

CONSEQUÊNCIAS DA NEUTRALIZAÇÃO MORAL DO PROCEDIMENTO JURÍDICO EM DIREITO E DEMOCRACIA

CONSEQUENCES OF THE MORAL NEUTRALIZATION OF THE JURIDICAL PROCEDURE IN BETWEEN FACTS AND NORMS

DELAMAR JOSÉ VOLPATO DUTRA

(UFSC / CNPq - Brasil)

Resumo

O texto trata da neutralização moral do princípio do discurso operada em FG. Ele visa a mostrar as consequências que se seguem dessa posição, tendo em vista a relação entre direito e moral, mormente tendo em vista que o positivismo jurídico pode ser definido pela tese da separação entre direito e moral. São destacadas principalmente duas possibilidades de tratamento da mencionada relação, uma que relaciona os procedimentos jurídico e moral e outra que relaciona os produtos oriundos destes procedimentos.

Palavras-chave: Habermas, princípio do discurso, positivismo jurídico, direito e moral

Abstract

The text treats of the moral neutralization of the principle of discourse in FG. Its aim is to show the consequences that to follow from this position, mainly if legal positivism is defined by the separation thesis between law and morality. The text point out two possibilities for to interpret the mentioned relationship between law and morality, one makes a relationship among the moral procedure and the legal procedure; another one makes a relationship among the products that come from the mentioned procedures.

Key-words: Habermas, principle of discourse, legal positivism, law and morals

Moralidade de procedimentos ou moralidade substantiva

Habermas distingue o princípio de universalização do princípio da democracia pelos níveis de referência e pela forma jurídica¹. A referência do princípio de universalização é a totalidade dos seres racionais, ao passo que a referência do princípio da democracia é a generalidade de uma comunidade política definida de forma estatal. Todavia, a sua explicação da complementaridade desenvolve principalmente a dimensão sociológica da teoria sistêmica, deixando de lado a perspectiva normativa da mesma por ele apontada, mas relegada a um segundo plano no texto. Ou seja, o que estava no primeiro plano explicativo nas *Tanner Lectures*, agora fica em segundo plano. No entanto, quando anuncia a reformulação de sua própria posição, no prefácio, ele parece sugerir uma revisão na complementaridade no sentido normativo, ou seja, no modo como a moral complementaria o direito no aspecto normativo. De fato, ele diz que Apel seguiu um acesso por demais normativista², o que parece referir claramente à dimensão normativa da relação e não àquela sistêmica. Em outras palavras, o ponto da revisão, por ele tratado explicitamente no texto, 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 complementaridade, na qual a moral aparenta ter incidência preponderante, embora, como frisado, concebida em termos diferentes do que nas *Tanner Lectures*.

No texto há pouco mencionado, o ponto de vista moral, - que se constitui na verdade como um procedimento que esquematiza a imparcialidade, sinônima de universalidade -, aplica-se como critério da avaliação do procedimento jurídico. Portanto, não há uma aplicação direta aos resultados deste último, visto que o procedimento moral deve ser o padrão do próprio procedimento jurídico. Nesse sentido, a crítica em FG ao normativismo de Apel se constituiria também em uma crítica à própria posição de Habermas nas *Tanner Lectures*. Assim, o que muda em FG não é que a moral deixe de desempenhar um papel na justificação do direito, mas sim o modo como tal papel é por ela desempenhado. No texto citado, a moral se desloca da avaliação do procedimento jurídico – que, então, se torna autônomo, ou neutro na dicção de Habermas –, para a avaliação dos resultados, mas apenas em um sentido negativo.

Nessa perspectiva, qual o sentido de uma remoralização do direito? Certamente, a moral continua a desempenhar um papel na legitimidade jurídica. Ou seja, entre o caminho positivista que descarta a moral³ ou a reduz a uma posição contingente⁴, e o caminho que subsume o direito como subclasse da moral⁵, Habermas segue uma terceira via, de um modo na *Tanner Lectures* e de outro em FG, mas, em ambos, conferindo um papel à moral. Melhor dito, o procedimento jurídico, por estar já sob a forma jurídica da liberdade subjetiva, permite o manejo das razões morais, embora não possa obrigar a tal, o que, diferentemente, é cogente no procedimento moral, ainda que contrafactualmente. Nesse particular, as vantagens do procedimento jurídico seriam as seguintes: ao permitir razões estratégicas [pragmáticas] e éticas, perderia em normatividade, mas ganharia em efetividade, não obstante, poderia responder às premências da ação no tempo presente, uma preocupação que Habermas sempre teve, a saber, com o caráter mutável do direito que tem que responder a certas determinações do presente, como com relação à ação afirmativa ou à bioética.

