

A peculiar relação entre moral e direito em Habermas

The specific relation between moral and law in Habermas

TALITA CRISTINA DE OLIVEIRA

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de iniciação científica do CNPq na área de filosofia e teoria do Direito.

tali.crisoliveira1@gmail.com

RESUMO A racionalização do mundo moderno trouxe importantes consequências para o modo de organização das sociedades pós-convencionais, visto que o fim de um *ethos* compartilhado fez que a solução de conflitos de ação, bem como a ordenação de relações interpessoais e a coordenação de ações migrassem para o âmbito do direito e da moral, os quais, cada um a seu modo, encarregaram-se dessa função. No entanto, a passagem para a modernidade também trouxe o esgotamento desses mecanismos, razão pela qual surge a necessidade de ambos assumirem um novo tipo de relação, capaz de ultrapassar o paradigma do positivismo jurídico, vigente, até então, na teoria do direito. É, portanto, no quadro desse debate que o presente trabalho situa o seu núcleo argumentativo. Ademais, deve-se notar que ele se desenvolverá a partir da reconstrução argumentativa da obra “Direito e democracia: entre facticidade e validade”,¹ escrita pelo filósofo alemão Jürgen Habermas, a fim de se observar o significado que o referido autor atribui à relação entre direito e moral.

Palavras-chaves: DIREITO; MORAL; LEGITIMIDADE; HABERMAS.

¹ O livro “Faktizität und geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats” é traduzido para o português como “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, e para o inglês: “Between facts and norms: contributions to a discourse theory of Law and democracy”.

ABSTRACT The rationalization of the modern world brought relevant consequences for the manner of post conventional societies organizations, once the end of a shared *ethos* made the solution of action conflicts, as well as the ordination of interpersonal relations and the coordination of action migrate to the realm of law and moral, which, each one in its own manner, carried out this function. However, the passage for modernity also conducted to the depletion of these mechanisms, that's why emerges the necessity of both assume a new sort of relation, capable of overcome the paradigm of legal positivism, present, by that time, in the theory of law. It is, hence, in the framework of this debate that the actual project places its argumentative core. Furthermore, it must be noted, that it will be evolved threw an argumentative reconstruction of the book called, "Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy", written by German philosopher Jürgen Habermas, in order to observe the meaning that the mentioned author attributed to the relation between law and moral.

Key-words: LAW; MORAL; LEGITIMACY; HABERMAS.

INTRODUÇÃO

Já no prefácio do livro "Direito e Democracia: entre facticidade e validade", Habermas afirma que, pelo menos na Alemanha, a filosofia do direito não é mais tarefa exclusiva dos filósofos. Exemplo disso é o fato de ela ter emigrado para as faculdades de direito. Da mesma maneira, demonstra que essa matéria exige um pluralismo de procedimentos metodológicos que englobem outras perspectivas advindas da teoria do direito, da sociologia do direito, da história do direito, da teoria moral e da sociedade (HABERMAS, 2012). Nesse sentido, pode-se vislumbrar a possibilidade de incluir a teoria do agir comunicativo na teoria do direito, dando origem a uma teoria discursiva do direito que esteja preocupada em reconstruir noções do direito racional clássico, como a promessa de uma auto-organização de cidadãos livres e iguais, a qual, conforme Habermas assevera, ganha uma nova roupagem em sociedades complexas, haja vista a emergência de um mundo profanizado, cujas garantias

metassociais foram extintas; bem como de um agir estratégico, indispensável para a reprodução material de sociedades econômicas. Além disso, para além do pluralismo de perspectivas já referido, a teoria discursiva do direito se defronta com certas situações jurídicas indeterminadas, as quais foram deixadas de lado pela teoria do direito. Tal fato torna-se explicativo, quando se refere à negação da relação entre direito e moral, fortemente defendido por autores adeptos do positivismo jurídico. Nesse aspecto, cumpre notar que a vertente teórica do positivismo propugna uma separação nítida entre questões deontológicas e ontológicas, de modo que à teoria do direito restaria a análise de questões da ordem do ser, i.e., da descrição das proposições jurídicas do ordenamento jurídico; ao passo que à filosofia do direito caberia o estudo de questões relativas ao dever ser. No entanto, o surgimento de alguns problemas, muitos dos quais alguns autores classificaram como *hard cases*, revelou a necessidade de vincular a moral ao estudo do direito. Tanto que alguns países adotaram, em suas cartas constitucionais, certos princípios ao lado de regras jurídicas. Nessa medida, pode-se afirmar que diante de situações que suscitam dúvidas quanto à completude do ordenamento jurídico, o recurso a esses princípios aparece como uma alternativa adequada para a solução de possíveis controvérsias.

