacar um dos problemas da denominação *Escola de Frankfurt* relacionada ao Instituto – a sua ligação direta com o marxismo. Nobre destaca que “a ideia de ‘escola’ passa a impressão de que se trata de um conjunto de autores que partilham integralmente uma doutrina comum, o que não é o caso. Ter a obra de Marx como referência, como horizonte comum, não significa partilhar dos mesmos diagnósticos e das mesmas opiniões. Pelo contrário, o desenvolvimento da Teoria Crítica mostra que havia acirradas divergências entre os colaboradores do Instituto, não só porque a própria obra de Marx presta a interpretações divergentes, mas também pelo fato de que as maneiras de se utilizar de Marx para compreender o tempo presentes são diversas”. NOBRE, *A teoria crítica*, p. 16.

<sup>26</sup> O Instituto de Pesquisa Social foi fundado em 1924 por Max Horkheimer, Felix Weil e Friedrich Pollock. Jürgen Habermas também teve sua passagem pelo Instituto, ingressando em 1956 como assistente de Adorno. Em 1971, Habermas assume juntamente com Carl-Friedrich von Weizsäcker a direção do Instituto de Pesquisa Social. No período entre 1984 a 1990, Axel Honneth atua como assistente de Habermas, vindo a suceder Habermas em seu posto na Universidade de Frankfurt em 1996 e na direção do Instituto em maio de 2001. NOBRE, Marcos. Prefácio. In: HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. Trad.: Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009, pp. 7-10.

situação da teoria descrita por Horkheimer e Adorno na obra *Dialética do Esclarecimento*, obra na qual os autores empreenderam uma investigação sobre a *razão* humana em amplo espectro.

Horkheimer e Adorno buscavam compreender a racionalidade das relações sociais humanas. Ao invés de possibilitar a instauração de uma sociedade de homens e mulheres livres e iguais, a racionalidade dominante no sistema social bloqueou as possibilidades reais de emancipação e de uma prática transformadora. Os autores referem-se à *racionalidade instrumental*, que, segundo eles, dominou de forma total e completa a sociedade capitalista e foi responsável pelo mencionado bloqueio.

O exercício crítico de Habermas tem como ponto central a *aporia* assumida por Horkheimer e Adorno desde o modelo crítico presente em “Teoria Tradicional e Teoria Crítica” (1937): se a razão instrumental é a única forma de racionalidade no capitalismo administrado, bloqueando qualquer possibilidade real de emancipação, em nome de que é possível criticar a racionalidade instrumental? Para Horkheimer e Adorno, no contexto de um capitalismo administrado, fica extremamente precária a possibilidade de uma crítica a *aporia* assumida conscientemente por eles<sup>27</sup>.

Assim, visando contrapor o diagnóstico de Horkheimer e Adorno, Habermas formulou um novo conceito de *racionalidade*. Habermas pretende mostrar que a racionalidade instrumental não domina sozinha as relações sociais, e sim que a evolução histórico-social conduz a uma progressiva diferenciação da razão humana em dois tipos de racionalidade – a *instrumental* e a *comunicativa*, com se pode ver:

Para ele, a racionalidade instrumental identificada por Horkheimer e Adorno como a única dominante e, por isso, objeto por excelência da crítica não deve ser demonizada, mas é preciso, diferentemente, impor-lhe freios. Para tanto, Habermas irá formular uma teoria da racionalidade com dupla face, em que a instrumental convive com um outro tipo de racionalidade que ele denomina “comunicativa”. Essa teoria é formulada em termos de uma teoria da ação, que Habermas apresentou de maneira mais detalhada em seu livro *Theorie des Kommunikativen Handelns* (Teoria da ação comunicativa), de 1981<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> NOBRE, *A teoria crítica*, pp. 52-53.

<sup>28</sup> NOBRE, *A teoria crítica*, p. 55.

Sobre a *racionalidade comunicativa*, Reese-Schäfer diz que, para Habermas

racionalidade é uma disposição de sujeitos aptos ao diálogo e à ação, cujas asserções e comportamentos estão abertos a uma avaliação de outros. Uma asserção pode ser denominada racional só se preencher as condições necessárias ao entendimento com outros sobre algo no mundo. Ela tem que apresentar uma pretensão de verdade, ser adequada à situação e ainda por cima ser autêntica<sup>29</sup>.

Para Habermas, a *ação instrumental* é aquela orientada para o êxito, através da qual o agente calcula os melhores meios para atingir fins determinados previamente<sup>30</sup>. Habermas pensa que esse tipo de ação caracteriza o trabalho, isto é, são aquelas ações dirigidas à dominação da natureza e à organização da sociedade que visam à produção das condições materiais de vida. Permitem assim a coordenação das ações, ou seja, possibilitam a produção material da sociedade<sup>31</sup>.

Em contraste com a racionalidade instrumental, Habermas apresenta a *racionalidade comunicativa*. Ela está na base da própria *ação comunicativa*, ou seja, aquela ação orientada para o entendimento e não para a manipulação de objetos e pessoas no mundo. Tal ação orientada para o entendimento é a que permite para Habermas a reprodução *simbólica* da sociedade<sup>32</sup>. Em *Teoria do agir comunicativo (1981)*, Habermas disse que o *conceito de agir comunicativo*

refere-se à interação de pelo menos dois sujeitos capazes de falar e agir que estabeleçam uma relação interpessoal (seja com meios verbais ou extraverbais). Os atores buscam um entendimento sobre a situação da ação para, de maneira concordante, coordenar seus planos de ação e, com isso, suas ações. O conceito central de interpretação refere-se em primeira linha à negociação de definições situacionais passíveis de consenso<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> HEESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Trad.: Vilmar Schneider. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 177.

<sup>30</sup> Segundo Habermas, “chamamos de *instrumental* uma ação orientada pelo êxito quando a consideramos sob o aspecto da observância de regras técnicas da ação e quando avaliamos o grau de efetividade de uma intervenção segundo uma concatenação de entre estados e acontecimento”. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo 1: racionalidade da ação e racionalização social*. 2 ed. Trad.: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF, 2012a, p. 495.

<sup>31</sup> Cabe ressaltar que, para Habermas, a *ação instrumental* orienta dois outros subsistemas de ação responsáveis pela integração da sociedade: economia e administração (política), que possuem como meios, respectivamente, o dinheiro e o poder. HABERMAS, *Teoria do agir comunicativo 1*, p. 301-326.

<sup>32</sup> NOBRE, *A teoria crítica*, pp. 55-56.

<sup>33</sup> HABERMAS, *Teoria do agir comunicativo 1*, p. 166.

Segundo Frankenberg<sup>34</sup>, o filósofo e sociólogo Jürgen Habermas, como membro da Escola de Frankfurt, foi o responsável pelo redirecionamento do curso da Teoria Crítica para a hermenêutica, para o pragmatismo e para a análise da linguagem. Contudo, a teoria habermasiana da sociedade foi motivada pelos mesmos objetivos originais da Teoria Crítica: as ideias de uma racionalidade historicamente eficaz, a emancipação da dominação e a crítica ao positivismo. A linguagem é compreendida por Habermas como *medium* de todo sentido e validade<sup>35</sup>. Trata-se de uma nova noção de racionalidade capaz de orientar ações vividas concretamente no mundo da vida.

A *guinada linguístico-pragmática* constitui-se em um novo marco teórico para Habermas, que o conduziu da filosofia da consciência para uma filosofia da linguagem, particularmente em seus trabalhos sobre a ação comunicativa e sobre a racionalidade, que serviram de referência para sua teoria da sociedade<sup>36</sup>. Esse novo marco teórico seria marcado então pela superação da filosofia da consciência e da relação sujeito-objeto a partir da *guinada linguística-pragmática*, que contesta a filosofia da consciência e substitui a relação sujeito-objeto pela relação sujeito-sujeito<sup>37</sup>.

Mas, o que foi essa *guinada linguística-pragmática*, também chamada de reviravolta linguística ou *lingüistic turn*? Qual o ponto de partida de Habermas para pensar a noção de racionalidade comunicativa?

Segundo Habermas, o surgimento de um novo paradigma teórico teve o ponto de partida com a substituição feita por Frege da análise de sensações, representações e juízos pela análise das expressões linguísticas. A chamada *reviravolta linguística* foi iniciada por Frege e completada por Wittgenstein. Habermas acredita que seu cerne é basicamente a substituição de uma “análise mentalista” das sensações, representações e juízos por uma “análise semântica” das expressões linguísticas<sup>38</sup>.

Segundo Manfredo Araújo de Oliveira, a novidade da reviravolta linguística se perdeu por ter concentrado na estrutura semântica de uma sentença declarativa. Assim, a filosofia da consciência continuou a analisar os instrumentos semânticos. Na primeira fase da reviravolta

---

<sup>34</sup> FRANKENBERG, Günter. Teoria Crítica. In: FRANKENBERG, Günter, MOREIRA, Luiz (org.). *Jürgen Habermas, 80 anos Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: 2009, p. 6-8.

<sup>35</sup> OLIVEIRA, Cláudia Maria Rocha de. *Formação ético-discursiva da vontade em Jürgen Habermas*. 2007. 124 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia, Belo Horizonte, 2015, p. 39.

<sup>36</sup> FRANKENBERG, Günter. Teoria Crítica. In: FRANKENBERG, Günter, MOREIRA, Luiz (org.). *Jürgen Habermas, 80 anos Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: 2009, p. 6-8.

<sup>37</sup> OLIVEIRA, *Formação ético-discursiva da vontade em Jürgen Habermas*, p. 39.

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. É a Filosofia uma Pragmática? In: *Revista Tempo Brasileiro*, abr.-set. – n° 181/182, Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2010, p. 104.

linguística com Frege ainda havia certas virtualidades, que só foram efetivadas com a *reviravolta pragmática*. Esta sim considerou a linguagem em sua integralidade, ou seja, ela serve tanto para apresentação como para a comunicação. O proferimento linguístico é uma forma de ação<sup>39</sup>. Vejamos mais sobre essa relação entre linguagem, teoria e práxis que permeiam a reviravolta linguística-pragmática:

Na modernidade, a teoria do conhecimento se transformara na nova “filosofia primeira” que acolheu em si a herança de todas as dicotomias (interior x exterior, privado x público, vivência x discurso) do pensamento metafísico oriundo de Platão. Em princípio, a partir desta reviravolta, teria sido possível dar um tratamento pragmático às questões epistemológicas levantadas por Hume e Kant. Isto de fato não aconteceu em virtude da análise da linguagem ter mantido a primazia conferida à teoria em relação à práxis, à sentença declarativa e à sua “função de exposição” em relação à sua “função comunicativa”, postura comum a toda tradição do pensamento ocidental<sup>40</sup>.

Habermas, partindo da tese de que existe uma co-originalidade de exposição, comunicação e ação como dimensões constitutivas da linguagem humana, passa a defender a tese de que a tarefa mais importante da filosofia nos dias atuais é de fazer uma releitura pragmática da filosofia transcendental, que pretendeu reconstruir as condições universais e necessárias sob as quais algo pode tornar-se objeto da experiência e do conhecimento. Segundo Manfredo Araújo, “a leitura pragmática do transcendental provoca uma deflação do pensamento de Kant”<sup>41</sup>, de tal sorte que a análise transcendental passa a significar uma busca de condições presumivelmente universais e inevitáveis que permitam aos sujeitos executar determinadas práticas e obras por meio da linguagem e da ação.

Em resumo, após a reviravolta linguístico-pragmática não é mais possível analisar a capacidade de conhecimento independentemente de nossa capacidade de agir. Linguagem e realidade formam uma simbiose de tal modo que toda experiência humana é linguisticamente impregnada. Somente é possível entendermos a posição filosófica de Habermas se a situarmos no contexto da virada linguístico-pragmática. A teoria da ação comunicativa desenvolvida por Habermas é centrada na consideração da dimensão comunicativa (pragmática), que considera a linguagem como ponto central para compreensão de todas demais dimensões<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> OLIVEIRA, *É a Filosofia uma Pragmática?*, p. 103-104.

<sup>40</sup> OLIVEIRA, *É a Filosofia uma Pragmática?*, p. 104.

<sup>41</sup> OLIVEIRA, *É a Filosofia uma Pragmática?*, p. 105.

<sup>42</sup> OLIVEIRA, *É a Filosofia uma Pragmática?*, pp.105-112.

Visto sob o contexto da reviravolta linguístico-pragmática, podemos destacar a linguagem como uma mediação intransponível, não apenas do conhecimento, mas de todo pensar, agir e falar. Destacaremos, então, para melhor compreensão da teoria habermasiana alguns de seus conceitos fundamentais— *atos de fala, ação comunicativa e discurso*. Habermas propõe uma *pragmática universal*, ou seja, uma teoria comunicativa como forma de reconstruir as condições universais de compreensão através da identificação de estruturas constantes em todas as situações linguísticas possíveis, a fim de encontrar as bases de validade que explicam como o falante e o ouvinte, em uma situação de fala, chegam a um acordo<sup>43</sup>.

Para comunicar-se com alguém o falante emprega o “falar” lançando mão de *atos de fala*, tais como ordens, confissões e constatações<sup>44</sup>. Para Habermas, *todo* ato de fala possui uma dupla estrutura, a chamada estrutura performativo-proposicional. Assim, ao “falar” algo, o falante exprime um *conteúdo proposicional* referente ao plano da experiência e estados das coisas, *sobre* os quais se entendem; e um *conteúdo performativo* que diz respeito ao plano da intersubjetividade, no qual os sujeitos falam *entre si*.

Essa dupla estrutura performativo-proposicional dos atos de fala possui reflexividade imanente, permitindo as ações linguísticas interpretarem-se por si mesmas. Segundo Oliveira, foi “a descoberta da linguagem em sua dupla estrutura performativo-proposicional”<sup>45</sup> que permitiu Habermas “superar a relação sujeito-objeto afirmada pela filosofia da consciência”<sup>46</sup>. O falante, quando profere seus atos de fala, espera que o ouvinte compreenda e aceite o que foi dito como válido. Essa compreensão e validade dos proferimentos “serão a partir de pretensões estabelecidas implicitamente com o proferido”<sup>47</sup>. Essa pretensão Habermas chamou de *pretensão de validade*.

São quatro as pretensões de validade implícitas em todo ato de fala, aqui apresentadas sucintamente: a) pretensão à *compreensibilidade*, depende de um sistema de regras para compreender o proferimento ou manifestação, como, p. ex. o domínio da mesma língua; b) pretensão à *verdade*, faz com que o falante espere que o conteúdo proposicional possa ser aceito como verdadeiro; c) pretensão à *correção normativa*, ao relacionar-se com o mundo

---

<sup>43</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. Habermas entre Amigos e Críticos. Prolegômenos para uma Esfera Pública Judicial Militante. In: FRANKENBERG, Günter, MOREIRA, Luiz (org.). *Jürgen Habermas, 80 anos Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: 2009, p. 301.

<sup>44</sup> HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 65.

<sup>45</sup> OLIVEIRA, *Formação ético-discursiva da vontade em Jürgen Habermas*, p. 46.

<sup>46</sup> OLIVEIRA, *Formação ético-discursiva da vontade em Jürgen Habermas*, p. 46.

<sup>47</sup> OLIVEIRA, *Formação ético-discursiva da vontade em Jürgen Habermas*, p. 52.

social supõe que a manifestação possa ser acolhida como correta; e d) pretensão de *veracidade*, relaciona-se com o mundo subjetivo, com a vontade de exprimir seus sentimentos, desejos e manifestações<sup>48</sup>.

As ideias apresentadas sobre os atos de fala e suas pretensões de validade são fundamentais para compreensão da *razão comunicativa* originária do mundo da vida, pensada por Habermas após a descoberta da linguagem como *medium* constitutivo de todo sentido e validade. A racionalidade comunicativa “constitui-se como razão essencialmente dialógica e, portanto, intersubjetiva, que se exprime na afirmação e resolução de pretensões de validade, e está na base de todo processo de entendimento”<sup>49</sup>. Ressalta-se que nem todo uso da linguagem é comunicativo. Assim, o *uso comunicativo* das expressões linguísticas se verifica quando há a intenção de um falante de obter um entendimento mútuo junto a uma segunda pessoa<sup>50</sup>.

A *racionalidade comunicativa* está “inscrita no *telos* linguístico do entendimento, formando um conjunto de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras do agir”<sup>51</sup>. Segundo Habermas, o *conceito de razão comunicativa* diz respeito “à possibilidade de desempenho (*Einlösung*) discursivo de pretensões de validade susceptíveis de crítica”<sup>52</sup>. Segundo Habermas, *racionais* não são “apenas atos de fala válidos, mas todos os atos de fala inteligíveis pelos quais o falante pode assumir, sob condições dadas cada vez, uma garantia crível de que as pretensões de validade levantadas poderiam, se necessário ser cumpridas discursivamente”<sup>53</sup>. Sobre essa racionalidade, Habermas diz que

racional não é apenas quem faz uma afirmação e é capaz de defendê-la frente a um crítico, aduzindo as evidências pertinentes, mas também (...) aquele que segue uma norma vigente e é capaz de justificar sua ação frente a um crítico interpretando uma situação dada à luz de expectativas legítimas de comportamento. E inclusive (...) aquele que expressa verazmente um desejo, um sentimento um estado de ânimo, que revela um segredo, que revela um fato etc., e que depois convence a um crítico da autenticidade da vivência revelada levando em consideração as consequências práticas e comportando-se de forma consistente com o dito.<sup>54</sup>

<sup>48</sup> OLIVEIRA, *Formação ético-discursiva da vontade em Jürgen Habermas*, pp. 53-54.

<sup>49</sup> OLIVEIRA, *Formação ético-discursiva da vontade em Jürgen Habermas*, p. 51.

<sup>50</sup> OLIVEIRA, *Formação ético-discursiva da vontade em Jürgen Habermas*, p. 52.

<sup>51</sup> OLIVEIRA, *Formação ético-discursiva da vontade em Jürgen Habermas*, p. 55.

<sup>52</sup> Habermas *apud* OLIVEIRA, *Formação ético-discursiva da vontade em Jürgen Habermas*, p. 55.

<sup>53</sup> Habermas *apud* OLIVEIRA, *Formação ético-discursiva da vontade em Jürgen Habermas*, p. 55.

<sup>54</sup> Habermas *apud* OLIVEIRA, *Formação ético-discursiva da vontade em Jürgen Habermas*, p. 56.

Verificamos então que a racionalidade comunicativa apoia-se “em pretensões universais de validade que devem ser satisfeitas a fim de que haja acordo entre os participantes nas interações comunicativas que têm lugar em contextos do mundo da vida”<sup>55</sup>. Ocorre que nem sempre as pretensões de validade no mundo da vida são aceitas. Assim, quando as pretensões à verdade e à correção são questionadas é preciso passar para o nível do *discurso*.

Habermas define discurso como “forma de comunicação caracterizada pela argumentação, na qual se tornam tema as pretensões de validade que se tornaram problemáticas e examina se são legítimas ou não”<sup>56</sup>. Para Habermas, *o discurso* é uma forma reflexiva do agir comunicativo, por intermédio do qual as pretensões controvertidas são avaliadas, questionadas, ou justificadas à luz de razões intersubjetivamente válidas.

A utilização do discurso para solução de pretensões problemáticas se dá pela *força do melhor argumento*, e não pela coação lógica ou empírica. Quando o discurso não é utilizado para avaliar pretensões problemáticas, os participantes da interação podem comportar-se estrategicamente ou romper a comunicação, dificultando o entendimento em situações concretas da vida<sup>57</sup>.

A passagem da ação comunicativa para o discurso permite, diante das certezas do mundo da vida, “diferenciar cada *referência ao mundo*, tematizar cada *pretensão de validade* e posicionar-se em cada caso relativamente àquilo que deparam, que se trate de algo objetivo, quer de algo normativo, quer subjetivo”<sup>58</sup>. O discurso possui como *telos* o entendimento, podendo ser compreendido como o *locus* no qual acontece propriamente a formação discursiva da vontade<sup>59</sup>.

Ocorre que nem todas as pretensões de validade levantadas na comunicação cotidiana podem ser solucionadas discursivamente. A pretensão de veracidade só pode ser resolvida nos contextos de ação e a pretensão de inteligibilidade é uma condição indispensável para que a comunicação aconteça. Assim, “apenas as pretensões de verdade e as pretensões de correção normativa podem ser resgatas argumentativamente”<sup>60</sup>. Desta feita, identificamos dois tipos de discursos diferentes, caracterizados da seguinte forma:

---

<sup>55</sup> OLIVEIRA, *Formação ético-discursiva da vontade em Jürgen Habermas*, p. 56.

<sup>56</sup> OLIVEIRA, *Formação ético-discursiva da vontade em Jürgen Habermas*, p. 90.

<sup>57</sup> OLIVEIRA, *Formação ético-discursiva da vontade em Jürgen Habermas*, p. 58.

<sup>58</sup> Habermas *apud* OLIVEIRA, *Formação ético-discursiva da vontade em Jürgen Habermas*, p. 89.

<sup>59</sup> OLIVEIRA, *Formação ético-discursiva da vontade em Jürgen Habermas*, p. 90.

<sup>60</sup> OLIVEIRA, *Formação ético-discursiva da vontade em Jürgen Habermas*, p. 90.



Quando a interpretação da verdade de um fato não pode ser aceita mais, mas deve ser justificada racionalmente, têm lugar discursos teóricos nos quais a pretensão controvertida na práxis cotidiana deve ser avaliada e julgada a fim de que o consenso anterior possa ser reestabelecido ou substituído por outro apoiado unicamente na coação não coativa do melhor argumento. Quando, por sua vez, o que está em questão não é a pretensão de verdade, mas sim a pretensão de correção; e o recurso a normas torna-se insuficiente para garantir a adesão dos participantes na interação; faz necessário examinar a própria legitimidade da norma, que só pode ser avaliada à luz de razões. Essa avaliação tem lugar nos discursos práticos<sup>61</sup>.

Como verificamos na citação anterior, nos discursos práticos é que são examinados a legitimidade de normas. Para Habermas, o discurso prático é “um processo, não para a produção de normas justificadas, mas para o exame de validade de normas consideradas hipoteticamente”<sup>62</sup>. Aqui reside o interesse em demonstrar o conceito de discurso. Pois o discurso é o *procedimento* que Habermas irá considerar na ideia de sistema de direitos.

No contexto dos atuais sistemas de direitos, uma das finalidades do discurso, utilizado como procedimento, é a de poder avaliar racionalmente a validade de normas. Habermas destaca o contexto do processo legislativo de um Estado democrático de direito, uma vez que seu objetivo desde *Direito e Moral (1986)* até *Direito e Democracia (1992)* é responder ao questionamento de como é possível a legitimidade através da legalidade.