Para compreender melhor essa complementaridade proposta por Habermas há que se distinguir: (A) a relação de complementaridade no que concerne à eficácia da moral; (B) a relação de complementaridade no que concerne à legitimidade do direito. Acontece que não só a complementaridade operacionalizada pelo direito dos déficits da moral no sentido da eficácia parece se tornar importante, como a própria legitimidade ganha fontes independentes da moral, embora tenha um limite negativo nesta último. Ou seja, em FG a moral parece mais dependente do direito do que vice-versa. De fato, se o direito parece dispor agora de fontes de legitimidade próprias⁶ e inclusive de um procedimento próprio para processá-las, o que não tinha antes, então, não haveria qualquer coisa consoante com uma moral efetiva como sistema de ação se não houvesse o direito, mas ainda haveria direito legítimo em um possível vácuo moral, por exemplo, sobre questões bioéticas, para as quais ainda não existe acordo moral⁷. Assim, é importante destacar não tanto o modo como o

direito complementa a moral, posto que tal se explica em termos funcionalistas e está explícito em FG, mas ao modo como a moral complementa o direito, o que parece menos evidente no texto mencionado.

Nesse diapasão, tanto nas *Tanner Lectures*, quanto em FG, Habermas recusa uma completa fusão entre direito e moral. No entanto, o modo como ele pensa evitar isso é diferente em ambos os momentos. Nas *Tanner Lectures*, ele pensa que justamente pela moral não ditar conteúdos, mas o procedimento, ela não anularia a autonomia do direito. Já, em FG, a moral respeitaria a autonomia do direito por lhe dar autonomia processual, vinculando-o, no entanto, sob o ponto de vista do conteúdo, ainda que negativamente.

Considerando a posição de Habermas, bem como a tese da conexão entre direito e moral, podem ser apontados três modelos de apresentação da relação entre direito e moral⁸. A saber:

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. Esse é o modelo que foi apresentado no presente texto.

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 conteudísticas 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 complementaridade como explicitamente tratado em FG [1991], pois aí a moral exige posituação. Pode-se afirmar que se trata de uma complementaridade do ponto de vista do observador, segundo a qual o direito parece cumprir um papel funcional de suprir os déficits funcionais da moral;

Modelo 3: o procedimento moral é prévio ao jurídico, tendo a função negativa de eliminar conteúdos incompatíveis com a moral. Os procedimentos moral e jurídico são separados, mas se complementam negativamente. Segundo o esquema de Habermas, os conteúdos passariam antes pelo procedimento moral para ver de sua compatibilidade com razões morais para depois adentrarem no procedimento jurídico. Habermas sugere esse modelo em FG, mas não o desenvolve. Ele parece com o modelo legislativo, no qual todos os projetos de leis passam previamente pela comissão de constituição e justiça, antes de serem encaminhados para a comissão temática específica. Aproxima-se também do modelo de controle de constitucionalidade que, embora posterior, faz o papel do legislador negativo, alegando com isso não ferir o estatuto democrático que a legislação deve portar. Pode-se afirmar que se trata de uma complementaridade do ponto de vista do participante, segundo a qual a moral parece cumprir um papel de suprir os déficits de legitimidade do direito.