Conforme se observou, a tônica de problemas jurídicos fundamentais provocou o advento da moral ao ordenamento jurídico. É, portanto, seguindo essa tendência, que Habermas reforça a necessidade do estudo do direito estar vinculado à moral, sobretudo quando explica as consequências que a racionalização do mundo moderno trouxe para a organização das sociedades, pois esse movimento de profanação, ao que chama ser a modernidade, causou o esgotamento de uma tradição mítica ou religiosa como fonte de explicação e regulamentação para o conjunto de relações sociais e naturais. Ademais, o surgimento de um individualismo de projetos de vida particulares, bem como de um pluralismo de formas de vida coletivas, também revela o derrotismo das referidas fontes sagradas, ou melhor, de um *ethos* compartilhado. Diante dessa situação, portanto, observa-se a necessidade de se recorrer a regras de ação, leiam-se, regras jurídicas e morais capazes de substi-

tuir o referido *ethos* no que diz respeito à sua função de regulamentar os conflitos interpessoais.

Além disso, o fim de uma tradição compartilhada trouxe implicações para a própria legitimidade do direito, uma vez que sua justificação racional já não se dá por garantias metassociais, mas argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais. Desse modo, observa-se a necessidade da moral para o próprio processo de legitimação do direito. “De fato, a positividade do direito pós-metafísico também significa que as ordens jurídicas só podem ser construídas e desenvolvidas à luz de princípios justificados racionalmente, portanto universalistas” (HABERMAS, 2012, p. 101).

Ante o exposto, pode-se vislumbrar brevemente que o vínculo entre moral e direito, ainda que por diversos motivos, deve ser levado em consideração. Daí que o objetivo principal deste trabalho será compreender a relação que ambos estabelecem, tendo como base o desenvolvimento teórico do filósofo Jürgen Habermas. Para tanto, uma primeira seção se dedicará à análise das teorias filosóficas da justiça, bem como do ceticismo das teorias sociais, procurando construir um ambiente favorável para o advento de uma relação entre moral e direito; em seguida, se fará uma diferenciação entre moral e direito; de modo que a partir dessas diferenças, numa terceira seção, possa ser explicado o tipo de relação complementar, estabelecido entre ambos; ao final, será trazida uma reflexão acerca da necessidade de se considerar a complementação entre direito e moral, vez que será possível analisar o conceito de autonomia política, como mecanismo fundamental para a legitimidade do direito.

ENTRE O CETICISMO DAS TEORIAS SOCIAIS E AS TEORIAS FILOSÓFICAS DA JUSTIÇA

Conforme foi visto, Habermas não despreza a relação entre moral e direito. No entanto, ao afirmar a confluência entre ambos, não pretende adotar uma perspectiva ingênua concernente à influência da moral sobre o direito, como as teorias filosóficas da justiça adotam, tampouco pretende levá-lo a um esgotamento da normatividade tal qual operou o ceticismo das teorias sociais que, ao relegar o direito a uma

categoria secundária, quando não nula, solaparam simultaneamente a possibilidade de influência da moral. Sendo assim, a tônica dessa seção será reconstruir brevemente ambas as perspectivas a fim de vislumbrar as contribuições ou incompletudes que Habermas observou nelas, de maneira tal que se possa analisar, em última instância, a importância da moral e o lugar que ela ocupa em sua obra.