O conceito de discurso aqui apresentado é primordial para que, no segundo capítulo desta dissertação, possamos compreender como Habermas pensou a ideia de procedimento jurídico, por ocasião da apresentação de seu texto *Direito e Moral* nas *Tanner Lectures* em 1986. No tópico seguinte, apresentaremos como Habermas introduz sua teoria discursiva do direito, no que se refere à passagem de uma *razão prática* para uma *razão comunicativa*, cuja compreensão se faz importante para compreensão da relação entre direito e moral em *Direito e Democracia (1992)*, a ser abordada no capítulo terceiro desta dissertação.

## 1.2 Teoria discursiva do direito: da razão prática à razão comunicativa

A obra *Direito e Democracia (1992)* marcou a história da Escola de Frankfurt, ao inaugurar a possibilidade da Teoria Crítica trilhar os caminhos da filosofia do direito e do Estado<sup>63</sup>. Apesar dos temas “direito” e “Estado” estarem presentes em outros escritos de

<sup>61</sup> OLIVEIRA, *Formação ético-discursiva da vontade em Jürgen Habermas*, p. 91.

<sup>62</sup> Habermas *apud* OLIVEIRA, *Formação ético-discursiva da vontade em Jürgen Habermas*, p. 97.

<sup>63</sup> Segundo os autores da Comissão Editorial, na Introdução à Coleção do livro *Para a reconstrução do materialismo histórico*, Habermas contribuiu para o desenvolvimento da Teoria Crítica nos seguintes termos:

Habermas, tais como *Crise de legitimação no capitalismo tardio* (*Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, 1973), *Para reconstrução do materialismo histórico* (*Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, 1976) e *Teoria do Agir Comunicativo* (*Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981), foi em *Direito e Democracia* (1992) que Habermas tratou sistematicamente o tema da filosofia do direito e do Estado<sup>64</sup>. Nesta obra, Habermas trabalhou a questão da racionalidade do direito moderno, não no sentido de refletir sobre o fenômeno do direito em si, nem na tentativa de esclarecer a essência do direito e o sentido das instituições jurídicas em geral, mas sim como o direito e seus processos podem contribuir para a legitimidade das normas<sup>65</sup>.

*Direito e Democracia* (1992) teve, segundo o próprio Habermas, como principal objetivo “provar a existência de um nexos conceitual ou interno entre Estado de direito e democracia, o qual não é meramente histórico ou casual”<sup>66</sup>. *Direito e Democracia* (1992) pode ser considerada a filosofia do direito de Jürgen Habermas ou, se quisermos, o que o próprio autor chamou modestamente de um “projeto de filosofia do direito”<sup>67</sup>. Segundo Reese-Schäfer, “é possível compreender esse projeto teórico como um caso de aplicação da *Theorie des kommunikativen Handelns*, pois ali estava contida, já nos conceitos básicos a tensão que existe entre facticidade e validade”<sup>68</sup>. Em poucas palavras, pode-se descrever o projeto de *Direito e Democracia* (1992) como se segue:

Habermas tenta, portanto, mediar uma teoria sociológica do direito, que parte dos fatos do sistema do direito, com uma teoria filosófica da justiça. A mediação consiste numa teoria política da democracia deliberativa e da sociedade civil, pois não são as instituições rígidas constitucionalmente

---

“Certamente, o propósito de realizar um diagnóstico crítico do tempo presente e de sempre atualizá-lo em virtude históricas não é, em si, uma invenção de Habermas. Basta se reportar ao ensaio de Max Horkheimer sobre ‘Teoria Tradicional e Teoria Crítica’, de 1937, para dar-se conta de que essa é a maneira mais fecunda pela qual se segue com a Teoria Crítica. Contudo, se em cada diagnóstico atualizado é possível entrever uma crítica ao modelo teórico anterior, não se pode deixar de reconhecer que Habermas elaborou a crítica interna mais dura e compenetrada de quase toda a Teoria Crítica que lhe antecedeu – especialmente Marx, Horkheimer, Adorno e Marcuse. Entre os diversos aspectos dessa crítica, particularmente um é decisivo para compreender o projeto habermasiano: o fato da Teoria Crítica anterior não ter dado a devida atenção à política democrática. Isso significa que, para ele, não somente os procedimentos democráticos trazem consigo, em seu sentido mais amplo, um potencial de emancipação, como nenhuma forma de emancipação pode se justificar normativamente em detrimento da democracia”. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Trad.: Rúrión Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2016, p. 8.

<sup>64</sup> FILHO, Orlando V. B. Legalidade e Legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 148.

<sup>65</sup> PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 139.

<sup>66</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 310.

<sup>67</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 14.

<sup>68</sup> HEESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Trad.: Vilmar Schneider. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 84.

mapeadas do Estado, mas a soberania da deliberação pública que pode prover uma abertura suficiente. A teoria normativa da justiça corre o risco de não discernir suficientemente os fatos graves da realidade política, a teoria sociológica está sob suspeita de positivismo. A atração do projeto de Habermas consiste em superar, através de uma teoria integrativa e interdisciplinar, essa dupla redução<sup>69</sup>.

Logo no prefácio de *Direito e Democracia (1992)*, Habermas deixa bem claro que apoiará seu trabalho na doutrina kantiana do direito e que quase não cita o nome de Hegel. Para o autor, se antigamente podíamos manter coeso em conceitos da filosofia hegeliana, agora precisamos de uma pluralidade de perspectivas exigidas pelo procedimento metodológico atual, tentando unir as “perspectivas da teoria do direito, da sociologia do direito e da história do direito, da teoria moral e da teoria da sociedade”<sup>70</sup>. E é neste contexto pluralista, marcado por uma forma abrangente de tratar os temas da filosofia, que Habermas pretende introduzir os conceitos de sua teoria do agir comunicativo, uma vez que “as proposições fundamentais da teoria do agir comunicativo ramificam-se em diferentes universos de discurso e contextos de argumentação nos quais elas têm de comprovar-se”<sup>71</sup>.

Ainda no prefácio de *Direito e Democracia (1992)*, Habermas fez a afirmação que despertou o interesse para a realização do presente trabalho de investigação sobre a alteração do entendimento da relação entre direito e moral, em *Direito e Moral (1986)*, para *Direito e Democracia (1992)*: “convém notar, todavia, que atualmente eu não determino mais a relação entre moral e direito seguindo a linha traçada nas Tanner Lectures”<sup>72</sup>. Assim, em *Direito e Democracia (1992)*, Habermas afirma que, para tal, teve que se inteirar das discussões jurídicas especializadas, aumentando seu respeito pela disciplina do Direito, sobre a qual lança a seguinte crítica:

As sugestões para a clarificação da compreensão paradigmática que serve de pano de fundo ao direito e à moral deveriam ser vistas como uma contribuição à discussão que se dirige contra o ceticismo cada vez mais difundido entre colegas da área do direito – especialmente contra o que eu denomino de falso realismo, que subestima a eficácia social dos pressupostos normativos das práticas jurídicas existentes<sup>73</sup>.

A análise do direito feito por Habermas está baseada na modernidade, ou seja, especificamente na passagem do direito natural racional para o direito moderno. Habermas

<sup>69</sup> HEESE-SCHÄFER, *Compreender Habermas*, p. 84.

<sup>70</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 9.

<sup>71</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 10.

<sup>72</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 10.

<sup>73</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 11.

buscou primeiramente definir o papel do direito dentro da sociedade moderna. Em sua teoria jurídica, Habermas não teve a pretensão de elaborar um conceito de direito, visando sua compreensão em todas suas manifestações históricas. Como dissemos anteriormente, a perspectiva adotada por Habermas não é apenas filosófica, mas também sócio-teórica, como é comum ao autor<sup>74</sup>. Até mesmo ao definir seu conceito de direito, pode-se observar como Habermas perpassa a questão da relação entre direito e moral:

Podemos falar em “direitos”, tanto do ponto de vista moral, como do ponto de vista jurídico. Ao invés disso, eu prefiro *distinguir*, preliminarmente, entre *direito e moral* – não me satisfazendo, como Rawls, com a distinção entre moral e justiça política, ambas situadas no mesmo nível das puras pretensões normativas. Por “direito” eu entendo o moderno direito normatizado, que se apresenta com a pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição. O direito não representa apenas uma forma de 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, como uma instituição, ou seja, como um complexo de reguladores da ação<sup>75</sup>.

Habermas inicia sua obra *Direito e Democracia* (1992) visando clarificar como o direito atua na mediação social entre facticidade e validade<sup>76</sup>. Para nosso autor, a modernidade inventou o conceito de razão prática como faculdade subjetiva, ao transpor os conceitos aristotélicos para as premissas da filosofia do sujeito. Foi na modernidade que ocorreu o desenraizamento da razão prática, ou seja, seu desligamento das formas de vida culturais e das ordens de vida política. Segundo Habermas, isso tornou “possível referir a razão prática à felicidade, entendida de modo individualista e à autonomia do indivíduo, moralmente agudizada”<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> PINZANI, *Habermas*, p. 141.

<sup>75</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 110-111 (*grifos nossos*).

<sup>76</sup> Os termos facticidade e validade presentes no título da obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* (1992), também estão presentes em todo texto da referida obra. Cabe clarificar que Habermas em *Direito e Democracia* (1992) refere-se a “tensão entre facticidade e validade” como o mesmo significado de “tensão entre positividade e legitimidade” (2003a, p. 166), bem como a facticidade (coação de sanções exteriores) e a validade (força ligadora de convicções racionalmente motivadas) (2003a, p. 45). Sendo assim, temos que Habermas ao tratar da **facticidade** de uma norma está se referindo a positividade/coação de sanções exteriores. E ao trata da **validade** de uma norma está se referindo a legitimidade/ força ligadora de convicções racionalmente motivadas.

<sup>77</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 17. Habermas declarou que pouco citaria o nome de Hegel e que seguiria uma linha mais kantiana em construção teórica em *Direito e Democracia* (1992). No entanto, para explicitar a transformação da razão prática ocorrida na modernidade, Habermas cita algumas vezes o nome de Hegel ao referir-se aos sujeitos singulares que começam a ser valorizados em suas histórias de vida e aos Estados que passam a ser valorizados no contexto da história das nações. Em suas palavras, “sem dúvidas, tanto Hegel como Aristóteles estão convencidos de que a sociedade encontra sua unidade na vida política e na organização do Estado; a filosofia prática da modernidade parte da ideia de que os indivíduos pertencem à

Para Habermas, a filosofia prática da modernidade parte da ideia que “os indivíduos pertencem à sociedade como membros de uma coletividade ou como as partes de um todo que se constitui através da ligação de suas partes”<sup>78</sup>. No entanto, as sociedades modernas se tornaram cada vez mais complexas, e essas duas figuras de pensamento – “a ideia de sociedade centrada no Estado e a da sociedade composta de indivíduos”<sup>79</sup> – não podem mais ser utilizadas indistintamente.

Nesse novo contexto, os vestígios do normativismo do direito racional se perderam, a filosofia do sujeito desfez a figura da razão prática, dificultando cada vez mais a fundamentação dos conteúdos normativos na teleologia da história, na constituição do homem ou nas tradições bem-sucedidas. Esses são os motivos que levam Habermas a traçar seu próprio caminho. Como ele mesmo afirma, “lançando mão da teoria do agir comunicativo: substituo a razão prática pela razão comunicativa. E tal mudança vai muito além de uma simples troca de etiqueta”<sup>80</sup>.

Kant provocou uma verdadeira reviravolta na história da ética ocidental, marcada pelo abandono da ética clássica da *eudaimonia* (felicidade) em benefício da ética do *dever*<sup>81</sup>. A metafísica kantiana fundou-se na primazia da razão prática, aquela em que o agir por dever é que confere a moralidade de uma ação. E esse dever é *a priori*, implicando a validade absoluta da lei moral para todo ser racional. O dever não se fundamenta na experiência (*a posteriori*), ele se origina *a priori* na razão pura prática<sup>82</sup>.

sociedade como os membros de uma coletividade ou como as partes de um todo que se constitui através da ligação de suas partes” Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 17. Para Habermas, as tradições culturais da velha Europa foram marcadas por uma forte ligação entre razão prática e prática social (abordada somente pelo ângulo de questionamentos normativos). Habermas diz que “até Hegel, a razão prática pretendia orientar o indivíduo em seu agir, e o direito natural deveria configurar normativamente a única e correta ordem política e social. Todavia, se transportarmos o conceito de razão para o médium linguístico e o aliviarmos da ligação exclusiva como o elemento moral, ele adquirirá outros contornos teóricos, podendo servir aos objetivos descritivos da reconstrução da competência e da consciência, além de possibilitar a conexão como modos de ver funcionais e com explicações empíricas” Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 19.

<sup>78</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 17.

<sup>79</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 18.

<sup>80</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 19.

<sup>81</sup> Segundo Luiz Moreira, “tanto quanto Homero é o educador do mundo grego, Kant será o pai do mundo moderno. [...] É por meio da distinção entre pensar (*denken*) e conhecer (*erkennen*) que Kant, na Dialética transcendental, põe termo a qualquer pretensão de validade objetiva à Metafísica clássica (Ontologia). Isso porque os objetos da Metafísica clássica podem ser pensados, mas não conhecidos. Ora, na Estética e na Analítica transcendentais, Kant apresenta as condições de validade e possibilidade para o conhecimento dos objetos reais, condições estas que afastam do campo do conhecimento, portanto, do âmbito da ciência da razão pura, qualquer pretensão de validade objetiva às categorias centrais da Metafísica: Deus, a imortalidade da alma e a liberdade. Com essa distinção, o filósofo de Königsberg opera uma verdadeira revolução e é precisamente nesse sentido que surge a *modernidade*. Cf. MOREIRA, Luiz. *Direito, procedimento e racionalidade*. In: MOREIRA, Luiz (org.), *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004c, p. 180.

<sup>82</sup> MOREIRA, *Direito, procedimento e racionalidade*, p. 179-181.

A mudança de uma razão prática (kantiana) por uma racionalidade comunicativa<sup>83</sup>, tratada por Habermas em *Direito e Democracia* (1992), está diretamente ligada com o fundamento da *normatividade*. Se em Kant a normatividade foi fundamentada *a priori* com a razão prática (*solipsista*), agora em Habermas e de acordo com Luiz Moreira, a normatividade será uma *prescrição a posteriori* (*consensual*). Isso se dá, pois, a teoria habermasiana não privilegia os padrões pré-estabelecidos pelo *direito formal* (Estado liberal) nem pelo *direito material* (Estado social), mas proporciona a constituição de uma liberdade comunicativa. Essa liberdade comunicativa é capaz de assegurar um processo permanente de criação do ato jurídico, como se verifica:

Como paradigma *procedimental*, somente a *liberdade comunicativa* reveste-se de caráter *prescritivo*, de continuamente proceder às melhores razões postas na dança entre a *facticidade* das objeções e proposições e a *idealidade* contida na pretensão à aceitabilidade universal. [...] Como a normatividade do Direito emana da pretensão à *aceitabilidade racional*, ela é circunscrita à *democracia*, devendo se estabilizar entre idealidade e efetividade. Isto é, o Direito prescreve condutas após a formação democrática daquilo que é considerado como devido ou não devido. *A normatividade jurídica é fruto de um consenso, sendo, pois, uma prescrição a posteriori. Por ser a posteriori é que ela se distingue da normatividade da razão prática*<sup>84</sup>.

Como veremos nos próximos tópicos deste capítulo, o tema da racionalidade comunicativa é fundamental para a compreensão da relação entre direito e moral em *Direito e Democracia* (1992). Para Habermas, havia uma ligação forte entre razão prática e prática social nas tradições culturais da velha Europa, o que levou a uma abordagem da prática social unicamente pelo ângulo de questionamentos normativos, filtrados através da filosofia da história. Assim, essa relação entre razão prática e racionalidade comunicativa, trabalhada por Habermas desde sua *Teoria do Agir Comunicativo* (1981), foi abordada em *Direito e Democracia* (1992) nos seguintes termos:

---

<sup>83</sup> Em *Teoria do agir comunicativo* (1981), Habermas explica que o conceito da racionalidade comunicativa “deva ser analisado segundo o fio condutor de um entendimento linguístico. O conceito de entendimento remete a um comum acordo almejado pelos participantes e racionalmente motivado, que se mede segundo pretensões de validade criticáveis. As pretensões de validade (verdade proposicional, correção normativa e veracidade subjetiva) caracterizam diferentes categorias de um saber que se corporifica simbolicamente em exteriorizações. O conceito da racionalidade comunicativa remete a diversas formas de resgate discursivo das pretensões de validade e, também, a referências de mundo aceitas pelas pessoas que agem comunicativamente, à medida que manifestam pretensões de validade para suas exteriorizações”. Cf. HABERMAS, *Teoria do agir comunicativo I*, p. 147-148.

<sup>84</sup> MOREIRA, *Direito, procedimento e racionalidade*, p. 189 (*grifos nossos*).

Até Hegel, a razão prática pretendia orientar o indivíduo em seu agir, e o direito natural devia configurar normativamente a única e correta ordem política e social. Todavia, *se transportarmos o conceito de razão para o medium linguístico e o aliviarmos da ligação exclusiva com o elemento moral*, ele adquirirá outros contornos teóricos, podendo servir aos objetivos descritivos da reconstrução de estruturas da competência e da consciência, além de possibilitar a conexão com modos de ver funcionais e com explicações empíricas<sup>85</sup>.

Percebe-se do trecho citado que, em *Direito e Democracia (1992)*, Habermas pretende ao utilizar-se do *medium* linguístico aliviar a relação entre razão prática e direito natural da ligação exclusiva com o elemento moral<sup>86</sup>. Assim, para o nosso autor a razão comunicativa “distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum autor singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* linguístico”<sup>87</sup>. Na racionalidade comunicativa, a busca do consenso através do *telos* linguístico do entendimento é capaz de permitir aos participantes o entendimento.

Luiz Moreira explica que “na razão comunicativa o agir é orientado pelo entendimento, pois, tendo a linguagem como *medium*, o entendimento lhe é acoplado”<sup>88</sup>. Sendo esses os motivos pelos quais a “razão comunicativa pode ser considerada como um componente de uma chamada teoria reconstrutiva da sociedade”<sup>89</sup>. Muito embora em *Direito e Moral (1986)* o princípio do discurso esteja vinculado à moral, em *Direito e Democracia (1992)*, Habermas acaba por se afastar do conceito clássico de razão prática, abandonando a concepção normativa que considera a filiação entre direito e moral, como se vê:

É a partir dessa formulação que Habermas recusará o conceito tradicional de razão prática, tendo, assim, de abandonar a concepção normativa que interpreta o direito como filiado à moral. No entanto, é conforme esse quadro conceitual que ele lançará luzes para vislumbrar os discursos no seio

<sup>85</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 19 (grifos nossos).

<sup>86</sup> No posfácio de *Direito e Democracia (1992)*, Habermas ratifica sua intenção de reinterpretar a compreensão da moral para que se obtenha a ruptura completa da argumentação moral com a tradição do direito racional, como vemos: “Após a guinada linguística, é possível reinterpretar essa compreensão deontológica da moral em termos de uma teoria do discurso. Com isso, o modelo do contrato é substituído por um modelo do discurso ou da deliberação: a comunidade jurídica não se constitui através de um contrato social, mas na base de um entendimento obtido através do discurso. Enquanto a argumentação *moral* continuar servindo como padrão para o discurso constituinte, a ruptura com a tradição do direito racional não será, evidentemente, completa”. Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 309.

<sup>87</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 20. Na sua *Teoria do agir comunicativo (1981)*, Habermas diz que “o modelo normativo de ação pressupõe a linguagem como um *medium* que transmite valores culturais e sustenta um consenso que simplesmente se reproduz com qualquer ato adicional de entendimento. Somente o modelo comunicativo de ação pressupõe a linguagem como *medium* de entendimento não abreviado, em que falantes e ouvintes, a partir do horizonte de seu mundo da vida previamente interpretado, referem-se simultaneamente a algo no mundo objetivo, social e subjetivo a fim de negociar definições em comum para as situações”. Cf. HABERMAS, *Teoria do agir comunicativo I*, p. 183-184.

<sup>88</sup> MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, p. 102.

<sup>89</sup> MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, p. 102.

do poder democrático exercitado sob os auspícios do Direito. Assim, toda gênese do Direito, da legislação, da administração e da jurisprudência é interpretada como parte de um processo de racionalização do mundo da vida em sociedades modernas abertas às pressões dos imperativos sistêmicos [...] A partir da teoria do discurso, fundada em uma racionalidade comunicativa, será formulada uma teoria do Direito, e do Estado de Direito, incorporando, contudo, os questionamentos elaborados pela filosofia social e política, de modo a ultrapassar os padrões conceituais do Direito formal burguês de cunho privado e do Estado social<sup>90</sup>.

Em *Direito e Democracia (1992)*, nosso autor assume que é uma “decisão arriscada”<sup>91</sup> utilizar-se da teoria do agir comunicativo, que preserva o engate da interpretação clássica de um nexos interno entre sociedade e razão, sem abandonar a ideia de uma condução consciente da vida.

Para Habermas o agir comunicativo é capaz de auxiliar na solução do problema de saber como é possível surgir ordem social a partir de processos de formação de consenso entre facticidade e validade<sup>92</sup>. Segundo Luiz Moreira, é “através do Direito positivo moderno que Habermas tentará, através do agir comunicativo, assimilar a tensão entre facticidade e validade”<sup>93</sup>. Nas palavras do próprio Habermas, a tensão entre facticidade e validade “é estabilizada de modo peculiar na integração social realizada por meio do direito positivo”<sup>94</sup>.

O agir comunicativo esta na base da construção teórica de Habermas em *Direito e Democracia (1992)*, com o intuito de esclarecer e fundamentar como o *medium* do direito é capaz de conferir a legitimidade de normas em sociedades complexas, marcadas por uma tensão entre facticidade (positividade) e validade (legitimidade). Questões sobre a legitimidade das normas e sobre o discurso como procedimento serão explorados no tópico seguinte<sup>95</sup>, além da questão da diferença entre ética e moral para Habermas.

<sup>90</sup> MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004a, p. 102-103.

<sup>91</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 25.

<sup>92</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 40.

<sup>93</sup> MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, p. 103.

<sup>94</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 35.