Nesse ponto, cabe perguntar: por que Habermas, que mantém uma postura processual, parece acolher em FG uma via explicativa da complementaridade moral do direito – ousa-se dizer - a partir de uma perspectiva substantiva, diferentemente do que defendera anteriormente, ou seja, a partir de uma perspectiva processual, muito mais consistente com sua própria posição geral pró-processo? Tal mudança levou alguns autores, como visto, a levantarem uma séria objeção à nova concepção da relação entre moral e direito, tendo por base a acusação de um verdadeiro desaparecimento da ética discursiva no contexto de FG⁹, justamente porque a proposta moral de Habermas seria processual e ele estaria abdicando de legislar moralmente sobre o procedimento jurídico ao impingir a este neutralidade moral. Quer dizer, ele parece agora recusar justamente ancorar a complementaridade moral do direito em uma proposta processual. Ao contrário, ele parece querer vincular moralmente o direito a partir dos produtos da moral discursiva, ainda que em um sentido negativo. Evidentemente, isso não significa que a legitimidade jurídica não seja compreendida processualmente e comunicativamente, no entanto, tal compreensão é despida de uma roupagem moral. Não que a fundamentação do direito em FG deixe de ser processual - isso deve ficar claro -; não, somente o procedimento não é mais compreendido moralmente, o que parece pôr Habermas em um dilema, ou assume uma posição substantiva que subsume o direito à moral ou despede completamente a moral da parte da tarefa que lhe cabe na justificação do direito.

Pode-se, então, perceber que o pomo da discórdia é a neutralização moral do princípio do discurso e a conseqüente neutralização do princípio da democracia ou do direito. Em textos anteriores a legitimidade jurídica se subordinava à moral já na dimensão processual. Em FG a legitimidade jurídica parece ter ganhado ares de independência, muito embora a moral continue a instrumentalizar o direito como seu complemento funcional nas suas fraquezas operacionais. Nesse sentido preciso não é a moral que é complemento do direito, mas o direito que é complemento da moral. Portanto, falta explicar, como apontado acima, em que e como a moral complementa o direito.

Sabidamente, o posicionamento crítico de Habermas é contra o positivismo, por sua matriz decisionista. Na verdade, o problema do positivista não é a dicção de uma formulação procedimental da justificação, mas o não questionamento da própria correção do procedimento. De fato, se para Habermas está vedada uma ética substantiva, que ele critica tanto em Scheller, quanto no direito natural - “a nau da teoria do discurso navega entre os escolhos do direito natural e do positivismo jurídico”¹⁰, afirma ele -, então, a sua crítica ao positivismo só pode se dar tendo em vista a miopia procedimental do mesmo, senão cegueira decisionista. Frente a esta cegueira, Habermas pode ofertar o procedimento da racionalidade comunicativa – diferentemente da oferta do procedimento moral nas *Tanner Lectures* - o qual pode assegurar conteúdos *prima facie* legítimos. Ou seja, na verdade, em razão de nas *Tanner Lectures* o procedimento ser indistinto em relação à moral e ao direito, Habermas podia atestar um procedimento que em última análise vincularia moral e direito. Desconexos os procedimentos em FG parece não restar outra alternativa senão vincular moral e direito sob o ponto de vista do conteúdo, já que os procedimentos são distintos.

Dessa forma, é possível predicar uma moralidade dos procedimentos e uma moralidade dos produtos. Tanto é verdade que Habermas analisa as condições formais do direito em Weber por referência a uma certa moralidade implícita a essas condições formais. Estaria ele disposto a fazer o mesmo em relação ao princípio do discurso, como Apel? Contra Apel sustenta que não, que não é possível ler moralmente as condições formais da racionalidade comunicativa, mas em alguns textos parece conceder tal possibilidade, como se pode ver abaixo.

Nesse sentido, Rawls parece compartilhar da idéia de que os procedimentos estão saturados de idéias normativas morais. Ele defende a tese de que o próprio procedimento tem valores substantivos, morais, normativos, ou seja, o procedimento se assentaria em certos conteúdos que lhe seriam intrínsecos, em certos valores, como a imparcialidade¹¹. É a mesma tese, a rigor, que Habermas parece sustentar contra Weber nas *Tanner Lectures*. Mesmo em obras escritas depois de FG, ele sustentará teses semelhantes. De fato, sobre esta questão do procedimento por ele estabelecido e sua relação com valores substantivos afirma que “essa idéia não é ‘formal’ no sentido de ser ‘livre de valor’”¹², de tal forma que o procedimento “não é completamente neutro normativamente. Ele é ‘formal’ ou neutro em um sentido que requer explicação”¹³. Ou seja, somente não se basearia em valores substantivos de visões de mundo. Certamente, Habermas não parece discordar de tal formulação, mas poderia alegar a indeterminação de tais valores e, portanto, a necessidade de sua especificação via o próprio procedimento. Mais importante, o procedimento não se justificaria por referência a tais valores prévios, mas como reconstrução da prática performativa comunicativa de se conceder direitos recíprocos ou de se entender. O próprio Rawls, cabe observar, embora sustente que os julgamentos de justiça dependem de valores substantivos de justiça¹⁴, alega, contudo, não dispor de um *standard* positivo de justiça. Advoga, ainda assim, uma certa noção negativa da injustiça, no sentido de uma certeza que, quando ultrapassada, a legitimidade restaria corrompida¹⁵. Na verdade, se se considerar o anteriormente exposto como uma concessão a Rawls, ela, na verdade, será irrelevante sob o ponto de vista da avaliação moral de questões substantivas, como o aborto e a eutanásia¹⁶.