Nesse sentido, convém lembrar que as ciências sociais tornaram possível o que Habermas chama de desencantamento do direito, dado o desprezo dele para a regulamentação das relações sociais. Assim, contrariando a tradição do direito racional – segundo a qual o direito desempenhava papel relevante para a mediação de interações interpessoais, bem como para a solução de conflitos sociais – as ciências sociais afirmaram que a sociedade civil, como esfera do comércio e do trabalho social, era dominada por leis autônomas, de maneira que o direito seria irrelevante para os contextos interacionais. Nesse sentido, cumpre notar que os teóricos da economia política, David Ricardo e Adam Smith, ao lado de Karl Marx, deram início a essa “mudança de paradigma”, a partir do qual o direito fora reduzido a dimensões epifenômicas, ou seja, enquanto instrumento de uma sociedade civil pré-ordenada ou de uma sociedade burguesa. Em seguida, surge a teoria dos sistemas a qual, não obstante tenha resgatado a autonomia do direito no sentido de caracterizá-lo como um sistema autopoietico, acabou por dar fim aos “deradeiros vestígios de normativismo do direito natural”, uma vez que o direito, como sistema independente, não consegue regular, tampouco influenciar diretamente os demais sistemas, exceto ele mesmo. Tal perspectiva sistêmica, convém ressaltar, contraria a função própria do direito que Habermas ressalta, qual seja a de chaneiria² entre mundo da vida

² A tradução em português optou pela palavra “charneiria”. No entanto, ressalta-se que, na versão inglesa, utiliza-se a palavra “Hinge”, i.e., dobradiça, a qual pode se tornar mais ilustrativa para fins de explicação acerca da função do direito em relação ao mundo da vida e sistema. Assim, pode-se imaginar que ele opera tal qual uma dobradiça, ou melhor, como um articulador que possibilita a comunicação entre mundo da vida e sistema, quando traduz os impulsos provenientes daquele aos demais subsistemas, que possuem códigos próprios.

e sistemas, dado que ele possibilita o fluxo comunicacional de sistemas, como a Economia e a Administração, que não operam de acordo com a linguagem coloquial operante no mundo da vida, e sim pelos códigos dinheiro e poder, respectivamente.

Por sua vez, em contraposição ao esgotamento do normativismo do direito, surgem as teorias filosóficas da justiça, cujo teórico eleito para a análise de Habermas fora John Rawls. Nesse aspecto, relembra que o referido autor propõe a fundamentação de princípios da justiça, os quais são dirigidos à estrutura básica da sociedade e incorporam interesses generalizáveis daqueles que são responsáveis pela ponderação desses princípios. De maneira que se possa manter a estabilização de um ordenamento justo, composto pela pluralidade de planos de vida dos indivíduos. No entanto, ainda que tal perspectiva resgate o normativismo do direito em relação àquela que foi mencionada, Habermas afirma que ela padece de ingenuidade, na medida em que se distancia da realidade, encontrando dificuldades para a especificação das condições de implementação dos princípios propostos. Da mesma forma, ao elencá-los como componentes necessários à própria estrutura básica da sociedade, parece dar demasiado destaque à moral.

Nessa medida, ao resgatar-se o debate entre ceticismo das teorias sociais e teorias filosóficas da justiça, foi possível analisar a importância da moral para Habermas, bem como o lugar que ele parece dispor a ela. Isso porque, ao retomar as disposições daquelas, ele parece condenar tal perspectiva quanto ao fato de terem levado o direito a certo desencantamento, dado o caráter periférico conferido a ele, vez que a moral não ocuparia lugar algum nas suas considerações. Posto isto, ao lembrar-se das teorias filosóficas da justiça, ele ressalta o resgate do normativismo do direito, bem como da moral. Contudo, não compactua com a posição central conferida a essa. Daí que se pode vislumbrar que para Habermas a relação entre direito e moral decididamente não é a de subordinação.

DIREITO E MORAL: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS

Até então, foi possível introduzir aspectos gerais sobre a importância da moral para o sistema de direitos. Nesse aspecto, importa di-

zer que tal temática ganha maior relevância para Habermas, devido à incompreensão assumida tanto por concepções falsas de uma filosofia da consciência concernente à relação entre moral e direito, quanto pelo fato do direito moderno apegar-se a uma ideia de reduplicação do conceito de direito que se revela implausível, do ponto de vista sociológico, e precário, do ponto de vista normativo. Nesse sentido, tal qual a filosofia Kantiana pressupõe, “[...] a legislação moral *reflete-se* na jurídica, a moralidade na legalidade, os deveres éticos nos deveres jurídicos etc. (HABERMAS, 2012, p. 140)”. Deve-se notar, portanto, que essa reduplicação implica a perpetuação de uma herança platônica, segundo a qual a ordem jurídica reproduz concretamente a ordem inteligível de um *reino dos fins*. De acordo com Habermas, essa intuição platônica não é de todo falsa, visto que o direito em certa medida incorpora a moral, ao passo que essa igualmente engloba aquele. De forma tal a ser possível estabelecer entre ambos uma relação de complementação. E, importa dizer, é precisamente o advento de uma fundamentação pós-convencional que poderá aclarar essa relação. No entanto, por ora, faz-se necessário lembrar-se que o momento em que a autoridade de uma tradição compartilhada capaz de dar significado ao conjunto de relações sociais e naturais, fora extinta, o problema de solucionar conflitos e regulamentar contextos interacionais fez necessário a emergência de regras de ação, leia-se, regras jurídicas e morais, para solucioná-las, no lugar das garantias metassociais que outrora se dispunha.