<sup>95</sup> Habermas trata em *Direito e Democracia (1992)* sobre: a) como a compreensão clássica entre facticidade e validade, delineada na tradição platônica, se modifica quando a linguagem passa a ser considerada como um *medium* universal de incorporação da razão; b) a tensão entre facticidade e validade a partir do conceito de mundo da vida, no qual as instituições que surgem naturalmente e o direito têm que amortizar as instabilidades de um tipo de socialização que se realiza através das tomadas de posição, em termos de sim/não, com relação a pretensões de validade criticáveis; e c) que nas modernas sociedades econômicas o problema da tensão entre facticidade e validade se agudiza, principalmente devido a cobertura normativa das interações estratégicas, não englobadas pela eticidade tradicional, o que explica a estrutura e o sentido de validade de direitos subjetivos bem como as conotações idealistas de uma comunidade jurídica que, enquanto associação de cidadãos livres e iguais, determina por si mesma as regras de sua convivência. Devido às balizas deste trabalho e a intenção de analisar a tensão entre facticidade e validade e sua relação com a moral e o direito, focaremos no terceiro



### 1.3 Legitimidade e procedimento

Em *Teoria do Agir Comunicativo (1981)*, Habermas desenvolveu a sua teoria da sociedade baseada na ação comunicativa e na racionalidade que lhe é específica. Mais à frente, em 1992, Habermas retomou seu projeto, ao prosseguir em *Direito e Democracia (1992)*, desenvolvendo uma argumentação visando essencialmente provar a existência de um nexo conceitual ou interno entre Estado de direito e democracia<sup>96</sup>. Nesta obra, Habermas realizou uma reconstrução interna do direito moderno e o seu sistema dos direitos a partir do modelo de uma democracia deliberativa ancorada nas estruturas da argumentação e na multiplicidade de discursos que compõe a legitimidade do direito.

Desta feita, com o lançamento do livro *Direito e Democracia (1992)*, finalmente “a Teoria Crítica teria pisado o chão da filosofia do direito e do Estado”<sup>97</sup>. Habermas trata de forma direta a problemática relacionada à legitimação das ordens jurídicas modernas, que já não podem estar fundamentadas num *ethos* socialmente compartilhado e baseado em concepções cosmológicas ou religiosas, tal como ocorria nas sociedades tradicionais<sup>98</sup>. É nesse contexto que se insere a tese habermasiana do direito, que sugere uma possível solução para o problema da legitimação por meio de um *procedimento* imbricado num Estado democrático de direito. Habermas desenvolve assim sua fundamentação *discursivo-jurídica* do direito, com base em sua teoria do discurso<sup>99</sup>.

Para Habermas, desde Locke, Rousseau e Kant, nas sociedades ocidentais “firmou-se um conceito de direito do qual se espera que preste contas tanto da positividade quanto do caráter coercitivo do direito como assegurador da liberdade”<sup>100</sup>. Na compreensão habermasiana do direito moderno, a validade de uma norma jurídica é equivalente ao fato de o Estado garantir ao mesmo tempo a efetiva imposição jurídica e a instituição legítima do direito. Em outras palavras, uma norma jurídica é considerada válida quando garante a

---

aspecto citado na obra (letra “c”). Para uma leitura completa dos três aspectos, ver: HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 26-63.

<sup>96</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 310.

<sup>97</sup> PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 138.

<sup>98</sup> FILHO, Orlando V. B. *Legalidade e Legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas*. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 147.

<sup>99</sup> HERRERO, Francisco Xavier. *Estudos de ética e filosofia da religião*. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 63.

<sup>100</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro – estudos de teoria política*. Trad.: George Sperber. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 286.

legalidade do procedimento, por um lado, e a legitimidade em si por outro. Assim, se espera que possibilite um cumprimento das normas por respeito à lei<sup>101</sup>.

O problema da legitimação de normas é apresentado por Habermas em *Direito e Democracia* (1992), a partir da tensão entre facticidade e validade no âmbito da discussão sobre o processo de legitimação político organizado na forma de um Estado Democrático de Direito<sup>102</sup>. Para entendermos melhor a argumentação sobre o processo de legitimação político e os principais conceitos utilizados por Habermas em sua reflexão sobre a relação entre política e direito na modernidade, vamos explicitar brevemente a questão da legitimidade do poder a partir de dois aspectos diferentes: a) as teorias contratualistas do poder soberano; e b) a perspectiva da legitimidade a partir da legalidade.

Habermas parte da ideia central de que o papel do direito no contexto dos Estados de direito é oferecer um conjunto de normas positivas e coercitivas. Nesse sentido, nas teorias contratualistas do poder, a ação política legitima o direito e se exerce por meio dele, reduzindo as normas jurídicas a um instrumento de afirmação da vontade de poder. Por outro lado, sob a perspectiva da legitimidade a partir da legalidade, o direito impõe limites à ação política, uma vez que as normas são legitimadas pela própria racionalidade do direito, cabendo ao poder político apenas a imposição de tais normas<sup>103</sup>.

Para Habermas, o complexo formado por direito e poder político caracteriza a passagem das sociedades originadas na base do parentesco para as sociedades primitivas organizadas politicamente, as quais deram origem aos velhos impérios. No entanto, o “entrelaçamento entre direito e poder político só se torna um problema nas sociedades de transição do início da idade Moderna”<sup>104</sup>. Ao tratar da ordem jurídica vista como um instrumento do poder político, na qual se verifica a primazia do poder político em relação ao direito, Habermas diz que foi a partir de Maquiavel que “passou-se a interpretar

---

<sup>101</sup> HABERMAS, *A inclusão do outro*, p. 287.

<sup>102</sup> Denílson e Mauro advertem que “o problema da relação entre direito e política é diferente do problema da relação entre moral e direito. A relação entre *moral* e *direito*, delinea-se, segundo a construção de Habermas, como a de uma relação de *complementaridade* entre esferas do valor que se diferenciaram na modernidade, enquanto que a questão da relação entre *direito* e *política* aparece como um problema complexo de *interdependência* e *constituição* recíproca, na qual as duas esferas apresentam também seus próprios padrões de racionalidade”. WERLE, Denílson L. SOARES, Mauro V. Política e Direito: a questão da legitimidade do poder político no Estado Democrático de Direito. In: NOBRE, Marcos; TERRA; Ricardo (org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 118.

<sup>103</sup> As interpretações de Habermas sobre a legitimidade do poder serão expostas com maiores detalhes nos capítulos 2 e 3 deste texto dissertativo. Elas foram expostas, em linhas gerais, nas seguintes obras de interesse direto para essa pesquisa: a) as teorias contratualistas do poder soberano em *Direito e Democracia* (1992); e b) a perspectiva da legitimidade a partir da legalidade em *Teoria do Agir Comunicativo* (1981) e *Direito e Moral* (1986).

<sup>104</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 174-175.

naturalisticamente um poder político saído dos contextos de tradições sagradas e a considerá-lo como um potencial”<sup>105</sup>, podendo ser utilizado por seus detentores de forma estratégica e com uma racionalidade que vise os fins.

Habermas explica que a teoria de Hobbes contou com uma estrutura de regras de relações contratuais e leis, por um lado, e com o poder fático de mando de um soberano, que possui a prevalência de sua vontade sobre as vontades individuais, por outro. Tem-se assim um contrato de dominação, no qual a vontade soberana, um verdadeiro poder do Estado, assume a função legislativa, manifestando-se através da forma do direito. Nessas condições, o direito fica reduzido a um mero meio de organização do Estado através do poder político, sacrificando os elementos liberais e igualitários do contrato social em favor de sua realização política autoritária.

Para Habermas, os contratualistas não foram bem-sucedidos na tarefa de oferecer um padrão de legitimidade racional fundado na autonomia dos indivíduos. A tradição contratualista nos mostra apenas que a vontade soberana manifesta-se através da forma do direito, ficando a comunidade político-jurídica subordinada ao poder arbitrário e solipsista de um soberano. E para Habermas, a mesma dificuldade encontrada no contratualismo aparece também em Kant. Segundo Habermas, Kant colocou o direito e a política sob a égide de uma moral universalista e, de forma diferente de Hobbes, argumentou que o exercício do poder soberano pode ser limitado por um conjunto de ideias reguladoras deduzidas a priori da razão prática, tal qual sugere sua ideia do imperativo categórico<sup>106</sup>.

Habermas acredita que as teorias falharam no seu propósito de explicar a legitimação racional da dominação política exercida na forma do direito positivo. A relação entre direito e política se perde em dois extremos: de um lado temos a instrumentalização política do direito como meio de organização do poder, de acordo com a vontade de um legislador soberano; de outro, um direito que guarda seu momento de incondicionalidade, ou seja, mesmo servindo como instrumento do poder, ainda precisa passar por uma justificação a partir da razão prática. Trata-se da ideia de acordo racional na forma do contrato social<sup>107</sup>.

Noutro giro, na perspectiva da legitimidade a partir da legalidade, Habermas desenvolveu seu raciocínio através da análise dos processos de racionalização das sociedades complexas, marcados por uma crescente complexidade e diferenciação das estruturas sociais a partir da expansão da economia capitalista de mercado e da consolidação de um sistema

<sup>105</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 175.

<sup>106</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 175.

<sup>107</sup> WERLE, Denílson L. SOARES, Mauro V. *Política e Direito*, p. 118-125.

burocrático administrativo do Estado moderno, além de uma crescente diferenciação das esferas culturais de valor.

Essa nova forma de pensar a dinâmica entre o poder político e o direito na modernidade, foi abordada de forma marcante na obra de Max Weber. Em *Direito e Moral* (1986), Habermas apresenta sua crítica à posição de Weber, o que pretendemos explicitar com maiores detalhes no próximo capítulo. Em apertado resumo, pode-se dizer que Weber estabelece, através do conceito de fé na legalidade, um vínculo com a racionalidade que habita a forma do direito, desvinculando a legitimidade da fé na tradição ou no carisma. Habermas acredita que para Weber o direito dispõe de uma racionalidade própria e independente da moral. Assim, em *Direito e Moral* (1986), Habermas irá negar esta tese de Weber de que a racionalidade da forma jurídica é independente da moral.

Se as teorias contratualistas do poder soberano e a legitimidade da legalidade não conseguem explicar satisfatoriamente a relação entre política e direito, qual será então a solução que Habermas sugere para superar os impasses que essas perspectivas deixaram ao tentar explicar a legitimação racional da dominação política no mundo moderno? Habermas buscará demonstrar em *Direito e Democracia* (1992) que há um vínculo interno entre Estado de direito e democracia deliberativa, que resulta do próprio conceito moderno de direito.

Como verificamos anteriormente, é por meio da abordagem reconstrutiva das relações sociais fundamentada em um conceito de razão comunicativa que Habermas analisa a tensão entre positividade e legitimidade do direito no momento da fundamentação de normas. A intenção de Habermas, em *Direito e Democracia* (1992), foi a de reconstruir a constituição co-originária entre poder político e direito, na qual se apresenta uma tensão entre facticidade e validade.

Para Habermas, a questão de um poder político organizado na forma do Estado de direito pode ser adequadamente respondida no momento em que se insere no conceito de poder político, através de um conceito de autonomia política dos cidadãos fundada na teoria do discurso, uma diferenciação entre *poder comunicativo* e *poder administrativo*. Enquanto o poder comunicativo é que possibilita a produção de um direito legítimo, o poder administrativo fica responsável pela imposição das leis<sup>108</sup>.

Sobre a relação entre poder político, poder comunicativo e princípio do discurso, vejamos a seguinte passagem elucidativa:

---

<sup>108</sup> WERLE, Denílson L. SOARES, Mauro V. *Política e Direito*, p. 129-130.

O princípio do discurso remete a validade de qualquer tipo de norma de ação ao consentimento daqueles que, na modalidade de atingidos, tomam parte em discursos racionais. No âmbito das deliberações políticas que visam a legitimar normas que assumem a forma de normas jurídicas, entram em cena diferentes modalidades de questionamentos práticos. Para fundamentar normas jurídicas é preciso usar a *razão prática* em toda a sua extensão, incluído questões morais, éticas e pragmáticas. Pois o poder político organizado na forma de Estado de direito legitima-se não apenas pelo seu vínculo com a autocompreensão ética relativa à forma de vida compartilhada, à identidade histórica e cultural da comunidade jurídica, à constelação de valores, fins e ao jogo de interesses de seus membros. Em outros termos, o poder comunicativo criador do direito legítimo, forma-se quando os cidadãos de uma comunidade político-jurídica buscam chegar a acordos acerca de situações problemáticas que emergem na sua vida cotidiana, quando se veem defrontados com conflitos e divergências, que lhes colocam uma simples questão: “o que devemos fazer?”<sup>109</sup>.

Percebe-se desta passagem que para fundamentar normas jurídicas é preciso usar a *razão prática* em toda a sua extensão, isto é, incluído questões morais, éticas e pragmáticas. A questão “*O que devo fazer?*” pode ganhar o significado pragmático, ético ou moral de acordo com o problema apresentado. A relação entre o direito e a moral no pensamento habermasiano está vinculada a compressão do que seriam *questões morais* para Habermas.

Para Habermas, as questões morais estão ligadas a questões de justiça universal. Em discursos morais as normas precisam ser aceitas racionalmente por todos os afetados pela norma. A fundamentação de decisões tomadas dentre as diversas alternativas de condutas poderá então reclamar diferentes tipos de respostas, agora apresentadas de forma resumida:

*As questões pragmáticas* referem-se a discussões em torno dos meios mais eficientes e as melhores estratégias para alcançar fins e interesses pré-determinados. A solução desses conflitos deve ser buscada do ponto de vista do interesse dos indivíduos e grupos envolvidos, assumindo a forma de uma *negociação e formação de compromissos equitativos* que equilibram interesses conflitantes. *As questões éticas*, por sua vez, dizem respeito às divergências sobre o modo como nós nos apropriamos das tradições e formas de vida em que nascemos, sobre que tipo de valores e identidades coletivas que devemos promover, de modo reflexivo e crítico. A solução desses conflitos requer a formação de *consensos éticos* a partir de discursos de autocompreensão cultural e política sobre quem somos e o que queremos ser como cidadãos membros de uma comunidade política concreta. Essas questões têm de ser resolvidas sob o ponto de vista do que é bom para nós, aqui e agora, membros de uma comunidade política histórica. Por fim, as *questões morais* abrangem as questões de justiça universal que atingem a todos e que somente podem ser resolvidas sob o ponto de vista do que é igualmente bom para todos, em discursos morais em que vem primeiro o

---

<sup>109</sup> WERLE, Denílson L. SOARES, Mauro V. *Política e Direito*, p. 138-139.

plano da *aceitabilidade racional* de uma norma por toda e qualquer pessoa que venha a se encontrar em situação equivalente<sup>110</sup>.

Sobre o ponto de vista *sociológico*, o processo de racionalização característico da modernidade refere-se a um movimento reflexivo no qual os estudiosos introduziram novos questionamentos sobre a relação entre razão e religião. Esses questionamentos referem-se mais detidamente às autoridades sagradas, que até possibilitaram a integração social das sociedades tradicionais (pré-modernas). Nessas sociedades, a religião exercia um importante papel na própria organização e ordenação dos modos de vida e ação dos indivíduos.

Nesses contextos, as normas e deveres advinham de uma autoridade revelada de uma figura sagrada, o que definia e estruturava os valores culturais, éticos, morais e jurídicos. Assim, o que era considerado um valor moral poderia ter força de lei, na medida em que se enraizava nos costumes de uma determinada comunidade. A força de um valor moral, advindo desta autoridade revelada da figura do sagrado, era capaz de definir ainda o que deveria ou não ser considerado um valor cultural.

Exatamente no momento em que se deu o questionamento desse referencial de valores fundado única e exclusivamente na autoridade sagrada é que Habermas identifica o chamado processo de racionalização. A alteração do referencial sobrenatural para o uso da razão permitiu então a diferenciação dos domínios – valores culturais, éticos, morais e jurídicos – antes indistintos. O aparecimento da ciência, da arte e de um direito moderno permitiu o surgimento de uma nova moral, chamada por Habermas de moral pós-convencional.

Sobre o ponto de vista *normativo*, a teoria do discurso habermasiana entende que o ponto em comum dos diferentes domínios (valores culturais, éticos, morais e jurídicos) está relacionado com o *procedimento* inerente ao funcionamento das normas. Sua tese principal reside na ideia de que, em um mundo pós-metafísico, somente há um princípio normativo que pode ser defendido racionalmente com a perspectiva de sucesso diante de qualquer um e justificado como implicado nos pressupostos da argumentação: o princípio do discurso<sup>111</sup>.

O termo *procedimento* utilizado por Habermas refere-se ao *discurso*, que possui a função de permitir aos indivíduos que agem comunicativamente avaliar a validade de normas, como verificamos no primeiro tópico deste capítulo. No momento, cabe ressaltar que para Habermas o *procedimento*, ao ser aplicado pelos sistemas do direito, consiste na única fonte pós-metafísica de legitimidade. Neste ponto é que encontramos o ponto de junção entre sua

<sup>110</sup> WERLE, Denílson L. SOARES, Mauro V. *Política e Direito*, p. 139.

<sup>111</sup> HERRERO, Francisco Xavier. *Estudos de ética e filosofia da religião*. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 64.

teoria comunicativa e a possibilidade de legitimação através do procedimento, principalmente quando aplicado nas sociedades democráticas pelo *medium* do direito.

No próximo capítulo, abordaremos o porquê de Habermas discordar da tese de neutralidade moral na racionalidade jurídica Max Weber. Nosso autor insere o discurso como procedimento inerente aos processos jurídicos, que permite a avaliação racional de normas no Estado de direito, levando à conclusão sobre a existência de um *entrelaçamento* entre direito e moral.

## 2 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NAS TANNER LECTURES (1986)

### 2.1 A racionalidade jurídica

Após ter deixado o Instituto Max Planck de Starnberg em 1981, Habermas retornou para Frankfurt e obteve a cátedra de filosofia e sociologia. Junto ao seu grupo de trabalho sobre questões da teoria jurídica, Habermas inicia a redescoberta da filosofia do direito e do Estado por parte da Teoria Crítica e abre o caminho para sua própria teoria do direito a ser exposta mais tarde no livro *Direito e Democracia*<sup>112</sup>.

Seis anos antes da publicação de *Direito e Democracia* (1992), Jürgen Habermas escreveu a obra que no Brasil conhecemos por *Direito e Moral (Recht und Moral)*<sup>113</sup>, a qual foi apresentada nas *Tanner Lectures on Human Values*, na universidade de Harvard em outubro de 1986. Pelo título original da obra *Recht und Moral (Tanner Lectures 1982) aus Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaates*<sup>114</sup>, percebemos a intenção de Habermas de abordar como é possível a legitimidade através da legalidade nas sociedades modernas, a partir de conceitos de sua teoria do discurso e da compreensão da forma jurídica.

Ao analisar a possibilidade de extrair a legitimidade da legalidade em *Direito e Moral* (1986), Habermas precisa enfrentar novamente a concepção de Max Weber acerca da racionalidade do direito em relação à moral<sup>115</sup>, perpassando sobre a questão que é objeto desta pesquisa: a relação entre direito e moral. Para Weber, a racionalidade do direito é

<sup>112</sup> Pertenciam ao seu grupo de estudo, teóricos do direito de Frankfurt, dentre eles Ingeborg Maus, Rainer Forst, Gunter Frankenberg, Klaus Günther, Bernhard Peters e Lutz Wingert. Cf. PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 24 e HEESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Trad.: Vilmar Schneider. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 84.

<sup>113</sup> No presente trabalho utilizaremos de duas traduções das *Tanner Lectures* que aqui chamaremos simplesmente de *Direito e Moral*, a saber: a) a obra *Direito e Moral*, que contempla somente o texto traduzido das *Tanner Lectures* (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Trad.: Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 2007); e b) o texto *Direito e Moral*, uma tradução do texto das *Tanner Lectures* que segue como Estudos Preliminares e Complementos do segundo volume de *Direito e Democracia* (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b, p. 193-247).

<sup>114</sup> Tradução: Lei e moralidade (*Tanner Lectures 1982*) da facticidade e validade e suas contribuições para a teoria do discurso das leis e do Estado Democrático de Direito.

<sup>115</sup> O tema já havia sido abordado em sua *Teoria do Agir Comunicativo*, como se verifica no Capítulo 2 – *A teoria da racionalização de Max Weber*, principalmente nos tópicos versando sobre o *Racionalismo ocidental* (pp. 287-382) e sobre a *Racionalização do direito e diagnóstico do presente* (p. 426-471).



autônoma em relação à moral, sendo possível uma legalidade que se legitima a partir de si mesma<sup>116</sup>.

Habermas explica em *Direito e Moral (1986)* que, para Max Weber, a legitimidade das ordens estatais nas sociedades ocidentais modernas “depende da fé na legalidade do exercício do poder”<sup>117</sup>. Segundo a tese de Weber, a dominação exercida por meio das leis (dominação legal) adquiriu um caráter racional, uma vez que a fé na tradição ou no carisma foi aos poucos substituída pela fé na legalidade das normas, ou seja, pela racionalidade própria do direito, capaz de legitimar o poder exercido nas formas legais.

A tese weberiana de que o direito moderno pode legitimar o poder exercido conforme o direito desencadeou grandes discussões, pois, para Habermas, Weber acabou por introduzir um conceito positivista de direito, “segundo o qual direito é aquilo o que legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito, seguindo um processo institucionalizado juridicamente”<sup>118</sup>. Neste conceito, assim como no pensamento dos demais positivistas, a força legitimadora do direito não tem ligação com a moral.

A força legitimadora do direito para Weber apoia-se nas qualidades formais que são próprias do direito, ou seja, o direito possui uma racionalidade própria e independente da moral. Habermas alerta que para Weber uma confusão entre moral e direito poderia colocar em risco a própria racionalidade do direito e conseqüentemente a legitimidade da dominação legal. Habermas diz que para Weber “todas as correntes contemporâneas que ‘materializam’ o direito formal burguês são vítimas desta moralização fatal”<sup>119</sup>.

Em *Direito e Moral (1986)*, Habermas toma como ponto de partida a tese da racionalidade jurídica weberiana para apresentar as suas considerações sobre o direito e a moral. Habermas discorda da posição de Weber e apresenta seu posicionamento na seguinte seqüência: a) elabora as ideias morais que para ele estão implícitas na concepção weberiana da materialização do direito e não conciliam com o ceticismo de Weber em relação a valores; b) apresenta argumentos que acredita serem mais apropriados sobre o conceito de racionalidade jurídica; e c) desenvolve sua tese segundo a qual “a legalidade tem que extrair sua legitimidade de uma racionalidade procedimental com teor moral”<sup>120</sup>.

Habermas inicia a crítica do conceito weberiano de racionalidade do direito explicando que a materialização do direito formal burguês descrita por Weber é semelhante

<sup>116</sup> MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, p. 65.

<sup>117</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 193.

<sup>118</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 193.

<sup>119</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 194.

<sup>120</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 194.

aos processos de juridificação característicos do atual Estado social. Segundo Habermas, o crescimento quantitativo e a intensificação das prescrições jurídicas em sociedades complexas somadas a necessidade de intervenção cada vez mais frequente do Estado, que possui função reguladora e compensadora, fazem com as estruturas do sistema jurídico se modifiquem. Nessas condições, “o *medium* do direito passa a ser utilizado num âmbito maior e a forma do direito se modifica sob os imperativos de um novo tipo de utilização”<sup>121</sup>.

Weber chamou a atenção para a função reguladora do direito no Estado social. Trata-se de um direito instrumentalizado, utilizado pelo legislador para organizar tarefas estruturadoras visando atender as exigências de justiça social<sup>122</sup>. Habermas concorda com Weber no ponto em que diz que o *corpus* de leis públicas que tinham a função de garantir a liberdade e propriedade de todos sujeitos que celebram acordos acaba por criar novos direitos privados especiais. Habermas explica que essas novas tendências podem ser chamadas de “materialização”, que podem ser constatadas no direito social, do trabalho, do cartel e da sociedade.

É com base nesta tradição do Estado social que Weber explica as qualidades formais do direito “como resultado do trabalho doutrinário de especialistas em direito com formação acadêmica”<sup>123</sup>. Esse formalismo do direito segundo Habermas é garantido pelos especialistas em direito que prezam por três aspectos: a estruturação sistemática de um *corpus* de proposições jurídicas; b) a forma da lei abstrata e geral; e c) a vinculação da justiça e da administração à lei. Para Habermas, podemos entender como perda das qualidades formais do direito todos os desvios que houver em relação ao modelo liberal.

O Estado social causou transformações no sistema jurídico que modificaram a autocompreensão do direito formal. Segundo Habermas, antes do surgimento do Estado social as qualidades formais do direito se caracterizavam pela sistematização do corpo jurídico, pela forma da lei abstrata e geral e pelos processos estritos, como verificamos anteriormente. No entanto, o Estado social impõe uma juridificação que modifica a imagem clássica do direito privado, altera a ideia de separação entre direito público e privado bem como a hierarquia entre norma fundamental e simples.

---

<sup>121</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 195.

<sup>122</sup> Habermas em citação direta de trecho da obra *Economia e Sociedade* (1922), de Max Weber, busca clarificar como o Estado utiliza-se do direito para realizar compensações, regulamentações estabilizadoras e intervenções transformadoras: “Com o despertar de problemas modernos de classe (surtem exigências materiais de direito), por um lado, parte de um grupo de interessados jurídicos, (nomeadamente do operariado) e, por outro lado, por parte de um grupo de ideólogos jurídicos os quais[...]exigem um direito social na base de postulados morais patéticos (“justiça”, “dignidade humana”). Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia*, p. 195.

<sup>123</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 195.

Nesse mesmo contexto, a ideia de sistema jurídico bem ordenado sofre uma desconstrução com a introdução dos princípios. Os processos estritos cedem lugar a novos conjuntos de normas que visam atender programas finalísticos orientados pelas consequências ao invés das formas jurídicas que se orientam pela regra. Finalmente, Habermas também recorda que o *aumento da finalidade do direito*, que agora precisa atender mais aos anseios dos jurisdicionados, assim como foi assinalado por Ihering<sup>124</sup>, também diminui a relação entre justiça e administração.

A afirmação crítica de Weber de que “o estabelecimento de um nexos interno entre direito e moral destrói a racionalidade que habita no *medium* do direito enquanto tal”<sup>125</sup> é, para Habermas, resultado do sentido crítico que Max Weber atribuiu à chamada “materialização” do direito. Ou seja, para Weber, a racionalidade do direito está fundamentada em suas qualidades formais e, principalmente, essa materialização configura uma moralização do direito, pois introduz pontos de vista da justiça material no direito positivo.

Em *Direito e Moral* (1986), Habermas recorda os três significados que Weber conferiu ao termo “racional” descritos anteriormente em *Teoria da ação comunicativa*<sup>126</sup>, a saber: *a racionalidade instrumental* (racionalidade da regra), relacionada ao conceito de técnica no sentido prático (pintura, educação etc.), ou seja, regras de agir para a dominação da natureza e do material; *a racionalidade de fins* (racionalidade da escolha), substituiu-se o foco na regulação dos meios para a definição dos fins a serem atingidos, a partir de valores pretendidos preliminarmente. Para Weber, essas orientações valorativas são preferências dotadas de conteúdo, se orientam para valores materiais; e *a racionalidade científico-metódica* (racionalidade científica), relacionada com a produção intelectual de especialistas, como, por exemplo, as imagens religiosas e as representações morais ou o sistema jurídico<sup>127</sup>.

Ocorre que para Habermas os aspectos da racionalidade tal como apresentados por Weber não são capazes de conferir força legitimadora à legalidade do poder exercido pelo *medium* do direito. Para o nosso filósofo, se observarmos os movimentos dos operários na Europa sobre as lutas de classes (século XIX) chegaremos à conclusão de que o poder racionalizado em termos de direito formal utilizado à época não conseguiu conferir

---

<sup>124</sup> Habermas faz referência ao texto *A luta pelo direito* (*Der Kampf ums Recht*) de Rudolf von Ihering. Neste texto de 1872, o autor acredita que a luta por direito é, simultaneamente, um dever do interessado para consigo próprio e para com a sociedade, e diz que “a vida do direito é uma luta: luta dos povos, do Estado, das classes, dos indivíduos. O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva”. IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Trad.: João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 23.

<sup>125</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia*, p. 197.

<sup>126</sup> HABERMAS, *Teoria do agir comunicativo I*, p. 239ss.

<sup>127</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 197-198.

legitimidade às ordens políticas. Para Habermas, a legitimidade do direito formal burguês não deriva das características “racionais” no sentido apresentado por Weber, e sim das implicações morais.

Lembramos que, para Habermas, a racionalidade utilizada para pensar como o direito pode conferir a legitimidade à legalidade é racionalidade comunicativa, conforme exposta no capítulo inicial. Em *Direito e Moral (1986)*, Habermas nos convida a refletir sobre a racionalidade do direito proposta por Weber em cada uma das três determinações – a *racionalidade instrumental* (racionalidade geral de regras), a *racionalidade dos fins* e a *racionalidade científico-metódica*. Habermas realiza sua crítica partindo da ordem inversa que Weber apresentou as três formas de racionalidade. Assim, primeiro Habermas trata da *segurança jurídica* relacionada à racionalidade científico-metódica, em segundo *da qualidade formal das leis*, relacionada à racionalidade dos fins e, por fim, da *construção científica e metódica de um corpo jurídico* relacionada à racionalidade científico-metódica.

Para Habermas, a *segurança jurídica* é garantida por leis gerais e abstratas, características dos processos da justiça e da administração. Assim, partindo da suposição de que as condições empíricas para garantir a segurança jurídica estejam satisfeitas, ou seja, sendo possível garantir a vida, a liberdade e a propriedade, pode-se considerar que a segurança jurídica constitui um “valor”, que concorre com outros valores sociais. São exemplos de outros valores sociais as oportunidades iguais nas decisões políticas ou distribuição equitativa das compensações sociais. Para nosso autor, “o próprio Hobbes já tivera em mente uma maximização da segurança jurídica ao obrigar o soberano a emitir ordens através do *medium* do direito”<sup>128</sup>.

Ocorre que, por vezes, no contexto do exercício de políticas do Estado social, nem sempre esse valor se justifica, uma vez que o cálculo das consequências jurídicas das ações do Estado pode ser *funcional* dentro do intercâmbio social em uma economia voltada para o mercado. Assim, aquelas normas que visavam a uma segurança jurídica e que deveriam ser realizadas por meio de conceitos jurídicos indeterminados poderiam ser levadas a uma ponderação moral a luz de princípios distintos<sup>129</sup>, como se vê hodiernamente na questão das terras e sua função social.

Quanto à *questão da qualidade formal das leis*, Habermas alerta, contra a argumentação funcionalista de Weber, que essa só pode ser justificada como racional à luz de princípios que possuem conteúdo moral. A lei formal não legitima o poder pelo simples fato

<sup>128</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 199.

<sup>129</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 199.

de atender às necessidades funcionais de cada indivíduo. Exemplifica que, desde Marx a Macpherson<sup>130</sup>, só se pode falar de legitimidade da lei, se cada indivíduo pudesse gozar das mesmas oportunidades de acesso às oportunidades dentro da uma estrutura de mercado da sociedade. Ou seja, a forma clássica da lei abstrata e geral preocupa-se geralmente com o programa de fins para os mecanismos monetários econômicos, descuidando por vezes de princípios de igualdade que permitam aos indivíduos terem as mesmas oportunidades em uma sociedade econômica<sup>131</sup>.

Por fim, *a construção científica e metódica de um corpo jurídico* para as sociedades modernas somente pode contribuir para uma legitimação na medida em que auxilia na fundamentação das normas do direito positivo<sup>132</sup>. As ciências na sociedade moderna depositam grande autoridade às normas do direito, mas estas “não se tornam legítimas a partir do momento em que os seus significados e conceitos são explicitados, sua consistência é examinada e os motivos uniformizados”<sup>133</sup>.

Habermas discorda de Weber por entender que este não soube reconhecer o núcleo moral do direito formal burguês. Weber “sempre entendeu as ideias morais como orientações valorativas subjetivas; os valores eram tidos como conteúdos não racionalizáveis, inconciliáveis com o caráter formal do direito”<sup>134</sup>. Para Weber, os valores eram considerados conteúdos não racionalizáveis e incompatíveis com o caráter formal do direito. Segundo Habermas, essa posição de Weber, que afasta conteúdos valorativos do conteúdo das normas, se deve ao modo como ele interpreta o moderno direito racional, ou seja, que ele “contrapõe ao ‘direito formal’ positivado”<sup>135</sup>.

Para nosso autor, precisamos reconhecer que “as teorias do direito natural, de Hobbes até Rousseau e Kant, mantêm certas conotações metafísicas”<sup>136</sup>. No entanto, para Habermas, Rousseau e Kant, “através de seu modelo de um contrato social que permite aos parceiros de

---

<sup>130</sup> Nota de rodapé: C. B. Macpherson. *Die politische Theorie des Besitzindividualismus*. Frankfurt/M., 1967. Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia*, p. 200.

<sup>131</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 199-200.

<sup>132</sup> A sistematização doutrinária dos juristas exige do Direito uma fundamentação pós-metafísica que afasta o direito de suas bases consuetudinárias. Da análise do texto de Habermas, Luiz Moreira explica que a possibilidade de modificação das normas positivadas funciona como um princípio regulador, que aponta para uma legitimidade fundada em princípios morais. Sendo assim, “surge no centro de uma racionalidade científica, um preceito normativo que é introduzido pela exigência de fundamentação que se aproxima de uma racionalidade prática no sentido de Kant. No entanto, através do resgate discursivo dessa pretensão normativa, ambas as esferas, a prática e a científica, são perpassadas pela moralidade”. Cf. MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, p. 70.

<sup>133</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 200.

<sup>134</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 201.

<sup>135</sup> Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 201.

<sup>136</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 201.

direito regular democraticamente a sua convivência, para serem livres, fazem jus à exigência metódica de uma fundamentação procedimental do direito”<sup>137</sup>. Habermas pensa que na tradição moderna as ideias sobre “natureza” e “razão” não representam conteúdos metafísicos, e sim são utilizadas para explicar os pressupostos que possibilitam a força legitimadora de um acordo.

Segundo Habermas, Weber não soube separar os aspectos estruturais do seu conteúdo, o que o levou “a confundir ‘natureza’ e ‘razão’ com *conteúdos* de valor, dos quais o direito formal teria se separado”<sup>138</sup>. Habermas prossegue na crítica a Weber nos seguintes termos:

Ele equipara equivocadamente as qualidades procedimentais de um nível de fundamentação pós-tradicional às orientações valorativas materiais. Por isso, ele não percebe que o modelo do contrato social, do mesmo modo que o imperativo categórico, pode ser entendido como proposta para um processo, cuja racionalidade garante a correção de qualquer tipo de decisão tomada conforme o procedimento<sup>139</sup>.

Habermas explica que quando se refere às teorias procedimentalistas da moral e do direito é apenas para provar que os limites entre direito e moral não podem ser estabelecidos somente com os conceitos de “formal” e “material”. Ao contrário, a análise dessas teorias levou Habermas a concluir que “a legitimidade da legalidade não pode ser explicada a partir de uma racionalidade autônoma inserida na forma isenta de moral; ela resulta, ao invés disso, de uma relação interna entre direito e moral”<sup>140</sup>. Essa é a posição de Habermas em *Direito e Moral* (1986).

Nos próximos tópicos, abordaremos sobre *meios* que dispomos para obter a legitimidade da legalidade a partir de uma relação interna entre direito e moral. Segundo Habermas, nos modernos sistemas jurídicos, podemos destacar o conceito de processo institucionalizado, através do qual a própria produção de normas é submetida a normas.

Habermas acredita que os processos jurídicos exigem que as decisões sejam fundamentadas, institucionalizando discursos jurídicos “que operam nos limites exteriores do processo jurídico e sob as limitações internas da produção argumentativa de bons argumentos”<sup>141</sup>. Segundo nosso autor, é preciso considerar que os discursos jurídicos precisam considerar um amplo conjunto de regras, consequência da estratificação do direito moderno em regras e princípios. Sobre esses novos princípios, esclarece que:

<sup>137</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 201.

<sup>138</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 201.

<sup>139</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 201-202.

<sup>140</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 202.

<sup>141</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 203.

O direito constitucional revela que muitos desses princípios possuem uma dupla natureza: moral e jurídica. Os princípios morais do direito natural transformaram-se em direito positivo nos modernos Estados constitucionais. Por isso, a lógica da argumentação permite ver que os caminhos de fundamentação, institucionalizados através de processos jurídicos, continuam abertos aos discursos morais<sup>142</sup>.

Assim sendo, Habermas acredita na hipótese de que “a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental”<sup>143</sup>. Pare ele, essa hipótese pode ser considerada, pois as qualidades formais do direito estão presentes na dimensão dos processos institucionalizados juridicamente, uma vez que são permeáveis a argumentações morais. Ou seja, “a legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental”<sup>144</sup>.

## 2.2 Processos jurídicos e os discursos

O tema do direito e da moral é predominante nas reflexões de Habermas em *Direito e Moral* (1986), obra na qual o autor apresenta suas ideias acerca da questão da legitimidade da legalidade. Para introduzir a ideia de como os discursos morais estão imbricados aos processos jurídicos nas sociedades democráticas contemporâneas, Habermas realiza sua crítica da racionalidade do direito de Max Weber, vista anteriormente.

Habermas explica, em *Direito e Moral* (1986), que nas sociedades democráticas contemporâneas a legitimidade deve ser apoiada na legalidade. Legalidade esta que está destituída das certezas coletivas da religião e da metafísica e ancorada no direito. Ocorre que, para Habermas, a tese de Weber de uma racionalidade do direito isenta de moral e autônoma não se confirmou como exposto anteriormente e, pelo contrário, a força legitimadora da legalidade nas formas do direito positivo deve a sua legitimidade a uma moral procedimental que está pressuposta contrafactivamente no procedimento, implícito nas qualidades formais do direito.

---

<sup>142</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 203.

<sup>143</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 203.

<sup>144</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 203.

Segundo Habermas, a compreensão formalista do direito de Weber é posta em questão pela pesquisa histórica sobre a realidade do direito a partir do final do século XIX. Aquela compreensão formalista do direito de Weber foi perdendo suas características e sendo relativizada sob a assinatura de “desformalização” do direito. Habermas aponta essa desformalização à luz de quatro novos fenômenos do direito que veremos a seguir.

O primeiro fenômeno trata-se do *direito reflexivo*. Habermas acredita que Weber buscava a orientação do direito formal para programas teleológicos, ou seja, programas finalísticos. Ocorre que com a delegação de poder para partes litigantes e a introdução de processos quase-políticos na área do direito fiscal, especificamente o tarifário, surgia um novo tipo de direito desformalizado. Surge um modo reflexivo de desformalização que pretende conferir maior flexibilidade e autonomia aos destinatários do direito ao colocá-los em condições de regularem sozinhos seus próprios assuntos<sup>145</sup>.

Em segundo lugar temos a *marginalização*. O surgimento de novas pesquisas desenvolvidas pelas ciências de fatos antes desconhecidos leva à consciência de marginalidade. Habermas exemplifica com alguns fenômenos do direito atual que tiram seu caráter clássico do direito coercitivo citados por W. Naucke, tais como: o caráter cada vez mais experimental da regulação teleológica de processos complexos; a crescente sensibilidade do legislador aos problemas de exequibilidade ou de aceitação; a assimilação do direito penal como formas de controle social<sup>146</sup>.

O terceiro fenômeno refere-se aos *imperativos funcionais*. O direito passou a regular diversos subsistemas. Esse direito “regulador”, além de atender às necessidades de regulação de um Estado social que instrumentaliza o direito para atender os fins do legislador político, precisa atender também a novos imperativos, como o de regulação de mercados. Assim, tem-se a concorrência entre direitos e bens coletivos, na qual se impõe exigências funcionais de subsistemas regulados pelo dinheiro e pelo poder, em substituição aos imperativos de normas e valores<sup>147</sup>.

Por fim, a questão da *moralidade versus positividade do direito*. O direito positivo, nas sociedades modernas, passou a ser utilizado com maior frequência pelos diversos governos para atender novos interesses da maioria (direito tributário, de família, civil etc.). Por outro lado, existe uma tendência no sentido oposto, que se refere à busca de um direito moralizado, um direito “correto”, relacionado com a desobediência civil, com questões do

<sup>145</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 204.

<sup>146</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 204-205.

<sup>147</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 204-205.



aborto, do divórcio, da proteção do meio ambiente etc. Para Habermas, vale a ideia de que os princípios morais do direito natural compõem atualmente o direito positivo, o que exige cada vez mais uma filosofia do direito para auxiliar na interpretação da constituição<sup>148</sup>.

Essas tendências de desformalização do direito são objeto da crítica do direito, com o nome pejorativo de “*juridificação*”, que remete ao processo de criação de condições legais. Habermas explica que traz Weber ao debate atual sobre o direito, adotando-o como ponto de partida, justamente porque “seu questionamento sobre a racionalidade do direito visava a medidas para um direito, ao mesmo tempo correto e funcional”<sup>149</sup>. Os elementos expostos por Weber auxiliam na compreensão da pergunta de Habermas sobre como é possível a legitimidade através da legalidade, muito embora “o questionamento weberiano sobre a racionalidade formal do direito não dava conta de esclarecer a legitimidade dos desdobramentos que o direito estava assumindo”<sup>150</sup>.

Habermas passa a analisar, ainda em *Direito e Moral (1986)*, a partir de exemplos da cultura jurídica alemã e sem se preocupar com eventuais correspondências com o direito americano<sup>151</sup>, a racionalidade procedimental embutida no processo democrático da legislação, para verificar se é possível encontrar argumentos a favor de uma legitimidade que se funda na legalidade. Inicialmente, Habermas narra a controvérsia entre Ernst Forsthoff e Wolfgang Abendroth, ocorrida nos anos de 1950, sobre o tema do Estado de direito e o Estado social. Tal controvérsia ocorreu na Alemanha, fruto das experiências vividas no período do regime nazista, a qual ficou registrada nos debates entre Carl Schmitt, Hans Kelsen e Hermann Heller à época de Weimar.

Forsthoff preocupou-se com o Estado social, desenvolvendo a crítica formalista de Weber ao direito. Ele utilizou de meios da dogmática jurídica para enfrentar as “tendências de desformalização, canalizando as tarefas sociais de estruturação, advindas à legislação e à administração no Estado social, para formas do Estado de direito clássico”<sup>152</sup>. Essas características do Estado social não são compatíveis com a lógica liberal do Estado de direito, que procura assegurar a segurança jurídica através da lei pública geral, abstrata e geral. Nesse contexto, um Estado social ativo “que interviesse no status quo da sociedade através de uma administração planejadora e executora deformaria o Estado de direito”<sup>153</sup>.

<sup>148</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 205-206.

<sup>149</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 206.

<sup>150</sup> BARBOSA, Evandro. *Direito e moral em Kant: sobre suas relações e seus pressupostos*. Pelotas: NEPFIL online, 2015, p. 68

<sup>151</sup> Ver esses exemplos com detalhes em HABERMAS, *Direito e Democracia II*, pp. 206 - 213.

<sup>152</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 207.

<sup>153</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 207.

Habermas acredita que a posição de Abendroth, apoiada no positivo legal e democrático, seja mais adequada que o formalismo jurídico de Weber e Forsthoff, no qual o direito regulador do Estado de bem-estar social se apresenta como um “corpo estranho”. Na posição de Abendroth, o Estado democrático é capaz de se autodeterminar, a partir da vontade do povo em geral. O direito neste contexto serve apenas para transformar as políticas públicas em normas obrigatórias e “o conceito de lei é despojado, à maneira positivista, de toda e qualquer determinação de racionalidade”<sup>154</sup>. Habermas acredita que Abendroth não foi capaz de ver que as coerções sistêmicas do Estado e da economia são capazes de conduzir o ativismo legislativo do Estado de direito a tomar decisões que contradizem o assentimento de todos.

Para Habermas, o positivismo legal e democrático é insuficiente para justificar normativamente as decisões de um parlamento. As condições que permitem a legitimação de leis democráticas devem ser buscadas na própria racionalidade do processo de legislação. É por essas razões que Habermas justifica o seu “desejo interessante de analisar a racionalidade procedimental embutida no processo democrático da legislação, a fim de verificar se é possível extrair dela argumentos para uma legitimidade que se funda na legalidade”<sup>155</sup>. No entanto, Habermas aponta um problema que precisa ser resolvido:

A partir do momento em que a lei abstrata é geral, que exclui qualquer tipo de indeterminação, não é mais a forma normal e obrigatória dos programas de regulação do Estado social, falta a correia de transmissão capaz de transmitir a racionalidade do processo de legislação para o processo da justiça e da administração. E sem efeito automático de uma vinculação obrigatória da lei, fica-se sem saber como a racionalidade processual de um dos lados poderia copiar a racionalidade processual do outro<sup>156</sup>.

Assim, Habermas passa a examinar a racionalidade prática de decisão judicial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, responsável pelo controle abstrato de normas. Para o autor, há duas respostas de como a justiça lida com a desformalização: a contextualista e a do direito natural. Habermas identifica que, por ocasião do controle abstrato de normas, o Tribunal Constitucional, por vezes, se depara com o direito social, da família e do trabalho. Esses materiais, diferente do processo clássico do tribunal civil, demandam uma interpretação do direito constitucional que exigem ao judiciário lançar mão dos princípios constitucionais e de uma compreensão holista da constituição.

---

<sup>154</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 208.

<sup>155</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 210.

<sup>156</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 210.

Esse trabalho interpretativo, a partir de considerações de princípios, que busca a solução de conflitos envolvendo bem particular e bem comum altera a compreensão da ordem jurídica. Segundo Habermas, essa nova forma de compreensão do sistema jurídico como um todo, a partir de um escalonamento entre normas e princípios legitimadores, gera grande insegurança jurídica. É possível pensar em “uma dissolução do poder legal, isto é, do poder apoiado na legalidade da lei e da medida, através de um poder apoiado na legitimidade sancionada por intermédio de juízes”<sup>157</sup>.