É certo que questões morais e jurídicas referem-se aos mesmos problemas: como é possível ordenar legitimamente relações interpessoais e coordenar entre si ações servindo-se de normas jurídicas? Como é possível solucionar consensualmente conflitos de ação na base de regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente? No entanto, elas referem-se aos mesmos problemas, a partir de ângulos diversos (HABERMAS, 2012, p. 141).

Conforme pode se observar do excerto citado, o fato de o direito e de a moral se referirem aos mesmos problemas não impede que o façam

de modo distinto, por meio de regras de ação diferentes. E é justamente nesse ponto que reside o núcleo de distinção entre moral e direito. Uma vez que a moral constitui uma forma de saber cultural, o que significa que “[...] seu *telos* consiste na avaliação imparcial de conflitos de ação, relevantes do ponto de vista moral, visando, pois, a um saber capaz de orientar o agir, mesmo que não seja capaz de dispor para o agir correto” (HABERMAS, 2012, p. 149). Ou seja, ao avaliar conflitos de ação a moral oferece, mediante a emissão de juízos equitativos e corretos, diretivas para o agir dos indivíduos. No entanto, tais orientações não são obrigatórias, visto que a moral por si só não consegue impor faticamente. Além disso, ela regula contextos interacionais em geral, nos quais os indivíduos entendem-se como membros de uma comunidade concreta. Daí poder-se dizer que ela tem uma pretensão à universalidade. O direito, por sua vez, adquire obrigatoriedade no nível institucional, posto que para além de um sistema de símbolos/saber cultural, constitui-se como um sistema de ação. Nesse sentido, ele pode ser compreendido como um conjunto de proposições e de interpretações normativas, assim como uma instituição, capaz de regular ações. E a última função do direito obtém eficácia direta para a ação, justamente porque ele se interliga com motivos e orientações axiológicas, diferentemente da moral, conforme se verá adiante. Ademais, ele direciona suas orientações para comunidades jurídicas delimitadas geograficamente e circunscritas em contextos históricos específicos. Desse modo, as regras jurídicas não expressam a vontade de qualquer um, como a moral, mas a vontade política daqueles que compartilham intersubjetivamente determinada forma de vida.

Por fim, pode-se, inclusive, diferenciar as regras morais de regras jurídicas, apontando o caráter mais concreto dessas, uma vez que admitem interpretações teleológicas, ou seja, a obediência a elas não precisa depender de um compromisso com o que é correto, mas como contrapartida para a obtenção de determinado fim; também, possuem um sentido de validade diverso, composto por duas dimensões, já que regras jurídicas válidas são aquelas que se impõem faticamente e que detêm aceitação racional; Além disso, do modo de legislação de regras

jurídicas, resulta uma vontade política, ligada a contextos interacionais e sujeitos determinados.

DA COMPLEMENTAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

Nas seções anteriores, foi possível observar a necessidade da introdução da moral ao direito, sem se deixar de cuidar que aquela não se sobrepusesse a esse, de modo a suscitar uma possível hierarquização entre as normas de ação. No entanto, antes mesmo de demonstrar a medida que ambos se complementam, fez-se necessário delinear alguns aspectos de distinção entre ambos, uma vez que eles poderão ajudar a compreensão desse tipo peculiar de relação, ao lado de um nível de fundamentação pós-convencional. E é justamente a partir do último que se inicia a análise da presente seção.