Essa possibilidade de a justiça orientada por princípios jurídicos se sobrepôr às vontades de um legislador parlamentar demanda reflexão acerca de questão do direito. Para Habermas, nessas condições, “a força legitimadora da vontade democrática comum foi soterrada pelo positivismo jurídico, a legislação tem de submeter-se não somente ao controle de uma jurisdição vinculada à lei”<sup>158</sup>, mas também às leis superiores de uma justiça material. Essa introdução de argumentos da jurisdição apoiada em princípios leva a Habermas pensar com Weber nos seguintes termos:

No entanto, esse apelo à “indisponibilidade” de uma ordem concreta de valores, extraídos do direito natural cristão, de uma ética material de valores, ou do ethos cotidiano neo-aristotélico, confirma as suspeitas de Weber, segundo as quais a desformalização do direito abre a porta para orientações materiais discutíveis, cujo núcleo é irracional<sup>159</sup>.

Habermas alerta que aqueles que defendem esta prática judicial jusnaturalista e contextualista apoiada em valores acabam por interpretar de outra maneira as *premissas filosóficas* de Max Weber. Nesta concepção que coloca os processos, princípios gerais e valores concretos em um mesmo nível, “o elemento ético geral está sempre embutido em contextos de ação históricos e concretos” que não permitem haver uma fundamentação ou avaliação de princípios segundo processos imparciais. Seguindo as reflexões de Schnädelbach sobre o neo-aristotelismo, Habermas explica:

Os neo-aristotélicos, em especial, tendem a uma ética institucional que elimina a tensão entre norma e realidade, princípio e regra, anulando a diferença que Kant introduzira entre questões de fundamentação e questões de aplicação, e reduzindo as abordagens morais ao nível de considerações inteligentes. Nesse nível, impera uma capacidade de julgar puramente

<sup>157</sup> Denninger, (1985), 284. In: HABERMAS, *Direito e Democracia*, p. 211.

<sup>158</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 212.

<sup>159</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 212.

pragmática, a qual mistura, de modo intransparente, considerações normativas e funcionais<sup>160</sup>.

O judiciário utiliza, por vezes, de princípios normativos (p. ex. o princípio da igualdade ou a dignidade humana) e metódicos (p. ex. a adequação e proporção) que podem sobrepor aos imperativos formais (p. ex. paz nas empresas ou a agilidade das forças armadas). Nesses casos, ocorre uma equivalência entre os valores utilizados tanto para os direitos individuais quanto para os bens coletivos. Há um entrelaçamento entre ideias teleológicas, deontológicas e sistemas. Para Habermas, ao conduzir os processos judiciais utilizando o direito desformalizado, regulado por princípios que equiparam os valores, “não se pode negar nem anular uma evidente moralização do direito, vinculada internamente com a tendência de juridificação existente no Estado social”<sup>161</sup>.

Habermas acredita que para solucionar a questão da legitimidade das normas nesse contexto de desformalização e evidente moralização do direito “somente as teorias da justiça e da moral ancoradas no procedimento prometem um processo *imparcial* para fundamentação e a avaliação de princípios”<sup>162</sup>. Mas de qual *procedimento* Habermas trata aqui? Notadamente Habermas está tratando aqui do procedimento da *argumentação moral*, apresentada anteriormente em *Teoria do Agir Comunicativo (1981)*, no qual:

Todo aquele que se envolve em numa prática de argumentação tem que pressupor pragmaticamente que, em princípio, todos os possíveis afetados poderiam participar, na condição de livres e iguais, de uma busca cooperativa da verdade, na qual a única coerção admitida é a do melhor argumento<sup>163</sup>.

Em *Direito e Moral (1986)*, Habermas deixa claro que não concorda com a opinião de Weber, segundo a qual a racionalidade autônoma do direito, que constitui o fundamento da força legitimadora da legalidade, é isenta de moral. Pelo contrário, para Habermas “um poder exercido nas formas do direito positivo deve sua legitimidade a um conteúdo moral implícito nas qualidades formais do direito”<sup>164</sup>.

Assim, a força legitimadora não está relacionada exclusivamente com o formalismo do direito, mas reside em *processos* que permitem a sua forma argumentativa. Lembrando que para Habermas, em *Direito e Moral (1986)*, o núcleo racional dos processos jurídicos

<sup>160</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 212-213.

<sup>161</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 213.

<sup>162</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 213.

<sup>163</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 215.

<sup>164</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia*, p. 214.

devem ter um *sentido prático-moral*, ou seja, só são legítimas as normas legais que obrigam, na perspectiva moral, todos os membros de uma comunidade jurídica. Além disso, essas normas devem conter a *ideia de imparcialidade* tanto na sua fundamentação, quanto na sua aplicação, como se vê:

Essa ideia da imparcialidade forma o núcleo da razão prática. Quando descuidamos o problema da aplicação imparcial de normas, a ideia da imparcialidade passa a ser desenvolvida inicialmente sob o aspecto da fundamentação de normas nas teorias da moral e da justiça, as quais propõem um processo que permite julgar questões práticas sob um ponto de vista moral<sup>165</sup>.

Para pensar em questões preliminares sobre a racionalidade de procedimentos institucionalizados através do direito em *Direito e Moral (1986)*, Habermas parte da ideia da imparcialidade desenvolvida sob o aspecto da fundamentação de normas nas teorias da moral e da justiça, também chamadas de teorias procedimentalistas da justiça, que propõem um método para julgar as questões práticas sob um ponto de vista moral. Assim, Habermas recorda que atualmente existem “*três candidatos sérios*” para assumir a autoria de uma teoria procedimentalista da justiça: John Rawls, Lawrence Kohlberg e Karl-Otto Apel.

De uma maneira discreta e modesta, Habermas introduz seu nome e sua ideia juntamente com a de Apel. Segundo o autor, todos “são oriundos da tradição kantiana, eles se distinguem de acordo com os modelos que tomam para explicar o processo da formação imparcial da vontade”<sup>166</sup>. Habermas expõe com clareza e síntese essas teorias, destacando ao final a sua posição:

*John Rawls* continua adotando o modelo do acerto contratual e insere, na descrição da posição original, as limitações normativas sob as quais o egoísmo racional dos partidos livres e iguais escolhe os princípios corretos. A justeza dos resultados é assegurada através do procedimento que acompanha seu surgimento. *Lawrence Kohlberg*, por seu turno, emprega o modelo de G. H. Mead, ou seja, o da reciprocidade geral de perspectivas entrelaçadas entre si. O estado original, idealizado, é substituído pela assunção ideal de papéis, que exige do sujeito que julga moralmente que se coloque na situação de todos os possíveis atingidos pela entrada em vigor de uma norma questionada. No meu entender, ambos os modelos não fazem jus à pretensão cognitiva de juízos morais. Pois, no modelo da celebração de contratos, as ideias morais são *tidas como* decisões racionais livres e, no modelo da assunção de papéis, são *tidas como* atos de entendimento empático. Por isso, *Karl-Otto Apel e eu* sugerimos tomar a própria

<sup>165</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 214.

<sup>166</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 215.

argumentação moral como processo adequado para a formação racional da vontade<sup>167</sup>.

Essas teorias supracitadas auxiliam, segundo Habermas, a confirmar sua tese de que o direito para ser legítimo precisa ser fundamentado através de um procedimento que, em *Direito e Moral (1986)*, ele considera como moral. Assim, para Habermas, em *Direito e Moral (1986)*, a legalidade só pode gerar legitimidade quando “a ordem jurídica reagir à necessidade de fundamentação resultante da positivação do direito, a saber, na medida em que forem institucionalizados processos de decisão jurídica *permeáveis* por discursos morais”<sup>168</sup>.

Os *procedimentos* oferecidos pelas teorias da justiça que vimos anteriormente tentam explicar como julgar algo sob o ponto de vista moral. Esses procedimentos possuem algo em comum com os processos juridicamente institucionalizados: a racionalidade, que deve garantir a validade dos resultados obtidos conforme o processo. Nestas condições, Habermas acredita que os *processos jurídicos* possuem uma racionalidade procedimental completa que permitem saber, na perspectiva de um não-participante, se uma decisão surgiu conforme as regras ou não<sup>169</sup>.

Os *processos dos discursos morais* (não regulados juridicamente), por outro lado, possuem uma racionalidade procedimental incompleta. Ao contrário dos processos jurídicos, no processo dos discursos morais, é preciso decidir na perspectiva de participante para saber se algo foi julgado sob o ponto de vista moral, uma vez que não existem outros critérios externos ou objetivos. Para Habermas, “nenhum dos dois tipos de processos pode realizar-se sem idealizações, especialmente sem os pressupostos comunicacionais da prática de argumentação”<sup>170</sup>.

A partir da análise da relação entre processos jurídicos e processos dos discursos morais em *Direito e Moral (1986)*, é que Habermas apresenta as fraquezas cognitivas da moral<sup>171</sup>. É devido à fragilidade da racionalidade procedimental dos processos de discursos morais que determinadas matérias necessitam ser regulamentadas pelo direito e não pelas

---

<sup>167</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 215 (grifos nossos).

<sup>168</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 216.

<sup>169</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 216.

<sup>170</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 216.

<sup>171</sup> Segundo Habermas, essa fraqueza cognitiva corresponde também a uma fraqueza emocional (motivacional), como se vê: “Toda a moral pós-tradicional exige um distanciamento, ou seja, ela se afasta das evidências contidas em formas de vida praticadas de modo não-problemático. E nem sempre as ideias morais desacopladas da eticidade concreta do dia-a-dia trazem consigo a força motivadora que permite aos juízos tornarem-se eficazes do ponto de vista prático. Quanto mais a moral se interioriza e se torna autônoma, tanto mais ela se retrai para domínios privados”. Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 217.

regras da moral pós-tradicionais. Assim, para Habermas, o direito positivo possui *força* e pode ser melhor compreendido justamente por possuir características importantes que ajudam a compensar as fraquezas da moral autônoma<sup>172</sup>.

Dentre as características importantes do direito positivo, as quais segundo Habermas podem compensar as fraquezas da moral, destacamos: a) a *força vinculante* em razão do potencial sancionador do Estado; b) a *administração profissional* do direito público que, através de suas normas escritas, alivia os indivíduos do esforço moral para solucionar conflitos de ação; e c) a sua característica de pôr em vigor as decisões do legislador político, guardando a possibilidade de modificá-las<sup>173</sup>.

Verificamos até aqui que, para Habermas, em *Direito e Moral (1986)*, “a questão acerca da legitimidade da legalidade fez com que o tema do direito e da moral predominasse”<sup>174</sup>. Para nosso autor, o direito e a moral se complementam. O entrelaçamento entre direito e moral que Habermas defende em *Direito e Moral (1986)* será o tema do tópico seguinte deste trabalho. Em *Direito e Democracia (1992)*, Habermas mudará sua posição a respeito desta relação entre direito e moral<sup>175</sup>.

Habermas se interessa não apenas por essa relação complementar, mas também pelo que ele chama de verdadeiro *entrelaçamento* simultâneo entre moral e direito. Para Habermas, a moral não está acima do direito, tal como sugere a construção do direito racional. Na verdade, a moral se insere no direito positivo, sem perder sua identidade ou ser absorvida.

Assim, a moralidade não se contrapõe ao direito. Pelo contrário, ela se estabelece no próprio direito, uma vez que ambos possuem natureza procedimental. A moralidade se libertou dos conteúdos determinados por normas e ganhou importância nos procedimentos de fundamentação e de aplicação. Para Habermas, um direito processual e uma moral procedimentalizada conseguem se controlar *mutuamente*<sup>176</sup>.

Finalizando este tópico e retomando a racionalidade jurídica de Weber vista no tópico anterior, percebemos que Habermas em *Direito e Moral (1986)* concorda em partes com Max Weber. Para Habermas, Weber tinha razão ao afirmar que “somente se levarmos em conta a racionalidade que habita no próprio direito, poderemos assegurar a independência do sistema

<sup>172</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 217.

<sup>173</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 217-218.

<sup>174</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 218.

<sup>175</sup> Tema a ser abordado no Capítulo 3.

<sup>176</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 218.

jurídico”<sup>177</sup>. Porém, Habermas não concorda totalmente com essa tese, apresentando sua posição nos seguintes termos: “como o direito também se relaciona internamente com a política e com a moral, a racionalidade do direito não pode ser questão exclusiva do direito”<sup>178</sup>.

### 2.3 O entrelaçamento entre direito e moral

Habermas acredita que, para entender porque a diferenciação do direito não desfaz o seu entrelaçamento com a política e a moral, é preciso rever sobre a formação do direito positivo. Em *Direito e Moral (1986)*, Habermas trata sobre o tema da razão e da positividade, especificamente do entrelaçamento existente entre direito, política e moral. As sociedades modernas passaram por um período de grandes transformações desde o final do século XV até a Revolução Francesa em 1789.

Do ponto de vista sociológico, a modernidade foi marcada por um processo de racionalização, no qual os valores éticos, morais e jurídicos deixaram de ser fundamentados por visões cosmológicas, através da autoridade revelada de uma figura sagrada, para buscar seus fundamentos na ciência e na razão. Nessa configuração, “aquilo que era um valor moral poderia ter força de lei, na medida em que se enraizava nos costumes de determinada comunidade; esse mesmo valor moral poderia prescrever ainda o que deveria ou não ser considerado um valor cultural”<sup>179</sup>.

Esse processo de racionalização, característico das sociedades desde o final da Idade Média na Europa até as grandes codificações do século XVIII, que nos auxiliam a entender como se operou a transição do papel do direito e a influência dos conceitos positivistas desde as sociedades medievais, passando pelas sociedades modernas, até a sociedade contemporânea.

As sociedades modernas, cada vez mais complexas, encontraram no direito, que deveria precipuamente ordenar a vontade do soberano, outras funções, tais como regular: a) as relações contratuais no âmbito civil (segurança jurídica); b) as sanções no caso de descumprimento das normas legais (sistema penal); c) a organização e administração do Estado (poder administrativo); e c) os mercados (sistema econômico).

<sup>177</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 230.

<sup>178</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 230.

<sup>179</sup> KEINERT, Maurício; HULSHOF, Monique; MELO, Rúrion. Diferenciação e complementariedade entre direito e moral, p. 74.



Essas novas funções do direito e sua aplicação na sociedade passaram a exigir novas fundamentações para atender a realidade vivida pelos indivíduos, e é exatamente nesta busca da legitimidade para o direito positivo que Habermas se depara com o positivismo jurídico e toda sua crítica no que tange à relação entre direito e moral:

A crítica imanente ao positivismo jurídico, desenvolvida por Fuller até Dworkin contra as posições de Austin, Kelsen e Hart, revela que a aplicação do direito tem que contar, cada vez mais, com objetivos políticos, com fundamentações morais e com princípios<sup>180</sup>.

Foram diversas as transformações no sistema jurídico que levaram Habermas a entender que o direito positivo passou a ser responsável pelo exercício burocrático do poder político, cada vez mais distante das crenças religiosas e aberto às tradições do direito consuetudinário. Essa mudança de fundamentação do direito positivo encontrou uma nova teoria – o positivismo jurídico<sup>181</sup> – que pretendeu explicar como o direito pode obter o seu modo de validade, sugerindo um sistema jurídico separado da política e da moral.

Para Habermas, Kelsen “desengata o conceito do direito do da moral e inclusive do da pessoa natural”<sup>182</sup>, operando um desengate entre pessoa natural e pessoa moral, o que reflete diretamente na doutrina dos direitos subjetivos, dando uma nova interpretação puramente funcionalista aos direitos subjetivos<sup>183</sup>. Na sua obra *A teoria pura do direito (Reine Rechtslehre, 1960)*, Kelsen desenvolveu a ideia de separação total entre direito e moral.

Para Kelsen, “a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral”<sup>184</sup>. *A teoria pura do direito*

---

<sup>180</sup> HABERMAS, *Direito e Moral*, p. 86.

<sup>181</sup> Habermas aborda o tema do positivismo jurídico no direito moderno a partir de Hans Kelsen e Herbert Lionel Adolphus Hart. Kelsen contrapõe a fundamentação de suas ideias com o pensamento kantiano, e Hart, por sua vez, com o pensamento de Ronald Dworkin. Jürgen Habermas se vale das ideias desses quatro filósofos citados para estudar o sistema do direito e sua ligação com a facticidade e validade nas democracias modernas e no Estado de direito. No mesmo sentido de Habermas, Norberto Bobbio identifica o positivismo jurídico como “a negação do direito natural”, sendo esta doutrina dominante entre juristas desde primeira metade do século passado até o fim da Segunda Guerra Mundial. Segundo Bobbio, “para o positivismo jurídico, os supostos direitos naturais não são mais do que direitos públicos subjetivos, ‘direitos reflexos’ do poder do Estado, que não constituem um limite ao poder do Estado, anterior ao nascimento do próprio Estado, mas são uma consequência – pelo menos na conhecida e célebre doutrina de Jellinek – da limitação que o Estado impõe a si mesmo.” Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 116.

<sup>182</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia*, p. 118.

<sup>183</sup> Habermas apresenta conceitos diversos de direitos subjetivos, tais como o de Savigny, Ihering e do próprio Kelsen, e aponta que “a doutrina do direito subjetivo começa quando os direitos morais subjetivos se tornam independentes, os quais pretendem uma legitimidade maior que a do processo legislativo” HABERMAS, *Direito e Democracia*, p. 121.

<sup>184</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 77-78.

rejeita a tese de que o Direito, segundo sua própria essência, deve ser moral, não apenas porque pressupõe uma Moral absoluta, mas ainda porque ela, na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade.

H. L. A. Hart, por sua vez, explica, em *O conceito de direito (1961)*, que embora haja muitas conexões entre o direito e a moral, não há conexões conceituais necessárias entre o conteúdo do direito e o da moral. Sendo assim, para Hart, um aspecto da separação entre direito e a moral “é a possibilidade da existência de direitos e deveres jurídicos destituídos de qualquer justificativa ou força moral”<sup>185</sup>. Hart considera errônea a tese em que Dworkin crítica a teoria descritiva geral do direito, na qual os direitos e deveres jurídicos podem estar privados de eficácia ou justificação morais, pelas seguintes razões:

Os direitos e deveres jurídicos são os elementos através dos quais o direito, com seus recursos coercitivos, respectivamente protege e limita a liberdade individual, e confere ou nega aos indivíduos o poder de utilizarem eles próprios a maquinaria coercitiva do direito. Assim, sejam as leis moralmente boas ou más, justas ou injustas, os direitos e deveres exigem atenção como pontos focais no funcionamento do sistema jurídico, que tem importância suprema para os seres humanos e independe dos méritos morais das leis. Portanto, não é verdade que os enunciados de direitos e deveres jurídicos só possam ter sentido no mundo real se houver alguma fundamentação moral para que se afirme sua existência<sup>186</sup>.

Em *Direito e Moral (1986)*, Habermas se questiona se o direito positivo ainda consegue obter seu caráter obrigatório, mesmo que em um modo de validade diferente dos moldes como obtinha no direito supremo burocrático do sistema jurídico tradicional. O positivismo jurídico deu respostas pouco satisfatórias a este questionamento na visão de Habermas. O positivismo jurídico, no sentido apresentado por Hans Kelsen, defende que o direito positivo não pode mais estar ligado a conteúdos jus-naturais, sendo que nesta perspectiva o sistema jurídico separado da política e da moral e com a jurisdição como seu núcleo institucional, permanece na única situação, onde o direito consegue, por si só, manter a sua forma e, com isso, sua autonomia”<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Trad.: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 346.

<sup>186</sup> HART, *O Conceito de Direito*, p. 347.

<sup>187</sup> HABERMAS, *Direito e Moral*, p. 93.

O novo sistema do direito das sociedades modernas, ao abandonar o sistema jurídico medieval, necessitou se adaptar às novas exigências de contextos cada vez mais complexos. Influenciado pelo surgimento de uma economia capitalista e pela necessidade de um poder político de um estado territorial burocratizado, a positivação do direito foi a forma encontrada para que o rei ou imperador pudesse exercer burocraticamente o poder político. Habermas entende que, se por um lado o direito positivo serve para executar funções de ordem, por outro lado e simultaneamente, o soberano precisa manter um *caráter inalterável*, respeitando na figura de tradições jurídicas sacralizadas um caráter não-instrumental do direito<sup>188</sup>.

Valendo-se de elementos da sociologia do direito e da antropologia<sup>189</sup>, Habermas, em *Direito e Moral (1986)*, explica que, mesmo com todas as transformações que o direito enfrentou com o processo de diferenciação do direito, não se desfizeram os vínculos internos que sempre teve com a política e a moral. Assim, Habermas explica que, para clarificar filosoficamente a positivação do direito, é preciso entender a transformação e decomposição de uma estrutura característica dos antigos impérios: a estrutura tridimensional do sistema jurídico.

Essa estrutura tridimensional refere-se a três elementos típicos do sistema jurídico dos antigos impérios: a) *o direito sagrado*, refere-se à cobertura do direito sacro administrado com o auxílio de teólogos e juristas; b) *o direito burocrático*, aquele estabelecido pelo rei ou imperador, que também acumulava a função de senhor supremo do tribunal de acordo com as ordens sagradas; e c) *o direito consuetudinário*, ou seja, o direito não-escrito, que provinha das tradições jurídicas tribais<sup>190</sup>.

Ocorre que na Idade Média europeia o sistema anteriormente funcionava com algumas diferenças. Habermas explica que o direito canônico da Igreja católica continuava a reproduzir o direito romano clássico, ao mesmo tempo em que os direitos dos decretos imperiais estavam ligados à ideia do império romano, mesmo antes da redescoberta do *Corpus Justinianum*.

---

<sup>188</sup> Quanto a esse caráter inalterável do direito, Habermas acredita que há uma tensão entre a condição instrumental e não-instrumental do direito, conforme se verifica: “Entre ambas estas condições de inalterabilidade do direito pressuposto na regulamentação judicial de conflitos, da instrumentalização do direito ao serviço do exercício do poder político – existe uma tensão não-dissolvida”. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Trad.: Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 2007, p. 91.

<sup>189</sup> Habermas cita em *Direito e Moral (1986)* o livro *Law and Society* publicado em 1976 pelo filósofo e teórico social brasileiro Roberto Mangabeira Unger, quando este estava na condição de professor da Universidade de Harvard, localizada em Cambridge, Massachusetts, Estados Unidos. Os dados antropológicos do direito foram obtidos por Habermas em *Frühformen des Rechts*, obra do jurista e historiador alemão Wolf-Dietrich Uwe Wesel, escrita em 1982.

<sup>190</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 231.

Assim, Habermas destaca que ocorreu uma ramificação em direito sagrado (integrado à visão de uma das grandes religiões) e profano. E esse direito divino, por vezes chamado de “natural”, não se encontra à disposição do soberano político, mas serve de base legitimadora para o mesmo exercer seu poder profano através das funções de jurisdição e normatização burocrática oferecidas pelo direito<sup>191</sup>.