Em outras ocasiões já foi possível demonstrar, ainda que brevemente, o momento em que a autoridade de uma tradição perdeu força, em sociedades pós-convencionais, devido a um individualismo de projetos de vida particulares e a um pluralismo de formas de vida coletivas, de modo tal que esse estado de coisas fez surgir déficits na moral, bem como a reorganização da própria validade do direito, dando origem, destarte, à necessidade de uma relação de complementação entre ambas.

Nesse aspecto, convém informar que o fim de uma tradição compartilhada fez que a moral assumisse uma relação virtual com a ação, na medida em que as orientações que ela opõe aos atores não são necessariamente obrigatórias, visto que a moral não oferece esse tipo de garantia. Isso se dá porque, diferentemente do direito, ela perdeu o vínculo com os motivos que impulsionam os juízos morais para a prática, e com as instituições que fazem que os deveres morais sejam efetivamente preenchidos.

Uma moral dependente de um substrato de estruturas da personalidade ficaria limitada em sua eficácia, caso não pudesse atingir os motivos dos agentes por um *outro* caminho, que não o da internalização, ou seja, o da

institucionalização de um sistema jurídico que *complementa* a moral da razão do ponto de vista da eficácia para a ação (HABERMAS, 2012, p. 149-150).

Desse modo, o direito, devido ao fato de ser simultaneamente um sistema de saber e de ação, corrige os déficits decorrentes da decomposição da autoridade de uma tradição, em outras palavras, é capaz de aliviar a moral da sobrecarga de exigências cognitivas (a), motivacionais (b) e organizatórias (c) inauditas. a) Em relação às primeiras, convém informar que a moral é incapaz de formar um catálogo de deveres, fundamentá-los e aplicá-los. Logo, mediante conflitos de difícil avaliação, surge a necessidade de se fazer operações complexas que sobrecarregam demasiadamente a capacidade analítica dos indivíduos. Dessa maneira, a facticidade da normatização absorve tal indeterminação cognitiva, uma vez que, por intermédio de um legislador político, decidem-se quais normas valem como direito e, por meio de tribunais constitucionais, resolvem-se conflitos acerca da aplicação de normas válidas. b) Além disso, muitas vezes, os indivíduos são sobrecarregados com o fardo de agirem contra seus próprios interesses, a fim de harmonizar os deveres morais e a prática obrigatória de certas expectativas de comportamento. Nesse sentido, tal incerteza motivacional é absorvida pela facticidade da imposição do direito. Porque ele impõe expectativas de comportamento, ao mesmo tempo, que libera os motivos e enfoques para agir conforme o direito, ou seja, ao regular ações e contextos interacionais o direito não se importa se os sujeitos o respeitam pelo dever de fazê-lo, ou pela imposição fática que oferece, visto que, independentemente da motivação para tal, elas serão cumpridas devido à face coercitiva que o direito detém. c) Por fim, após ter-se falado de problemas relativos à possibilidade da resolução judicial e da fraqueza da vontade, resta tratar o problema da imputabilidade. Dado que as exigências morais só encontram destinatários claros, ou melhor, tornam-se imputáveis, no interior de um sistema de regras auto-aplicáveis, i.e., de um sistema que se reproduza por si mesmo. Assim, o caráter naturalmente reflexivo do direito preenche tal sobrecarga, já que ele se constitui como um sistema de regras hierarquizadas, na medida

em que normas secundárias produzem normas primárias da orientação do comportamento.

Diante do exposto, convém lembrar que foi mencionado que o advento de uma fundamentação pós-convencional tornaria possível aclarar a relação de complementação entre moral e direito. Nesse sentido, observou-se que o fim de uma tradição compartilhada fez que a moral assumisse uma relação virtual com a ação, na medida em que por si só não consegue levar a efeito as orientações que emite. Daí a necessidade do direito para completá-la, justamente porque, para além de um sistema de saber, ele se constitui como um sistema de ação. No entanto, cumpre notar que a destruição das garantias metassociais, outrora oferecidas por um *ethos* compartilhado, também trouxe implicações para a própria validade do direito. Uma vez que o direito válido é aquele que se impõe faticamente, devido à sua aceitabilidade racional, em outras palavras, pela sua legitimidade, a qual, por sua vez, também depende da moral.