No mesmo sentido do pensamento e da análise histórica do sistema jurídico de Max Weber, Habermas aponta que o caráter tradicional do direito da Idade Média vai perdendo força na medida em que aumenta a tensão entre o direito do soberano e o direito sagrado. O soberano, também senhor supremo do tribunal, precisava ser submetido ao direito sagrado para poder legitimar seu poder secular. O direito passou, então, a ser utilizado como *meio* para o exercício do poder político, uma vez que este confere o caráter de obrigatoriedade às ordens do soberano.

Foi na passagem do direito natural para o direito positivo ocorrido na modernidade que se evidenciou, para Habermas, a ruptura da estrutura tridimensional do sistema jurídico. Com o afastamento das cosmovisões religiosas do direito e a absorção das tradições do direito consuetudinário pelo direito positivo, o sistema jurídico é reduzido a uma única dimensão: a do direito burocrático. Esse direito burocrático que, ao mesmo tempo, visa regular politicamente o poder “recebe a tarefa de tapar por conta própria, e através da legislação política, o vazio deixado pelo direito natural administrado teologicamente”<sup>192</sup>.

Segundo Habermas, a antropologia nos ensina que o direito precede o surgimento do poder político, isto é, aquele poder organizado no Estado. O poder político resulta de um surgimento simultâneo do direito sancionado pelo Estado com o poder do Estado organizado juridicamente<sup>193</sup>. Neste contexto, Habermas acredita que determinadas estruturas da consciência moral desempenham papel importante nesta simbiose entre direito e poder do Estado.

Assim, na passagem do direito tradicional para o profano, na qual “o direito tem que manter, na figura de tradições jurídicas sagradas, o caráter não-instrumental, isto é, *indisponível*, que o soberano tem que respeitar em sua jurisdição”<sup>194</sup> é que se forma, no direito moderno, um contrapeso claro à instrumentalização política do *medium* do direito, devido ao entrelaçamento da política e do direito com a moral.

---

<sup>191</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 231.

<sup>192</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 232.

<sup>193</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 233.

<sup>194</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 232.

Habermas acredita que nas sociedades modernas o direito positivo é submetido a princípios morais, em virtude de dois aspectos consideráveis: a) uma mudança da consciência moral; e b) a positivação do direito em si e a necessidade de fundamentação do mesmo. As ideias do contrato social e da razão prática são importantes para a linha de esclarecimento teórico buscada por Habermas. A ideia do contrato social<sup>195</sup>, figura essencial do novo direito privado burguês, pressupõe uma aceitação de todos os indivíduos e do uso da razão para tal. Isso permite regulamentações a partir de um procedimento no qual a razão utilizada é essencialmente prática, ou seja, a razão de uma moral autônoma.

Assim, apoiado no pensamento procedimental e em uma razão prática que exige a distinção entre normas, princípios justificadores e processos, o direito deve ser constituído através de processos de institucionalização de discursos. Isso significa que a própria constituição do direito é procedimental. Logo, esta intimamente vinculada com a moral.

Habermas recorda duas formas diferentes de entender o direito racional: a) aquelas que se preocupam com a mutação constante do direito, de autores como Hobbes; e b) e aquelas que se preocupam em fundamentar o novo direito positivo, de autores como Kant. Explicadas por Habermas nos seguintes termos:

Como é sabido, Hobbes desenvolve sua teoria a partir de premissas que eliminam do direito positivo e do poder político qualquer conotação moral; o direito estabelecido pelo soberano tem que impor-se, mesmo na ausência de um equivalente racional para o direito sagrado profanizado. Pois o conteúdo manifesto de sua teoria, que esclarece o funcionamento moralmente neutro do direito inteiramente positivado, cai em contradição com o papel pragmático assumido pela mesma teoria, a qual pretende explicar a seus leitores por que eles, na qualidade de pessoas livres e iguais, poderiam ter bons argumentos para se submeter a um poder absoluto do Estado.

Posteriormente, Kant explicita os elementos normativos mantidos implicitamente por Hobbes e desenvolve sua doutrina do direito no quadro de uma teoria moral. O princípio geral do direito, que se encontra na base de toda legislação, resulta, segundo ele, do imperativo categórico. Deste princípio supremo da legislação é deduzido o direito subjetivo originário de cada um, que pode exigir de todos os outros parceiros do direito que respeitem sua liberdade, na medida em que ela estiver de acordo com a liberdade igual de todos segundo as leis gerais<sup>196</sup>.

---

<sup>195</sup> Segundo Habermas, o contrato é uma figura generalizada de um modo interessante e utilizada para justificar moralmente o poder exercitado em formas do direito positivo e do poder legal: um contrato que todo o indivíduo autônomo celebra naturalmente com todos os outros indivíduos autônomos só pode ter como conteúdo aquilo que todos, no uso da razão, podem querer ao defender seus respectivos interesses. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b, p. 238.

<sup>196</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 239.

Assim, Habermas acredita que a diferença entre Hobbes e Kant é que para o primeiro, o direito positivo é um meio de organização do poder político e, para o segundo, o direito positivo continua tendo um caráter essencialmente moral, no qual “o direito moral ou natural, deduzido da razão prática (...) corre o risco de se desfazer em moral; falta pouco para o direito ser reduzido a um modo deficiente de moral”<sup>197</sup>. Habermas segue seu raciocínio analisando Kant até o momento em que se deu a substituição do direito racional pela ideia de Estado de direito, marcado pela “erosão de um conceito de lei moralizado pelo direito racional, ou seja, na perspectiva do juiz e do jurista dogmático e na do legislador cada vez mais parlamentarizado”<sup>198</sup>.

Com a ideia do Estado de direito, a fundamentação kantiana foi, aos poucos, perdendo sentido, uma vez que tanto a política quanto o direito não estavam mais submetidos a imperativos morais, mas sim às novas doutrinas do direito privado e da teoria do Estado de direito. Nesse novo contexto alguns “princípios morais do direito racional foram positivados como conteúdo do direito constitucional”<sup>199</sup>. Isso só reforça a tese de Habermas “segundo a qual a moralidade embutida no direito positivo possui a força transcendente de um processo que se regula a si mesmo e que controla sua própria racionalidade”<sup>200</sup>.

No texto *Direito e Moral* (1986), Habermas finaliza a análise sobre a relação entre direito e moral identificando como os novos processos de discussão parlamentar e seus discursos jurídicos de fundamentação afetam a formação das normas jurídicas. O filósofo alerta que no “processo de legislação, pode emergir uma moralidade que emigrara para o direito positivo, de tal modo que os discursos políticos se encontram sob as limitações de um ponto de vista moral, que temos que respeitar ao *fundamentar* normas”<sup>201</sup>. Sua análise se limita à questão da *fundamentação* de normas, mas Habermas está ciente da problemática que envolve o tema *aplicação de normas*, tema de interesse de seu companheiro de pesquisas Klaus Günther<sup>202</sup>.

O texto *Direito e Moral* (1986) despertou o interesse de filósofos e juristas sobre o tema da relação entre direito e moral<sup>203</sup>. Destaca-se seu companheiro de pesquisa Karl-Otto

<sup>197</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 239.

<sup>198</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 239.

<sup>199</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 243.

<sup>200</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 243.

<sup>201</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, pp. 245-246.

<sup>202</sup> Para ver mais sobre questões de *fundamentação* e *aplicação* de normas jurídicas, bem como seu relacionamento com a moralidade Cf. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. 2. ed. Trad.: Claudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

<sup>203</sup> Dentre os diversos debates, livros e artigos sobre o tema, citamos, por exemplo, Karl-Otto Apel em “A ética do discurso diante da problemática jurídica e política: podem as próprias diferenças de racionalidade entre

Apel, para o qual Habermas consegue, em *Direito e Moral* (1986), “reconstruir filosoficamente a pressuposição interna dos princípios morais no sistema de normas jurídicas, sem recorrer a argumentos metafísicos”<sup>204</sup>. Apel acredita que o trabalho *Direito e Moral* (1986) pode ser considerado um trabalho da Filosofia do Direito que permitiu uma nova reflexão sobre a arquitetura da ética do discurso, explicando que:

O seu interesse centra-se, sobretudo, em *contestar* a independência, afirmada por Max Weber, Niklas Luhmann e pelos positivistas do direito, do “direito decodificado” em relação à moral e, respectivamente, da diferenciação cultural-revolucionária de um sistema jurídico quase-autônomo do sistema da eticidade substancial; sobretudo, sem dever recorrer, ao contestar o positivismo jurídico, a princípios substancial-metafísicos no sentido do direito natural tradicional. Quanto a esse problema de legitimação moral e filosófica das normas jurídicas como normas obrigatórias, Habermas busca *solucioná-la* fazendo com que a fundamentação procedimental das normas jurídicas-formais, em última análise, remonte à racionalidade procedimental da argumentação, que também é fundamental para a ética do discurso, quer dizer, afinal, que ela remonte ao princípio da formação argumentativa do consenso entre parceiros de igualdade de direitos e responsabilidade, princípio que pode ser fundamentado transcendental e pragmaticamente<sup>205</sup> (*grifos nossos*).

Segundo Dutra, estudioso de Habermas, a explicação da complementariedade no texto *Direito e Moral* (1986) foi desenvolvida principalmente com base numa perspectiva normativa, ou seja, no modo como a moral complementaria o direito no aspecto normativo. Habermas recusa uma completa fusão entre direito e moral, sendo que em *Direito e Moral* (1986) “ele pensa que justamente pela moral não ditar conteúdos, mas o procedimento, ela não anularia a autonomia do direito”<sup>206</sup>. Dutra sugere três modelos de apresentação da relação

---

moralidade, direito e política ser justificadas normativo-racionalmente pela ética do discurso? e Dissolução da Ética do Discurso?”, In: MOREIRA, Luiz (org.), *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004a; Alexandre Trevissoni Gomes em “A Relação entre Direito e Moral: Kant e Habermas”. In: FRANKENBERG, Günter, MOREIRA, Luiz (org.), *Jürgen Habermas, 80 anos Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009; Delamar José Volpato Dutra em “Consequências da neutralização moral do procedimento jurídico em Direito e democracia”. In: REVISTA TEMPO BRASILEIRO, *Jürgen Habermas – 80 anos*, abr.-set. – nº 181/182, ed. Trimestral. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010; Manfredo Araújo de Oliveira em “Moral, Direito e Democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática”. In: MOREIRA, Luiz (org.), *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004; e Luiz Moreira em “Direito, procedimento e racionalidade”. In: MOREIRA, Luiz (org.), *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

<sup>204</sup> APEL, A ética do discurso diante da problemática jurídica e política, p. 117.

<sup>205</sup> APEL, A ética do discurso diante da problemática jurídica e política, p. 116.

<sup>206</sup> DUTRA, D. J. V. Consequências da neutralização moral do procedimento jurídico em direito e democracia. In: *Revista Tempo Brasileiro*, abr.-set. – nº 181/182, Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2010, p. 83.

entre direito e moral a partir da posição de Habermas. Neste momento, veremos o modelo que se refere ao texto de *Direito e Moral (1986)*:

Modelo 1: o procedimento moral incide sobre o procedimento jurídico. Esse é o modo de proceder que se encontra nas *Tanner Lectures [1986]*. Cabe mencionar que o presente modelo intenta respeitar a autonomia de ambos os sistemas, pois a moral somente faria a correção dos procedimentos jurídicos, sem ditar conteúdos específicos<sup>207</sup>.

Ao final do texto *Direito e Moral (1986)*, Habermas elaborou suas considerações baseado na ideia de um Estado de direito no qual vigora a separação dos poderes e que apoia sua legitimidade na racionalidade de processos de legislação e de jurisdição. Para o autor, “após o colapso do direito racional, a racionalidade procedimental, que já emigrou para o direito positivo, constitui a única dimensão na qual é possível assegurar ao direito positivo um momento de indisponibilidade”<sup>208</sup>. Assim, Habermas acredita que é o entrelaçamento dos processos jurídicos com as argumentações que pode explicar a pretensão de validade do direito positivo.

A pretensão de validade do direito positivo estará sempre ligada à sua gênese e a facticidade da ameaça da sanção. No entanto, Habermas acredita que as normas jurídicas positivadas conforme o processo possuem uma pretensão de legitimidade. Assim, a validade do direito não está ligada somente à expectativa política de ver cumprida a norma por coerção, mas também à “expectativa moral do reconhecimento racionalmente motivado de uma pretensão de validade normativa, a qual só pode ser resgatada através da argumentação”<sup>209</sup>.

Sendo assim, em 1986, Habermas inaugura o pensamento sobre a legitimidade de normas apoiado no direito procedimentalizado. O filósofo dará continuidade a estas reflexões em *Direito e Democracia (1992)*. Habermas lembra que a ideia do Estado de direito, baseada no entrelaçamento dos processos jurídicos com as argumentações e que ele pretende traduzir em uma teoria do discurso “não é exaltada nem efusiva”<sup>210</sup>, uma vez que está apoiada na realidade do direito e na autonomia do sistema jurídico, conforme veremos no capítulo seguinte deste trabalho.

---

<sup>207</sup> DUTRA, *Consequências da neutralização moral do procedimento jurídico*, pp. 83-84.

<sup>208</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 246.

<sup>209</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 247.

<sup>210</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 247.



### 3 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL EM DIREITO E DEMOCRACIA: ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE (1992)

#### 3.1 Categoria do direito moderno: os direitos subjetivos e a moral

Em *Direito e Democracia (1992)*, Habermas afirma que “é possível provar, sob pontos de vista funcionais, porque a figura pós-tradicional de uma moral orientada por princípios depende de uma complementação através do direito positivo”<sup>211</sup>. Para o autor, a teoria do direito e do Estado de Direito, apoiada no princípio do discurso, “precisa sair dos trilhos convencionais da filosofia política e do direito, mesmo que continue assimilando seus questionamentos”<sup>212</sup>.

O objetivo principal do livro *Direito e Democracia (1992)*, segundo Habermas, é o de apresentar uma argumentação que consiga provar a existência de um nexos interno entre Estado de direito e democracia. Para provar essa tese, Habermas acredita que foi preciso esclarecer três proposições: a) o direito positivo não pode ser submetido simplesmente à moral; b) a soberania do povo e os direitos humanos pressupõem-se mutuamente; e c) o princípio da democracia possui raízes próprias, independentes da moral<sup>213</sup>.

Habermas apresenta em, *Direito e Democracia (1992)*, uma extensa análise que envolve direito, filosofia e sociologia. O filósofo diz que “na teoria do direito, sociólogos, juristas e filósofos discutem a determinação apropriada da relação entre facticidade e validade, chegando a premissas e estratégias de pesquisa diferentes”<sup>214</sup>. Habermas apoia seu interesse na teoria do direito em questões da teoria da sociedade e em sua teoria do agir comunicativo, uma vez que esta última tenta assimilar a tensão entre facticidade e validade.

Segundo Habermas, o agir comunicativo possui a capacidade de mobilizar o potencial de racionalidade da linguagem a favor das funções da integração social<sup>215</sup>. Para Habermas, as

---

<sup>211</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 23.

<sup>212</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 23.

<sup>213</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 310.

<sup>214</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 24.

<sup>215</sup> Luiz Moreira explica que, para Habermas, “a integração social caracteriza-se pelo engate das diversas perspectivas de ação de modo de tais perspectivas possam ser resumidas em ações comuns. Ou seja, no ato de integração social as diversas perspectivas de comportamento são canalizadas para um fim comum que permite, ao mesmo tempo, tanto a realização de uma respectiva ação como também mobilizá-la no sentido de essa ação gerar adesão. A conexão entre as diversas alternativas de conduta faz com que se crie um padrão comportamental de modo a tornar menos conflituosas as interações entre os agentes. É exatamente a canalização

sociedades modernas são integradas por *valores, normas e processos de entendimento*. Somam-se a esses fatores, dois sistemas – os mercados e o poder administrativo. Assim, dinheiro, ou mercados, e poder administrativo constituem mecanismos de formação desses sistemas que coordenam ações de forma objetiva. A atuação desses sistemas ocorre “como que por trás das costas dos participantes da interação, portanto não necessariamente através de sua consciência intencional ou comunicativa”<sup>216</sup>.

O direito está ligado às três fontes de integração social - valores, normas e processos de entendimento - por meio de uma prática de autodeterminação. Esse mesmo direito extrai sua força integradora de fontes da *solidariedade social*, ao exigir dos cidadãos que exerçam suas liberdades comunicativas<sup>217</sup>. Habermas entende que o direito se interliga com o poder administrativo, dinheiro e também com a solidariedade. O estabelecimento de mercados e a organização de um poder do Estado dependem, dentre outros fatores, das formas do direito<sup>218</sup>.

Assim, o direito moderno carrega consigo a responsabilidade da integração social e enfrenta um duplo desafio – por um lado, precisa orientar sistemas dirigidos por dinheiro e poder administrativo em direção a uma integração social consciente, que considere a sociedade como um todo; por outro, “parece que essa pretensão é vítima de um desencantamento sociológico do direito”<sup>219</sup>. Sobre o desencantamento do direito por obra das ciências sociais, Habermas segue a teoria do sistema de Luhmann, o que não poderá ser aqui detalhado em virtude das balizas deste trabalho<sup>220</sup>.

Ao reconstruir a *autocompreensão* das ordens jurídicas modernas, Habermas parte da ideia de que os cidadãos precisam atribuir uns aos outros direitos que permitam a regulação legítima de sua convivência, utilizando-se do direito. Para o autor, o conceito de direito

das diversas alternativas de ação que possibilita o surgimento de uma ordem social, uma vez que essa canalização reduz as alternativas a uma medida comum que passa a estabilizar o risco de dissenso”. MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, p. 110.

<sup>216</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 61.

<sup>217</sup> Para Habermas, “o poder de integração social consiste assim não somente na coerção eficaz, que a explicação funcional privilegia, mas, sobretudo, na aceitação racional de suas regras, o aspecto da validade normativa do direito correspondente à liberdade”. Cf. KEINERT, Maurício; HULSHOF, Monique; MELO, Rúrion. *Diferenciação e complementariedade entre direito e moral*, p. 78.

<sup>218</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 61-62.

<sup>219</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 65.

<sup>220</sup> Sobre esse desencantamento sociológico do direito, nas palavras de Habermas: “Durante os três últimos séculos, a categoria do direito oscila, na análise do Estado e da sociedade, acompanhando altos e baixos das conjunturas científicas. De Hobbes até Hegel, a categoria do direito foi utilizada com uma chave capaz de mediar todas as relações sociais. As figuras do pensamento jurídico pareciam suficientes para desenvolver o modelo de legitimação de uma sociedade bem ordenada. A sociedade correta era a que estava organizada de acordo com um programa jurídico. Todavia, a doutrina da sociedade natural, dos filósofos morais escoceses, já manifestaram uma dúvida em relação à concepção do direito racional: os contextos naturais de práticas vitais, costumes e instituições, resistiam a uma reconstrução em termos do direito formal”. Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia I*, pp. 66-67.

subjetivo é fundamental para podermos compreender o direito moderno. Os direitos subjetivos “estabelecem os limites no interior dos quais um sujeito está justificado a empregar livremente sua vontade”<sup>221</sup>. Eles correspondem ao conceito de liberdade de ação subjetiva, definindo liberdades de ação para todos os indivíduos ou pessoas jurídicas<sup>222</sup>.

Para clarificar sobre os direitos positivos, Habermas cita, em *Direito e Democracia* (1992), dois exemplos – o artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789<sup>223</sup>, e o primeiro princípio da justiça de Rawls<sup>224</sup>. Segundo Habermas, Kant se apoiou no citado artigo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ao formular seu princípio geral do direito, segundo o qual “toda ação é equitativa, quando sua máxima permite uma convivência entre a liberdade de arbítrio de cada um e a liberdade conforme uma lei geral”<sup>225</sup>. Em ambos os casos se verificam as ideias de igual tratamento (mesmos direitos) que devem ser garantidos na forma da lei geral e abstrata.

As formulações conceituais do direito positivo moderno auxiliam, segundo Habermas, a entender os motivos pelos quais o direito permite a integração social em sociedades econômicas, no momento em que garante liberdades subjetivas para sujeitos que agem orientados pelo sucesso próprio em sociedades complexas. Nestes casos, o direito atende a exigências funcionais. No entanto, Habermas alerta que esse mesmo direito precisa também contribuir para a integração social dos indivíduos que agem comunicativamente, ou seja, por meio de aceitação de pretensões de validade.

As normas do direito moderno, ao garantir as liberdades de ação, “tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis”<sup>226</sup>. O paradoxo que existe no surgimento da legitimidade da legalidade pode ser superado, segundo Habermas, a partir do auxílio das normas do direito que garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política. As normas do direito obtêm sua legitimidade por intermédio do processo legislativo, como veremos a seguir.

O paradoxo a que Habermas se refere está relacionado com a dupla função dos direitos, ou seja, garantir as liberdades de ação subjetivas, as quais fazem do comportamento

---

<sup>221</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 113.

<sup>222</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 113.

<sup>223</sup> “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. Esses limites só podem ser estabelecidos por leis”. Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia*, pp. 113-114.

<sup>224</sup> “Todos devem ter o mesmo direito ao sistema mais abrangente possível de iguais liberdades fundamentais”. Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 114.

<sup>225</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 114.

<sup>226</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 114.

legal um dever e, ao mesmo tempo, permitir um debate político sobre as regras de convivências por meio do processo legislativo democrático. O processo legislativo democrático permite que os participantes confrontem as suas expectativas normativas visando o bem da comunidade. Segundo Habermas, o próprio processo legislativo “tem que extrair sua força legitimadora do processo de um entendimento dos cidadãos sobre regras de sua convivência”<sup>227</sup>.

Habermas explica que a linha da dogmática do direito civil alemão foi importante para a compreensão do direito em sua totalidade. Recordando as ideias de Savigny e Puchta, Habermas apresenta o nexos existente entre os direitos subjetivos e a autonomia privada, uma vez que nessa tradição o direito que garante as liberdades subjetivas da ação é o mesmo que garante a vontade individual. Nessa perspectiva, pode dizer que “direitos subjetivos são direitos negativos que protegem os espaços da ação individual, na medida que fundamentam pretensões reclamáveis judicialmente, contra intervenções ilícitas na liberdade, vida e propriedade”<sup>228</sup>.

A autonomia privada é garantida pelo direito de celebrar contratos e dispor livremente sobre seus bens. Ocorre que no século XIX, a autonomia privada do sujeito sofreu com o impacto da interpretação positivista do direito. O direito privado podia ser legitimado a partir da vontade individual, apoiado na fundamentação kantiana do direito e baseada na liberdade de arbítrio e vontade autônoma da pessoa. Agora, segundo a interpretação positivista, o direito legítimo passou a ser aquele que emana da obrigatoriedade da lei imposta pelo detentor do poder<sup>229</sup>.