Nessa medida, importa relembrar, brevemente, que o processo legislativo democrático, segundo Habermas, é responsável pela fundamentação racional, i.e., pela legitimidade do direito. Dado o caráter comunicativo que esse processo assume como normatização discursiva do direito, visto que nele os sujeitos, membros de uma comunidade jurídica, são responsáveis pela produção das leis às quais se submetem. Nesse sentido, o momento de produção de normas jurídicas opera de modo semelhante a um discurso em que os participantes oferecem determinados atos de fala, a fim de que o ouvinte possa coordenar a sua ação, na medida em que reconhece como válidos tais enunciados. E essa validade, cumpre notar, fundamenta-se pela força racionalmente motivadora das razões oferecidas pelos locutores. Da mesma forma, num processo de legislação democrática os sujeitos cidadãos oferecem constantemente argumentos capazes de fundamentar a aceitabilidade racional das normas jurídicas, i.e., sua legitimidade, a fim de que seja possível a coordenação de seus planos de ação. E é a partir do oferecimento desses argumentos que a moral pode entrar na fundamentação de normas jurídicas.

Sendo assim, deve-se notar que no início deste trabalho falou-se que, em um momento ou outro, o direito depara-se com situações jurídi-

cas indeterminadas que colocam a suposta completude do ordenamento jurídico em dúvida, visto que a solução desses casos controversos não se dá por meio da mera subsunção de regras jurídicas. Posto que as questões que tais casos suscitam estão além das soluções que o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, suas regras podem oferecer. Desse modo, a necessidade de a moral entrar nesse sistema. Nesse sentido, convém notar que é devido a tais questões que se observa o fenômeno da adoção de princípios às cartas constitucionais dos Estados, entre essas a própria Constituição Federal do Brasil. Por isso, Habermas afirma que em tais casos faz-se necessário o uso moral da razão prática. No entanto, existem outras situações relativas, por exemplo, a perseguição de fins coletivos e a garantia de bens coletivos que suscitam o uso pragmático e ético político da razão. Daí se notar a necessidade de se utilizar a razão prática em toda a sua extensão. Isso significa, portanto, que há um alargamento do esquema de fundamentação das normas jurídicas, uma vez que ela admite a incorporação de argumentos morais, pragmáticos e ético-políticos. Além disso, fato importante acerca desses argumentos que fundamentam a validade das normas jurídicas é que eles detêm uma validade relativa, dependente do contexto.

A validade dos argumentos correspondentes é relativa à identidade histórica e cultural da comunidade jurídica; relativa também às orientações axiológicas, aos fins e situações de interesses de seus membros. Mesmo quando se parte da ideia de que enfoques e motivos se modificam no decorrer de uma formação coletiva e racional da vontade, conforme os argumentos, não se pode excluir a facticidade dos contextos existentes; caso contrário, os discursos éticos e pragmáticos, inclusive os compromissos, perderiam o sentido (HABERMAS, 2012, p. 196).

Por fim, pode-se observar que, embora a fundamentação das normas jurídicas dependa dos três tipos de argumentos mencionados, Habermas parece dar preferência às razões morais que entram no processo

discursivo de normatização. Posto que um programa jurídico sempre deve levar em consideração aspectos da justiça, já que sua implementação precisa ser igualmente boa a todos os seus destinatários. Daí que nenhuma norma de ação pode ser transformada em norma jurídica se contradizer de alguma forma o ponto de vista da justiça. A partir dessa argumentação, portanto, observa-se que “[...] em Habermas, há uma fundamentação moral *fraca* do direito, negativa, indireta, ou seja, o direito não pode ir contra a moral” (TONETTO, 2012, p. 195).

DA LEGITIMIDADE DO DIREITO E DA AUTONOMIA POLÍTICA

Por meio da reconstrução argumentativa do pensamento Habermasiano, pode-se observar que a relação entre moral e direito vai além de uma mera subordinação entre ambos. Dado que a racionalização do mundo moderno e o consequente fim de uma *ethos* compartilhado, responsável pela explicação e a regulamentação do conjunto de relações naturais e sociais, trouxe consequências tanto à moral, quanto ao direito. De maneira tal que ambos assumissem uma relação de complementação. Nessa seção, portanto, parte-se dessa conclusão a fim de se demonstrar os possíveis problemas que uma interpretação incorreta dessa relação pode implicar para a legitimidade do direito e o próprio conceito de autonomia política dos cidadãos.

Nesse sentido, observou-se que a legitimidade do direito depende de um processo de legislação democrático, no qual a argumentação moral cumpre um papel relevante para a sua fundamentação. No entanto, o fato desse tipo de argumento assumir papel relevante para a justificação racional, somado à preferência que Habermas parece dar a eles, não implica numa relação de subordinação entre ambos. Tal fato pode ser explicado pela seguinte afirmação do autor:

[...] uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais. Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa re-

lação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A ideia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa *relação de complementação* recíproca (HABERMAS, 2012, p. 140-141).

Além disso, a incompreensão desse tipo de relação levará ao desmerecimento da autonomia política dos cidadãos a qual, segundo Habermas, é pressuposto necessário para a fundamentação do direito, uma vez que apenas cidadãos autônomos, que tenham assegurados direitos humanos e a soberania popular, são capazes de participar dos processos de legislação democrática. Desse modo, cumpre notar que são as ideias de direitos humanos e o princípio da soberania popular que formam a autocompreensão normativa do Estado Democrático de Direito, uma vez que eles são capazes de justificar o direito moderno. A importância dessa argumentação pode ser exemplificada a partir da demonstração de duas tradições que, de acordo com Habermas, negam o caráter democrático da práxis de autolegislação, quais sejam, o liberalismo e o republicanismo.

Conforme o autor explica, a tradição liberal enfatiza o primado de direitos humanos anteriores à formação de qualquer tipo de auto-organização dos cidadãos, assim adquirem um valor moral próprio que necessita apenas da institucionalização jurídica do Estado. Segundo Habermas, o fato de eles estarem ancorados num estado natural fictício dá-se porque eles se constituem enquanto forma de garantia contra a tirania da maioria. Está-se a falar, portanto, de uma subordinação do direito à moral, visto que, em última instância, ela é responsável por delinear o conteúdo do direito. Por sua vez, a tradição republicana destaca o valor da auto-organização dos cidadãos, de modo que nenhum direito possa se opor a ela, dado que os direitos humanos só se tornam obrigatórios se fizerem parte e não contrariarem o projeto de vida autêntico de determinada ordem social. Nesse sentido, os direitos humanos são concebidos no seio dessa auto-organização de cidadãos livres e iguais, sem se antepor a ela, tal qual na tradição anterior. “Nessa perspectiva,

os direitos humanos e a soberania do povo não aparecem como elementos complementares, e sim, concorrentes” (HABERMAS, 2012, p. 133). Em contraposição a tal constatação, portanto, surge a tentativa de Kant e Rousseau, de elaborar um novo conceito de autonomia, capaz de fazer que as ideias de direitos humanos e o princípio da soberania popular se interpretassem mutuamente. No entanto, conforme Habermas demonstra, tais autores foram infelizes nessa tentativa, posto que penderam para uma interpretação liberal e republicana, respectivamente. Kant, por exemplo, antepôs a concepção de direitos fundamentais a liberdades subjetivas a qualquer acordo racional, deixando o aspecto da soberania popular para um segundo plano, não obstante tenha afirmado que ninguém no exercício de sua autonomia política concordaria em pactuar algo que limita sua autonomia privada. Ao passo que Rousseau destaca o momento do contrato social, já que ele expressa a vontade geral de todos os participantes, no entanto, tal como o autor anterior, tenta estabelecer um nexu malsucedido entre direitos humanos e soberania popular, ao afirmar que tais acordos devem se expressar na linguagem de leis universais e abstratas, as quais intrinsecamente possuem aqueles direitos e liberdades subjetivas antepostas por Kant ao pacto social. Nessa medida, ao denunciar a parcialidade de ambos os autores, Habermas afirma que “[...] o sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, por que a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política” (HABERMAS, 2012, p. 138).