Nestas condições, o direito subjetivo passou a referir-se àquilo que o indivíduo *pode querer* nos limites estabelecidos pela ordem jurídica. Segundo Habermas, Kelsen “desengata o conceito do direito do da moral, inclusive do da pessoa natural, porque um sistema jurídico que se tornou inteiramente autônomo tem que sobreviver com suas ficções autoproduzidas”<sup>230</sup>. Esse desengate entre pessoa natural e pessoa moral abriu, segundo Habermas, o caminho para que a dogmática do direito realizasse para uma interpretação funcionalista dos direitos subjetivos.

Em *Direito e Democracia* (1992), Habermas explica que, após o término da 2ª Guerra Mundial, ocorreram mudanças no direito privado, devido a reações morais contra o esvaziamento moral do direito subjetivo. Habermas cita, por exemplo, que L. Raiser tentou

---

<sup>227</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 115.

<sup>228</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 116.

<sup>229</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 117.

<sup>230</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 118.

“posicionar-se contra a interpretação funcionalista desta concepção, corrigindo o princípio individualista com o auxílio de uma sociologia do direito e reintroduzindo no direito privado seu conteúdo moral”<sup>231</sup>. Para Habermas, a doutrina dos direitos subjetivos está relacionada com a pretensão de independência que confira uma legitimidade maior às normas do que o processo de legislação política.

Para Habermas, a doutrina do direito kantiana “não esclarece bem a relação entre princípio da moral, do direito e da democracia (se for permitido chamar de princípio da democracia aquilo que determina, segundo ele, o modo de governo republicano)”<sup>232</sup>. Segundo Habermas, os três princípios citados anteriormente exprimem, cada um a seu modo, a mesma ideia de *autolegislação*. Uma sociedade pode se organizar e garantir as liberdades a partir de sua capacidade de *autolegislação*, ou seja, da criação de um sistema de direitos privados, dentre outros.

Habermas apresenta, em *Direito e Democracia (1992)*, duas perspectivas diferentes que garantam a legitimidade do direito privado – as perspectivas de Kant e Hobbes<sup>233</sup>. Em apertadas palavras, tem-se a perspectiva da autonomia do sujeito kantiana de um lado, e, do outro, a de um sistema de direitos burgueses, instaurado sem o auxílio de argumentos morais e justificado somente pelo autointeresse esclarecido dos participantes.

Após a análise das posições de Kant e Hobbes no que se refere a relação entre princípio da moral, do direito e da democracia, Habermas conclui, resumidamente, nos seguintes termos:

Os conceitos “princípio moral” e “princípio da democracia” estão interligados; tal circunstância é encoberta pela arquitetônica da doutrina do direito. Se isso for correto, o princípio do direito não constitui um membro intermediário entre princípio moral e princípio da democracia, e sim, o verso da medalha do próprio princípio da democracia. No meu entender, a falta de clareza sobre a relação entre esses três princípios de ve ser lançada na conta de Kant e de Rousseau, pois, em ambos, existe uma não-confessada relação de *concorrência* entre os *direitos humanos*, fundamentados moralmente, e o *princípio da soberania do povo*<sup>234</sup>.

Segundo a teoria comunicativa habermasiana, os discursos constituem o *locus* no qual se pode formar a vontade racional. A legitimidade do direito apoia-se em um arranjo comunicativo, “enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem

<sup>231</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 121.

<sup>232</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 122.

<sup>233</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 122-128.

<sup>234</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 128.

poder encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos”<sup>235</sup>. Assim, para Habermas, somente poderá ser estabelecido o nexa entre soberania popular e direitos humanos se o sistema dos direitos fornecer as condições sob as quais as formas de comunicação (próprias para produção de uma legislação política autônoma) possam ser institucionalizadas juridicamente.

Em *Direito e Democracia* (1992), Habermas alerta que o sistema dos direitos “não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política”<sup>236</sup>. Isto porque Habermas a cooriginalidade da autonomia privada e pública somente ocorre “quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos”<sup>237</sup>. A relação entre autolegislação, a legitimidade do direito e a teoria do discurso para Habermas fica clara nos seguintes termos:

Se discursos constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito apoia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controversa encontra ou poderia encontrar assentimento de todos os possíveis atingidos<sup>238</sup>.

Segundo Habermas, os “direitos humanos podem ser fundamentados como direitos *morais*”<sup>239</sup>. No entanto, os direitos humanos não podem ser impostos ao legislador, uma vez que se fossem tidos como fatos morais pré-estabelecidos poderiam os destinatários não se compreenderem como seus coautores. Assim, os direitos humanos não devem ser obrigatórios nem ferir a autonomia do legislador, mas este último deve não poder tomar decisões que firam os direitos humanos. Essa ideia se compatibiliza com a teoria do direito habermasiana, uma vez que sua teoria caracteriza o direito de tal forma que suas características formais o distinguem da moral<sup>240</sup>.

Para Habermas, a garantia da autonomia privada e a soberania do povo são condições obrigatórias para existência do direito em geral. A ausência dos direitos clássicos de liberdade, que garantem a autonomia privada das pessoas, impede a institucionalização

---

<sup>235</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 138.

<sup>236</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 138.

<sup>237</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 139.

<sup>238</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 138.

<sup>239</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 315.

<sup>240</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 315.

jurídica dos meios que garantem tal autonomia. Habermas explica tal relação nos seguintes termos:

Os sujeitos que desejam regular sua convivência com os meios do direito positivo não podem mais escolher o *medium* para concretizar sua autonomia. Pois, na produção do direito, eles participam na qualidade de sujeitos do direito; porém eles não podem mais dispor sobre o tipo de linguagem a ser utilizada. O nexó interno entre direitos humanos e soberania popular, que buscamos aqui, reside, pois, no fato de que a exigência de institucionalizar a autolegislação em termos de direito tem que ser preenchida com o auxílio de um código, o qual implica, ao mesmo tempo, a garantia de liberdades subjetivas de ação e de reclamação<sup>241</sup>.

Verificamos a leitura que Habermas fez, em *Direito e Democracia* (1992), da categoria do direito moderno, especialmente da relação entre os direitos subjetivos e a moral. Estes pontos auxiliam a compreensão da relação de complementaridade entre direito e moral, a ser abordada no próximo tópico.

### 3.2 A relação de complementaridade entre direito e moral

Em *Direito e Democracia* (1992), Habermas se propõe a esclarecer a relação entre direito e moral antes de apresentar sua teoria de sistema dos direitos apoiada em uma teoria do discurso. Segundo ele, “no nível de fundamentação pós-metafísico, tanto as regras morais como as jurídicas diferenciam-se da eticidade tradicional, colocando-se como dois tipos diferentes de normas de ação, que surgem *lado a lado*, completando-se”<sup>242</sup>. Para Habermas regras morais são distintas de regras jurídicas, muito embora reconheça que desde a tradição platônica exista para alguns pensadores a ideia de que a ordem jurídica copie as ordens morais.

Habermas explica que uma ordem jurídica só pode ser legítima quando não contrariar princípios morais. Assim, para Habermas não temos configurada uma cópia, mas sim uma relação estabelecida por meio dos componentes da legitimidade da validade jurídica. Nesse sentido, não há que se falar em subordinação do direito à moral no sentido de hierarquia de normas. Habermas define essa relação entre moral autônoma e direito positivo (que depende de fundamentação) como uma relação de *complementação* recíproca<sup>243</sup>.

<sup>241</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 316.

<sup>242</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 139.

<sup>243</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 141.

Apesar das questões morais e jurídicas se ocuparem dos mesmos problemas – por exemplo, como é possível ordenar legitimamente relações interpessoais e coordenar entre si ações servindo-se de normas justificadas? –, a moral e o direito se distinguem. Para Habermas, mesmo tendo pontos em comum, “a moral pós-tradicional representa uma forma de saber cultural, ao passo que o direito adquire obrigatoriedade também no nível institucional. O direito não é apenas um sistema de símbolos, mas também um sistema de ação”<sup>244</sup>.

Nestas condições, Habermas diz que não se sustenta a ideia nas quais as ordens jurídicas completam co-originariamente uma moral que se tornou autônoma, uma vez que a “representação platonizante, segundo a qual existe uma relação de cópia entre o direito e a moral – como se se tratasse de uma mesma figura geométrica que apenas é projetada em níveis diferentes”<sup>245</sup>. Por essa razão “não podemos interpretar os direitos fundamentais que aparecem na figura positiva de normas constitucionais como simples cópias de direitos morais, nem a autonomia política como simples cópia da moral”<sup>246</sup>.

Para Habermas, “normas gerais de ação se ramificam em regras morais e jurídicas”<sup>247</sup>. Assim, sob o ponto de vista normativo, essa ramificação permite dizer que a autonomia moral e política são co-originárias. Essas duas ordens são analisadas por Habermas, em *Direito e Democracia* (1992), com o auxílio do *princípio do discurso* – “D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”<sup>248</sup>. Habermas explica que o princípio do discurso tem um conteúdo normativo, refere-se a normas de ação e é neutro em relação à moral e ao direito.

Nosso autor detalha o sentido por ele adotado nos conceitos utilizados em sua formulação do princípio geral do discurso “D”, nos seguintes termos:

- a) “válidas”: refere-se a normas de ação e a proposições normativas gerais correspondentes; ele expressa um sentido não-específico de validade normativa, ainda indiferente em relação à distinção entre moralidade e legitimidade; b) “normas de ação”: expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente; c) “atingido”: é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas; d) “discurso racional”: é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade

<sup>244</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 141.

<sup>245</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 141.

<sup>246</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 141-142.

<sup>247</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 142.

<sup>248</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 142.



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. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente<sup>249</sup>.

Para nosso autor, o *princípio moral* “resulta de uma especificação do princípio geral do discurso para normas de ação que só podem ser justificadas sob o ponto de vista da consideração simétrica dos interesses”<sup>250</sup>.

Já o *princípio da democracia* resulta de uma “especificação correspondente para tais normas de ação que surgem na forma do direito e que podem ser justificados com o auxílio de argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais – e não apenas com auxílio de argumentos morais”<sup>251</sup>.

As *questões morais* são, para Habermas, aquelas questões que levam uma determinada sociedade ou a própria humanidade a buscar a fundamentação de normas que são do interesse de todos. Nas questões morais, os argumentos decisivos devem poder ser aceitos por todos.

Habermas parte da ideia de que o *princípio da democracia* “destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito”<sup>252</sup>. Segundo este princípio, “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva”<sup>253</sup>. O princípio da democracia explica “o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros de direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente”<sup>254</sup>, razão pela qual “o princípio da democracia não se encontra no mesmo nível do *princípio moral*”<sup>255</sup>.

Como dito anteriormente, o *princípio moral* funciona como “regra de argumentação para a decisão racional de questões morais”<sup>256</sup>. Diferentemente, o *princípio da democracia* pressupõe a possibilidade da decisão racional de questões práticas. Habermas explica que este último pressupõe a possibilidade *de todas* as fundamentações de questões através dos discursos, das quais depende a legitimidade das leis. Habermas parte da ideia de que é

<sup>249</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 142.

<sup>250</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 143.

<sup>251</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 143.

<sup>252</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 145.

<sup>253</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 145.

<sup>254</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 145.

<sup>255</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 145.

<sup>256</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 145.

possível uma formação política da opinião e da vontade, institucionalizada através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica, fundamentada com o *princípio da democracia*<sup>257</sup>. Habermas aponta, ainda, outra diferença entre princípio moral e princípio da democracia:

Enquanto o princípio moral opera no nível da constituição interna de um determinado jogo de argumentação, o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito<sup>258</sup>.

Outro aspecto que Habermas ressalta da diferença entre *princípio moral* e *princípio da democracia* é quanto à diferença como estes operam nas normas jurídicas e demais normas de ação. Assim, “enquanto o princípio moral se estende a todas as normas de ação justificáveis com o auxílio de argumentos morais, o princípio da democracia é talhado na medida das normas do direito”<sup>259</sup>. Percebemos aqui que o princípio da democracia guarda uma relação direta com a forma jurídica, estabelecida naturalmente no decorrer da evolução social, como se verifica na seguinte explicação de Habermas:

O princípio da democracia não deve apenas estabelecer um processo legítimo de normatização, mas também orientar a *produção do próprio medium do direito*. Na visão do princípio do discurso, é necessário estabelecer as condições às quais os direitos em geral devem satisfazer para se adequarem à constituição de uma comunidade de direito e possam servir como *medium* da auto-organização desta comunidade. Por isso, é preciso criar não somente o sistema dos direitos, mas também a *linguagem* que permite à comunidade entender-se enquanto associação voluntária de membros *do direito* iguais e livres<sup>260</sup>.

Habermas tenta, em *Direito e Democracia (1992)*, explicitar as determinações formais do direito, utilizando-se dos princípios da moral e da democracia para clarificar a relação complementar entre direito e moral. Nesta ocasião, ele se faz valer de uma explicação *funcional* do direito e não de uma fundamentação normativa do direito, já que “a forma jurídica não é um princípio que possa ser ‘fundamentado’ epistêmica ou normativamente”<sup>261</sup>. Em *Direito e Democracia (1992)*, Habermas mostra que normas morais são diferentes de

<sup>257</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 146.

<sup>258</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 146.

<sup>259</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 146.

<sup>260</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 146.

<sup>261</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 147.

normas jurídicas<sup>262</sup> e explica que não devemos entender os aspectos da legalidade como limitações da moral. Para Habermas, o princípio moral e o princípio da democracia são co-origenários. Eles nascem de uma fonte comum: o princípio do discurso.

Na compreensão sociológica das determinações formais do direito<sup>263</sup>, a constituição da forma jurídica se faz necessária para compensar os déficits que resultam da decomposição da eticidade tradicional. A moral é especializada em questões de justiça, com tendências à universalidade. Sua finalidade é avaliar imparcialmente os conflitos de ação que tenham relevância do ponto de vista moral. A moral visa um saber capaz de orientar o agir. Para Habermas, é o sistema jurídico que consegue complementar a moral, pois consegue “compensar déficits que resultam da decomposição da eticidade tradicional”<sup>264</sup>, sendo capaz de oferecer eficácia para ação.

Diferentemente da moral, o direito é, ao mesmo tempo, um sistema de saber e um sistema de ação – “ele pode ser entendido como um texto repleto de proposições e interpretações normativas como uma instituição, isto é, como um complexo de regulativos para ação”<sup>265</sup>. Segundo Habermas, o direito pode *compensar* as fraquezas de uma moral racional que se atualiza na forma de um saber, pois ele está estabelecido simultaneamente nos níveis da cultura e da sociedade.

Em *Direito e Democracia* (1992), Habermas apresenta quatro exigências das quais as pessoas que julga e age moralmente são *aliviadas* no momento que age como pessoa jurídica: *cognitivas, motivacionais, organizatórias inauditas*. Quanto às exigências cognitivas, Habermas diz que “a moral da razão configura apenas um procedimento para a avaliação imparcial de questões controversas. Ela não tem condições de elaborar um catálogo

---

<sup>262</sup> *Normas morais* regulam relações interpessoais e conflitos entre pessoas naturais, que se reconhecem como membros de uma comunidade concreta e, ao mesmo tempo, como indivíduos insubstituíveis. Eles se dirigem a pessoas individualizadas através de sua história de vida. Ao passo que *normas jurídicas* regulam relações interpessoais e conflitos entre atores que se reconhecem como membros de uma comunidade abstrata, criada através das normas do direito. Também elas se endereçam a sujeitos singulares, os quais, porém, não se individualizam mais através de sua identidade pessoal, formada através de sua história de vida, e sim, através da capacidade de assumir uma posição de membros sociais típicos de uma comunidade constituída juridicamente. HABERMAS, *Direito e Democracia I*, pp. 147-148.

<sup>263</sup> Segundo Delamar José Volpato Dutra, a explicação de Habermas sobre a complementariedade entre direito e moral em *Direito e Democracia* (1992) se desenvolve principalmente na dimensão sociológica da teoria sistêmica, deixando de lado a perspectiva normativa de *Direito e Moral* (1986). Assim, “em outras palavras, o ponto da revisão, por ele tratado explicitamente, se dá mais em uma possível mudança concernente à perspectiva sociológica ou sistêmica, na qual o direito parece desempenhar um papel preponderante, do que com relação à perspectiva normativa da complementariedade, na qual a moral aparenta ter incidência preponderante”. Cf. DUTRA, *Consequências da neutralização moral do procedimento jurídico*, pp. 81-82.

<sup>264</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 150.

<sup>265</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 150.

de deveres, nem ao menos uma série de normas hierarquizadas: ela apenas exige que os sujeitos forme o seu próprio juízo<sup>266</sup>.

Em casos concretos de difícil avaliação, a tomada de decisão demanda maior capacidade analítica do indivíduo<sup>267</sup>. Essa dificuldade cognitiva que se apresenta ao sujeito pode ser absorvida pela facticidade da normatização do direito. Isso ocorre quando o legislador elabora as leis e os tribunais as aplicam de forma razoável e definitiva para todas as partes. Desta forma, o sistema jurídico retira das pessoas jurídicas a responsabilidade sobre o julgamento do que é justo e injusto, refletindo diretamente na relação entre direito e moral, como se vê:

Sob o ponto de vista da complementaridade entre direito e moral, o processo de legislação parlamentar, a prática de decisão judicial institucionalizada, bem como o trabalho profissional de uma dogmática jurídica, que sistematiza decisões e concretiza regras, significam um alívio para o indivíduo, que não precisa carregar o peso cognitivo da formação do juízo moral próprio<sup>268</sup>.

No tocante às exigências motivacionais, a moral, além do problema da decisão em conflitos de ação visto anteriormente, também sobrecarrega o indivíduo em relação à sua força de vontade. O indivíduo buscando a harmonização e consenso frente a um dever ou obrigação precisa reunir forças para poder agir segundo intuições morais, principalmente quando contraria seus próprios interesses. A incerteza motivacional do agir é absorvida pela facticidade da imposição do direito, uma vez que “uma moral da razão depende de um direito que impõe um agir conforme as normas, deixando livres os motivos e enfoques”<sup>269</sup>.

Já as exigências *organizatórias* resultam do caráter universalista da moral da razão. Nas sociedades complexas, a imposição de obrigações em relação aos deveres positivos exige dos sujeitos que agem esforços cooperativos e organizacionais. Habermas exemplifica com a questão da fome que afeta os países de Terceiro Mundo, que impõe aos cidadãos dos países de Primeiro Mundo o dever de impedir que o próximo anônimo morra de fome. Tal situação exige uma atuação organizada em âmbito institucional para proporcionar a ajuda caritativa necessária.

---

<sup>266</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 150.

<sup>267</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 151.

<sup>268</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 151.

<sup>269</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 151-152.

O direito positivo constitui a reserva que pode entrar no lugar de outras instituições<sup>270</sup>. A própria economia capitalista e a burocratização estatal surgem no *medium* de sua institucionalização jurídica. No entanto, Habermas diz que o sistema de direitos, mesmo atendendo à crescente demanda de organização em sociedades cada vez mais complexas, não pode ser explicado apenas com a necessidade de compensação moral. Habermas sugere a análise do sistema do direito como um todo, incluindo-se os casos menos complexos e de obediência geral ao direito, como veremos no tópico seguinte.

### 3.3 O princípio do discurso, a forma do direito e o princípio da democracia

Habermas executou diversos passos preparatórios em *Direito e Democracia (1992)* até chegar ao ponto em que pudesse fundamentar um sistema de direitos que fizesse jus tanto à autonomia privada quanto à pública dos cidadãos, com base na relação entre direito e a moral. Ele partiu da história dos dogmas do direito subjetivo com a finalidade de demonstrar como a legalidade surge paradoxalmente da legalidade<sup>271</sup>.

Em *Direito e Democracia (1992)*, Habermas abordou dois temas relevantes, sendo eles: a sua interpretação sobre o conceito de autonomia na linha de uma teoria do discurso, a qual permite reconhecer o nexos interno entre direitos humanos e soberania do povo; e a relação complementar entre moral e direito, buscando esclarecer a determinação formal que permite distinguir normas jurídicas de normas gerais de ação<sup>272</sup>. Foi pelo caminho da teoria do discurso que Habermas pensou a moral procedimental e também as questões relativas a legitimidade do direito. Para fundamentar sua compreensão do sistema dos direitos, Habermas explica como entende a relação entre o princípio do discurso, a forma do direito e o princípio da democracia.

Para compreendermos o papel do sujeito de direito em relação ao direito, Habermas defende em *Direito e Democracia (1992)* que o direito não deve ser fundamentado moralmente, conforme se vê:

Enquanto pessoas que julgam moralmente, podemos certamente nos convencer da validade do direito humano primordial, na medida em que já dispomos de um conceito de legalidade. Todavia, *enquanto* legisladores

<sup>270</sup> Habermas cita como exemplo mercados, empresas e administrações. HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 153.

<sup>271</sup> Conforme verificamos no tópico 1.1 deste trabalho.

<sup>272</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 155.

morais, nós ainda não somos sujeitos jurídicos ou destinatários, aos quais esse direito é conferido. É verdade que cada sujeito de direito, no papel de uma pessoa moral, entende que poderia dar-se a si mesmo determinadas leis jurídicas; mesmo assim, essa ratificação moral posterior e privada não elimina o paternalismo de uma “dominação das leis”, à qual os sujeitos de direito, politicamente heterônomos, continuam submetidos<sup>273</sup>.

A relação entre direito e moral em *Direito e Democracia* (1992) foi mantida como complementar, tal como apresentada por Habermas em *Direito e Moral* (1986). Habermas argumenta que “somente a normatização *politicamente autônoma* permite aos destinatários do direito uma compreensão correta da ordem jurídica em geral”<sup>274</sup>. Tal ideia se deve pelo fato de o direito só poder ser legítimo quando o tipo de coerção jurídica atender a motivos racionais para obediência. Ou seja, para Habermas, o direito coercitivo não pode *obrigar* os seus destinatários, pois “normas jurídicas devem *poder* ser seguidas com discernimento”<sup>275</sup>.

Para uma norma ser legítima, deve facultar a seus destinatários exercer suas liberdades comunicativas. O destinatário pode abandonar em um caso concreto “o enfoque performativo em relação ao direito, trocando-o pelo enfoque de um ator que calcula as vantagens e decide arbitrariamente”<sup>276</sup>. Deste modo, a ideia de autolegislação não pode ser reduzida a uma autolegislação *moral* de pessoas *singulares*.

Para tanto, Habermas introduz um princípio do discurso que é indiferente em relação à moral e ao direito. Lembremos que o princípio do discurso deve “assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora do processo de normatização”<sup>277</sup>. Habermas descreve a ideia de que o princípio do discurso deve assumir a figura de um princípio da democracia, nos seguintes termos:

O *princípio da democracia* resulta da interligação que existe entre o *princípio do discurso* e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do *princípio do discurso* ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a 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 com núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um

<sup>273</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 157.

<sup>274</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 157.