Desse modo, o que falta aos autores é uma compreensão democrática do processo de autolegislação, no qual há a co-originariedade entre autonomia pública e privada, ou seja, entre direitos humanos e soberania popular. E tal compreensão se dá apenas numa teoria discursiva do direito, por meio de um sistema de direitos, reconhecidos reciprocamente, que garantem esse tipo de autonomia política. De maneira que os destinatários da lei sejam simultaneamente seus autores. Nesse sentido, vê-se que os direitos não são dados a priori, em razão da moral, situação em que se estaria a falar de uma subordinação entre moral e direito, tal qual

se observou em Kant. Da mesma forma, os direitos não seriam dados por uma vontade geral que anula a vontade singular dos sujeitos privados, como acontece em Rousseau. Já que, numa teoria discursiva do direito, esse sistema é construído em conjunto pelos cidadãos livres e iguais, membros de uma comunidade jurídica, os quais detêm direitos e liberdades subjetivas de ação, bem como os direitos de participação política. É nesse sentido, portanto, que reside a compreensão de uma autonomia política enquanto pressuposto de legitimidade do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se que, diferentemente dos postulados do positivismo jurídico, a relação entre moral e direito deve ser considerada por uma teoria discursiva do direito que englobe, em certa medida, aspectos típicos da filosofia da justiça. Justamente porque o advento de situações jurídicas indeterminadas fez que se recorresse a princípios morais para a solução desses casos, posto que o conjunto de regras jurídicas não é capaz de fazê-lo por si só. Ademais, o fim da autoridade de uma tradição única, responsável tanto por dar significado ao mundo circundante, quanto por regulá-lo normativamente, demonstrou a necessidade de se recorrer a regras de ação, capazes de suprir a função desempenhada outrora por essa autoridade. Nesse sentido, surgem simultaneamente regras jurídicas e morais, as quais tratam dos mesmos problemas, ainda que sobre perspectivas diversas. Ademais, o solapamento dessa tradição levou a um esgotamento do direito e da moral, razão pela qual ambos necessitam estabelecer uma relação de complementação entre si. Assim, a moral completa o direito no que diz respeito à fundamentação desse. Posto que, conforme foi demonstrado neste trabalho, ele precisa de argumentos morais para garantir sua legitimidade, de forma tal que as regras jurídicas não podem contrariar princípios morais. Por sua vez, a moral é completada pelo direito no aspecto de sua efetividade, pois que o fim de uma tradição compartilhada fez que essa assumisse uma relação virtual com a ação, na medida em que suas orientações para o agir não implicam obediência necessária. Por fim, pode-se observar

que a incompreensão dessa relação leva a dois problemas, quais sejam: o esgotamento da legitimidade do direito, conforme já se mencionou, e a incompatibilização com a autonomia pública dos cidadãos a qual, enquanto pressuposto de legitimidade, não admite uma relação de subordinação entre direito e moral, uma vez que ela pressupõe a produção de regras jurídicas por meio da autolegislação dos cidadãos, e não de uma possível cópia dos deveres morais.

REFERÊNCIAS

DUTRA, Delamar José Volpato. Moral e direito nas Tanner Lectures de Habermas: um modelo processual de moralização do direito. **Ethic@ - An International Journal For Moral Philosophy** [s.l.], v. 10, n. 3, p. 13-37, dez., 2011. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/24095>>. Acesso em: 19 jul., 2016.

_____. O conteúdo moral dos direitos básicos segundo Habermas. In: PINZANI, Alessandro; LIMA, Clóvis Montenegro de; DUTRA, Delamar José Volpato. (Org.). **O pensamento vivo de Habermas: Uma visão interdisciplinar**, Florianópolis: NEFIPO, 2009, v. 1, p. 163-174.

_____. **Razão e Consenso em Habermas: A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia**, 2. ed., Florianópolis: Editora da UFSC, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, 1. v. Tradução de: Flavio Beno Siebeneichler.

LOIS, Cecília Caballero; DUTRA, Delamar José Volpato. Modelos de Moralização do direito: um estudo a partir de Jürgen Habermas. **Seqüência**, Florianópolis, v. 55, n. 28, p. 233-252, dez., 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15055/13726>>. Acesso em: 19 jul., 2016.

NOBRE, M.; TERRA, R. R. (Org.). **Direito e Democracia**. Um guia de leitura de Habermas, 1. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, v. 1, 282p.

REPA, Luiz. A cooriginariedade entre direitos humanos e soberania popular: a crítica de Habermas a Kant e Rousseau. **Trans/form/ação** [s.l.], v. 36, n.spe, p. 103-120, 2013. Fap UNIFESP Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732013000400008>. Acesso em: 25 jul., 2016.

TONETTO, Consenso Milene. **Direitos humanos em Kant e Habermas**, 1. ed., Florianópolis: Insular, 2010.

Submetido em: 11-8-2016

Aceito em: 4-11-2016