<sup>275</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 158.

<sup>276</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 158.

<sup>277</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 158.

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*<sup>278</sup>.

Habermas, considerando que o sistema de direitos “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”, apresenta cinco categorias de direitos fundamentais, a saber:

- (1) direitos fundamentais que resultam da configuração autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades de ação;
- (2) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status* de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito;
- (3) direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual;
- (4) direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam o direito legítimo; e
- (5) direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)<sup>279</sup>.

Para Habermas, não existe direito legítimo sem a observância dos direitos fundamentais citados anteriormente. Destacamos que os direitos fundamentais descritos no número (4) estão diretamente relacionados com a ideia da autolegislação que precisa adquirir validade no *medium* do direito. Assim, à luz do princípio do discurso, se for garantida a participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade do legislador, podemos dizer, segundo Habermas, que está se criando um direito legítimo<sup>280</sup>.

Nestas condições, “são os próprios civis que refletem e decidem – no papel de um legislador constitucional – como devem ser os direitos que conferem ao princípio do discurso a figura jurídica de um princípio da democracia”<sup>281</sup>. Os direitos políticos estão relacionados com a possibilidade de participação de todos nos processos de deliberação e decisão de questões relevantes para a legislação<sup>282</sup>. Tem-se assim o exercício da liberdade comunicativa,

<sup>278</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 158 (*grifos nossos*).

<sup>279</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, pp. 159-161.

<sup>280</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 164.

<sup>281</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 164.

<sup>282</sup> Segundo Luiz Moreira, a *conditio sine qua non* ao procedimento de institucionalização do princípio do discurso, ou seja, para que ele se converta em princípio da democracia, conforme Habermas propõe em *Direito e*

ou seja, a liberdade que cada um tem de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis.

Se a liberdade comunicativa estiver garantida em condições que permitam o uso da linguagem orientado pelo entendimento no contexto de uma comunicação assegurada juridicamente e de processos discursivos de consulta e decisão, podem-se obter resultados legítimos. Para que o princípio do discurso possa assumir a figura de um princípio da democracia, é preciso a presença do *medium* do direito, “formando um sistema de direitos que coloca a autonomia pública numa relação de pressuposição recíproca”<sup>283</sup>.

Em *Direito e Democracia* (1992), Habermas afirma que, “ao contrário da moral, o direito não pode *obrigar* a um emprego comunicativo de direitos subjetivos, mesmo quando os direitos políticos dos cidadãos *sugerem* exatamente esse tipo de uso público”<sup>284</sup>. O sistema de direitos não é, para Habermas, um sistema fechado em um processo circular que se legitima *a si mesmo*. Ele precisa permitir o surgimento da legitimidade a partir da legalidade de forma espontânea.

Em face do exposto, passamos a compreender melhor a diferença de entendimento da relação entre direito e moral operada da obra *Direito e Moral* (1986) para *Direito e Democracia* (1992). Em *Direito e Moral* (1986), o que conferia legitimidade ao direito era o fato de que o próprio processo de constituição do direito deveria ser o procedimento, ou seja, o discurso que tem como norma implícita o princípio do discurso. Em *Direito e Moral* (1986), Habermas parece não diferenciar de maneira direta princípio do discurso de princípio moral. Já em *Direito e Democracia* (1992) Habermas estabelece essa distinção.

Segundo Dutra, Habermas recusa uma fusão completa entre direito e moral, tanto em *Direito e Moral* (1986) quanto em *Direito e Democracia* (1992). Em ambos os textos, Habermas trata de uma complementaridade entre direito e moral, que se opera de formas diferentes<sup>285</sup>. Em *Direito e Moral* (1986), a moral não é capaz de ditar *conteúdos*, mas sim o procedimento, não anulando a autonomia do direito. Em *Direito e Democracia* (1992), a moral também não ditar *conteúdos*, concedendo autonomia processual ao direito<sup>286</sup>.

---

*Democracia* (1992), é a compreensão de que o direito emana do povo. Cf. MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, p. 167.

<sup>283</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 165.

<sup>284</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia I*, p. 168.

<sup>285</sup> Segundo Habermas, “... a relação *complementar*, no entanto, não significa uma neutralidade moral do direito. E a política e direito tem que estar afinados com a moral – numa base comum de fundamentação metafísica – mesmo que os pontos de vista morais não sejam suficientemente seletivos para a legitimação de programas de direito”. Cf. HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 313.

<sup>286</sup> DUTRA, *Consequências da neutralização moral do procedimento jurídico*, p. 82.



Em *Direito e Democracia (1992)*, verificamos que o sistema do direito não pode legitimar normas por si mesmo. É preciso que o princípio do discurso assuma a figura de um princípio da democracia, neutro em relação a moral e ao direito, para permitir a participação de todos nos processos de deliberação e decisão da vontade do legislador político no momento da produção de normas que pretendem ser legítimas<sup>287</sup>.

Neste sentido, Dutra apresenta um modelo que pode ser apontado sobre a relação entre direito e moral, em *Direito e Democracia (1992)*, diferente daquele apresentado no capítulo anterior, referente a *Direito e Moral (1986)*, como se vê:

Modelo 2: os produtos do procedimento moral são vinculantes para o procedimento jurídico. Os processos jurídico e moral são separados, sendo que os produtos resultantes de ambos são relacionados como se a moral fizesse exigências contenciosas àquilo que deveria resultar do procedimento jurídico. Ademais, os próprios produtos morais podem já entrar diretamente no procedimento jurídico, juntamente com outros argumentos. *Esse é o sentido da complementariedade como explicitamente tratado em FG [1991]*, pois aí a moral exige positividade. Pode-se afirmar que se trata de uma complementariedade do ponto de vista do observador, segundo a qual o direito parece cumprir um papel funcional de suprir os déficits funcionais da moral<sup>288</sup>.

A principal mudança na relação entre direito e moral, operada da obra *Direito e Moral (1986)* para *Direito e Democracia (1992)*, foi a “neutralização moral do princípio do discurso e consequente neutralização do princípio da democracia ou do direito”<sup>289</sup>. A legitimidade jurídica tornou-se independente da moral, mesmo que esta continue a instrumentalizar o direito como complemento funcional nas suas fraquezas operacionais<sup>290</sup>.

Segundo Luiz Moreira, Habermas apresentou, em *Direito e Democracia (1992)*, as ideias que permitem garantir a legitimidade das normas. Tais ideias estão baseadas na compreensão procedimental do direito moderno. Neste sentido, o uso da razão procedimental deve permitir a validade de uma norma.<sup>291</sup>

<sup>287</sup> DUTRA, *Consequências da neutralização moral do procedimento jurídico*, p. 83.

<sup>288</sup> DUTRA, *Consequências da neutralização moral do procedimento jurídico*, p. 84 (grifos nossos).

<sup>289</sup> DUTRA, *Consequências da neutralização moral do procedimento jurídico*, p. 85.

<sup>290</sup> Em relação às fraquezas da moral, Habermas diz que “Como alternativa para a subordinação do direito ao direito natural, recomenda-se abordar o direito positivo exigível como um complemento funcional da moral, pois ele alivia as pessoas que devem agir e julgar, tomando-lhes o fardo das exigências cognitivas, motivacionais e organizatórias de uma moral ligada à consciência subjetiva. O direito compensa, de certa forma, as fraquezas de uma moral que, encarada na perspectiva do observador, proporciona muitas vezes resultados indeterminados do ponto de vista cognitivo e inseguros do ponto de vista motivacional”. HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 313.

<sup>291</sup> MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, p. 170.

Habermas acredita que, para que o direito mantenha sua legitimidade, “é necessário que os cidadãos troquem seu papel de sujeitos privados do direito e assumam a perspectiva de participantes em processos de entendimento que versam sobre as regras de sua convivência”<sup>292</sup>. Ele pensa que o Estado democrático de direito “depende de motivos de uma população *acostumada* à liberdade, os quais não são atingidos pelas intromissões do direito e da administração”<sup>293</sup>. Assim, a teoria do discurso é capaz de modificar as condições para uma formação política racional da opinião e da vontade, pois “ele as retira do nível das motivações e decisões de atores ou grupos singulares e as transporta para o nível social de processos institucionalizados de resolução e de decisão”<sup>294</sup>.

Para Habermas, os processos democráticos e os arranjos comunicativos podem contribuir para a seleção de normas que sejam válidas e relevantes para autoconstituição de uma comunidade de pessoas livres e iguais. A integração social depende não somente do direito e de seu potencial de legitimação com o auxílio da força produtiva da comunicação, ele precisa também da participação de todos seus afetados que vivem sob um risco permanente de dissenso.

---

<sup>292</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 323.

<sup>293</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 323.

<sup>294</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia II*, p. 324.

## CONCLUSÃO

Jürgen Habermas foi o pensador escolhido para a realização deste trabalho. Filósofo e sociólogo alemão, Habermas se dedicou ao estudo de temas variados, tais como filosofia, sociologia, ética, política, dentre outros. Ao longo deste texto, destacamos alguns aspectos da sua teoria do direito e da sociedade, que perpassa suas obras relevantes e se relaciona com nossa pesquisa: a teoria da comunicação.

Essa abordagem de múltiplos temas em artigos e livros relacionados a sua área de formação (filosofia e sociologia), aliada a uma atuação acadêmica ativa desde os anos de 1956 até os dias atuais, marcam a contribuição para o estudo filosófico na sociedade contemporânea. Nesta trajetória, Habermas trilhou pela filosofia do direito, destacadamente nos textos selecionados para nossa investigação: *Direito e Moral (1986)* e *Direito e Democracia (1992)*.

Identificamos um ponto importante na teoria habermasiana: a relação entre direito e moral. Partimos da fundamentação utilizada por Habermas durante sua palestra sobre direito e moral ministrada nas *Tanner Lectures* em Harvard, ocasião na qual defendeu que direito e moral se complementam, realizando um verdadeiro *entrelaçamento* simultâneo de moral e direito. Depois verificamos a sua teoria do direito e da democracia em *Direito e Democracia (1992)*, a qual apresenta sua tese, que consiste na afirmação de que o princípio do discurso é normativamente neutro em relação tanto à moral quanto ao direito.

Assim, desde o início desta dissertação, deixamos claro o seu objetivo principal: apresentar uma análise sobre os fundamentos teóricos que levaram à mudança operada no entendimento de Habermas sobre a relação entre Direito e Moral. Inicialmente, nas suas *Tanner Lectures (Direito e Moral, 1986)*, Habermas defendeu a tese na qual era possível obter a legitimidade através de uma legalidade *entrelaçada* com a moral. Posteriormente, alterou seu entendimento, conforme se verifica em sua obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade (1992)*. Neste texto, a partir de uma construção teórica baseada na racionalidade comunicativa, defendeu que a legitimação pode advir do princípio da democracia, originado de um princípio do discurso neutro moralmente.

Para alcançar o objetivo proposto, foram revistos os conceitos e fundamentos que Habermas utilizou para esclarecer seus argumentos sobre as três principais proposições: a) o direito positivo não pode ser submetido simplesmente à moral; b) a soberania do povo e os

direitos humanos pressupõem-se mutuamente; e c) o princípio da democracia possui raízes próprias, independentes da moral.

No primeiro capítulo foi apresentado como Habermas, a partir da *guinada linguística-pragmática*, pensou sua teoria da ação comunicativa no contexto da tradição da Teoria Crítica. Esclarecemos que Habermas identificou o discurso como o procedimento mais adequado para avaliar a legitimidade de normas no contexto de sua teoria comunicativa. Destacamos que para Habermas o *procedimento* democrático de estabelecimento do direito consiste na única fonte pós-metafísica de legitimidade das normas. Tal procedimento de legitimação deve ser configurado de tal forma que os cidadãos possam fazer um amplo uso de suas liberdades comunicativas a fim de atingirem o bem comum.

A relação complementar entre direito e moral em *Direito e Moral (1986)* foi exposta no segundo capítulo. Habermas discorda da tese de neutralidade moral na racionalidade jurídica de Max Weber. Ele introduz suas ideias sobre os processos jurídicos, que o levam a concluir sobre a existência de um *entrelaçamento* entre direito e moral. Para Habermas, a força legitimadora da legalidade nas formas do direito positivo deve a sua legitimidade a um *moral procedimental* implícita nas qualidades formais do direito.

Finalmente, no terceiro capítulo, ao examinar *Direito e Democracia (1992)*, explicitamos que Habermas pensa em uma autonomia do direito, de modo mais geral e neutro, na qual as normas jurídicas devem *poder* ser seguidas com discernimento. Normas do direito garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política e obtêm sua legitimidade através do processo legislativo. O processo legislativo democrático permite que os participantes confrontem as suas expectativas normativas visando o bem da comunidade.

Em *Direito e Moral (1986)*, Habermas afirmava que o próprio processo de produção de normas deve ser o discurso, que obedece ao princípio do discurso, dentro de um processo democrático de produção de normas legítimas. Já em *Direito e Democracia (1992)*, verificamos que o sistema do direito não pode legitimar normas por si mesmo. É preciso que o princípio do discurso assuma a figura de um princípio da democracia, neutro em relação à moral e ao direito. Em ambos os casos, o princípio do discurso permite a participação de todos nos processos de deliberação e decisão da vontade do legislador político no momento da produção de normas que pretendem ser legítimas.

Lembramos que em *Direito e Democracia (1992)*, Habermas mantém a ideia de complementariedade entre moral autônoma e direito positivo. Em ambos os casos, a relação *complementar*, no entanto, não significa uma neutralidade moral do direito. Ocorre que em

*Direito e Moral (1986)*, nos processos de discussão parlamentar e seus discursos jurídicos de fundamentação, produzir normas legítimas está pressuposta a presença interna dos princípios morais, ao passo que em *Direito e Democracia (1992)*, os processos jurídico e moral são separados.

Para manter-se fiel à sua teoria da ação comunicativa, em *Direito e Democracia (1992)*, Habermas estabelece distinção entre princípio moral e princípio da democracia, distinção esta não considerada em *Direito e Moral (1986)*. É preciso recordar que nas sociedades democráticas está pressuposto o princípio da democracia como sendo aquele que pretende oferecer um procedimento de normatização legítima do direito, no qual somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito.

Ora, se dentro da teoria discursiva do direito de Habermas a normatização para ser legítima precisa de um processo de normatização *discursiva*, então ela *deve* se apoiar em um *princípio do discurso*. Em *Direito e Democracia (1992)*, o *princípio do discurso* dá origem ao *princípio da democracia*, resultado da interligação que existe entre o *princípio do discurso* e a forma jurídica. A legitimidade jurídica tornou-se independente da moral, no momento em que Habermas passou a diferenciar as duas especificações do *princípio do discurso* - *princípio moral* e *princípio da democracia*.

Para Habermas, o princípio do discurso é capaz de auxiliar a comunidade a se auto-organizar, estabelecendo a sua *autolegislação*. Habermas propõe uma verdadeira reconstrução do princípio do discurso, que passa a ser neutro em relação à moral e ao direito *Direito e Democracia (1992)*. Este princípio do discurso deve assumir a forma de um princípio da democracia, neutro em relação moral, que passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização.

Finalizando, cabe recordar que tanto em *Direito e Moral (1986)* quanto em *Direito e Democracia (1992)* a relação entre direito e moral para Habermas fora considerada como de complementaridade, pois o direito auxilia a moral, agindo como complemento funcional nas suas fraquezas operacionais. Eis aí a necessidade de complementação. Para Habermas, o surgimento da legitimidade a partir da legalidade permite a autoconstituição de uma comunidade de pessoas livres e iguais, sujeita sempre à revisão de suas próprias normas. Segundo nosso filósofo, as pessoas precisam se entender utilizando publicamente das liberdades comunicativas, ou seja, através de processos democráticos.

## REFERÊNCIAS

APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia*. São Paulo: Loyola, 2000.

\_\_\_\_\_. Karl-Otto. A ética do discurso diante da problemática jurídica e política: podem as próprias diferenças de racionalidade entre moralidade, direito e política ser justificadas normativo-racionalmente pela ética do discurso?. In: MOREIRA, Luiz (org.), *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004a.

\_\_\_\_\_. Karl-Otto. Dissolução da Ética do Discurso? In: MOREIRA, Luiz (org.), *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004b.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Introdução, tradução e notas de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas Editora, 2009.

BARBOSA, Evandro. *Direito e moral em Kant: sobre suas relações e seus pressupostos*. Pelotas: NEPFIL online, 2015.

BIAGGIO, Angela. *Lawrence Kohlberg: ética e educação moral*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 7.

COSTA, Reginaldo. Discurso, Direito e Democracia em Habermas. In: MERLE, J-Ch & MOREIRA, L. (org.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003

DUPEYRIX, Alexandre. *Compreender Habermas*. Trad.: Edson Bini. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

DURKHEIM, Émile. *Ética e sociologia moral*. Trad.: Paulo Castanheira. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. *Sociologia e filosofia*. Trad.: Fernando Dias Andrade. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DUTRA, Delamar José Volpato. Consequências da neutralização moral do procedimento jurídico em direito e democracia. In: *Revista Tempo Brasileiro*, abr.-set. – nº 181/182, Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2010.

\_\_\_\_\_. Moral e direito nas “Tanner Lectures” de Habermas. *ethic@*. Florianópolis, v. 10, n. 3, p.13-37, Dez. 2011.

DUTRA, Delamar José Volpato; LOIS, Cecília Caballero. Modelos de moralização do direito: um estudo a partir de Habermas. *Sequência*. V. 55, 2007, pp. 233-252.

FILHO, Orlando Villas Bôas. Legalidade e Legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

FRANKENBERG, Günter, MOREIRA, Luiz (org.), *Jürgen Habermas, 80 anos Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. Teoria Crítica. In: FRANKENBERG, Günter, MOREIRA, Luiz (org.). *Jürgen Habermas, 80 anos Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: 2009.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. *Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad.: Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. 2. ed. Trad.: Cláudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro – estudos de teoria política*. Trad.: George Sperber. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. Bestialität und Humanität – Ein Krieg na der Grenze zwischen Rech und Moral [Bestialidade e Humanidade – Uma Guerra na fronteira entre direito e moral]. In: MERKEL, Reinhard 9. ed.). *Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht*. Frankfurt/M., 2000, p. 51-65. Disponível em: <[https://www.zeit.de/1999/18/199918.krieg\\_.xml/komplettansicht](https://www.zeit.de/1999/18/199918.krieg_.xml/komplettansicht)>. Acesso em: 08 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Ética do Discurso*. Trad.: Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

\_\_\_\_\_. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. 2. ed. Trad.: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. v. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito e Moral*. Trad.: Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 2007.

\_\_\_\_\_. Lutas pelo reconhecimento no Estado Democrático Constitucional. In: TAYLOR, Charles (org.). *Multiculturalismo: examinando a política do reconhecimento*. Trad.: Marta Machado. Porto Alegre: Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

\_\_\_\_\_. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Trad.: Luiz Sérgio Repa. Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Trad.: Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2016.

\_\_\_\_\_. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos Direitos Humanos. In: MERLE, J-Ch & MOREIRA, L. (org.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria do agir comunicativo*, 1: racionalidade da ação e racionalização social. 2. ed. Trad.: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF, 2012a.

\_\_\_\_\_. *Teoria do agir comunicativo*, 2: racionalidade da ação e racionalização social. 2. ed. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF, 2012b.

\_\_\_\_\_. *Teoria e Práxis – Estudos de filosofia social*. Trad.: Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Justificação – Ensaios filosóficos*. Trad.: Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HARE, Richard Mervyn. *Ética: problemas e propostas*. Trad.: Mário Mascherpe e Cleide Antônia Rapucci. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

HART, Hebet Leonel Adolphus. *O Conceito de Direito*. Trad.: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HEESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Trad.: Vilmar Schneider. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

HERRERO, Francisco Xavier. *Estudos de ética e filosofia da religião*. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad.: Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. Trad.: Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Trad.: João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. 2. ed. Trad.: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008.

\_\_\_\_\_. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad.: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011.

KEINERT, Maurício; HULSHOF, Monique; MELO, Rúrion. Diferenciação e complementariedade entre direito e moral. In: NOBRE, Marcos; TERRA; Ricardo (org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.



MOREIRA, Luiz (org.), *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004b.

\_\_\_\_\_. Direito, procedimento e racionalidade. In: MOREIRA, Luiz (org.), *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004c.

\_\_\_\_\_. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3. Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004a.

NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: o Estado democrático de direito a partir e além de Habermas. In: SOUSA, Jessé (org.). *Democracia hoje – novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UNB, 2001.

NOBRE, Marcos. *A teoria crítica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

NOBRE, Marcos; TERRA; Ricardo (org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.

OLIVEIRA, Cláudia Maria Rocha de. *Formação ético-discursiva da vontade em Jürgen Habermas*. 2007. 124 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia, Belo Horizonte, 2015.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. É a filosofia uma Pragmática? In: *Revista Tempo Brasileiro*, abr.-set. – nº 181/182, Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2010.

\_\_\_\_\_. Moral, Direito e Democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática. In: MOREIRA, Luiz (org.), *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. *Direito, Política e Filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: 2007.

PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

PRONO, Santiago. Moral, Política y Derecho. La Ética del Discurso y sus aportes al Estado Democrático de Derecho. *Universitas*. Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 17. Enero 2013, pp. 47-69

REVISTA TEMPO BRASILEIRO, *Jürgen Habermas – 80 anos*, abr.-set. – nº 181/182, ed. Trimestral. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

ROBERT, Alexy. Os Direitos Fundamentais e a Democracia no Paradigma Procedimental do Direito de Jürgen Habermas. In: FRANKENBERG, Günter, MOREIRA, Luiz (org.). *Jürgen Habermas, 80 anos Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: 2009.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Habermas entre Amigos e Críticos. Prolegômenos para uma Esfera Pública Judicial Militante. In: FRANKENBERG, Günter, MOREIRA, Luiz (org.). *Jürgen Habermas, 80 anos Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: 2009.

SCHOPENHAUER, Artur. *Sobre o fundamento da moral*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. A Relação entre Direito e Moral: Kant e Habermas. In: FRANKENBERG, Günter, MOREIRA, Luiz (org.). *Jürgen Habermas, 80 anos Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: 2009.

VELASCO, Marina. *Ética do discurso: Apel ou Habermas?* 2. ed. Rio de Janeiro: Mauad, 2001.

VOLPI, Franco. Rehabilitación de la filosofía práctica y neo-aristotelismo. *Anuário Filosófico 50/1*, p. 189-214, 2017.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 2 v. Trad.: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015.

\_\_\_\_\_. *O direito na economia e na sociedade*. Trad.: Marsely de Marco Martins Dantas. São Paulo: Ícone, 2011.

WERLE, Denílson L. SOARES, Mauro V. Política e Direito: a questão da legitimidade do poder político no Estado Democrático de Direito. In: NOBRE, Marcos; TERRA; Ricardo (org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 160 – 166.