O problema é que Habermas neutraliza moralmente o princípio do discurso justamente para retirar dele um princípio da democracia neutro moralmente, de tal forma que o caminho das *Tanner Lectures* está proibido. Nesse sentido, Habermas, quando substitui a relação de superioridade da moral em relação ao direito pela de complementaridade, fá-lo pela liberação moral do procedimento juridicamente constituído e o faz de maneira unilateral, visto que o direito parece posto como muleta da moral, ou seja, como um dispositivo instrumental que compensaria uma forte ineficácia da moral, afirmação esta plausível inclusive no contexto das *Tanner Lectures*, na qual o direito desempenha a função de complementar os déficits da moral. Tal ocorre porque, juntamente com a preocupação de vincular o direito a questões de justificação, Habermas tem uma leitura funcionalista do direito – vale dizer, que honra de alguma forma o positivismo –, tanto é verdade que tende a fazer uma interpretação não moral do conceito de forma jurídica. Por outro lado, se o

procedimento é liberado da moral, cabe perguntar se isto não implicaria um retorno à posição de Weber, segundo a qual, como já visto, uma norma portaria um índice de crença na sua legitimidade pelo motivo principal do procedimento legal pelo qual passou: “a forma de legitimidade hoje mais corrente é a crença na *legalidade*: a obediência a preceitos jurídicos positivos estatuídos segundo o procedimento usual e *formalmente* correto”¹⁷. A primeira possibilidade para evitar tal objeção é a de que ela seria evitada porque Habermas disporia de um procedimento padrão, o discursivo, embora isento de conotação moral. A segunda hipótese é a de que a relação com a moral pareceria ser reposta não somente como complementação, - como na questão da eficácia em que o direito complementa os déficits institucionais da moral -, mas de subordinação, embora não hierárquica, mas de cerco, de limitação, ainda que de modo negativo. De fato, uma ordem hierárquica poder se dar segundo o modelo kantiano, na qual o direito seria uma subclasse das leis morais, como na mencionada interpretação de Almeida, o que equivaleria a um modo positivo de tal determinação; ou pode se dar de modo negativo, como limite contra o qual o escopo das normas jurídicas não poderia atentar, estando, assim, interdita, por exemplo, a escravidão, a tortura, etc. A diferença é que, em uma perspectiva, se impõe o que incluir na legislação pelo legislador democrático; na outra, o que deve ser excluído de qualquer legislação. Tal reposição da moral, como já frisado, não se daria mais em relação aos procedimentos, mas em relação aos produtos deles oriundos. Ou seja, os produtos oriundos do procedimento moral que seriam extremamente restritos por se referirem somente a questões de justiça, seriam vinculantes para o direito, mas de modo negativo.

É dessa forma que o procedimentalismo de Habermas nas *Tanner Lectures* é modificado em FG. Agora, o que ele faz é diferenciar dois procedimentos, sem desvincular os seus respectivos conteúdos, produtos, de tal forma que a moral ainda pode manter algum tipo de tutoria sobre o direito ou de incidência sobre o mesmo. É assim que o princípio da democracia não pode atentar contra os produtos do princípio de universalização, além de ter que efetivar, positivar, os resultados advindos de tal procedimento. É verdade que pode ser vislumbrada uma dubiedade, a saber, até que ponto não continua havendo algum tipo de subordinação da legitimidade do direito à correção moral. Assim, se antes, o padrão moral incidia sobre o procedimento, pois a correção jurídica se assentava em fundamentos morais, ainda que processuais, agora, o procedimento democrático ganha uma relativa autonomia no que concerne à moral, mas os seus resultados continuariam vinculados, de uma forma ou outra, àqueles produtos oriundos do procedimento moral. Antes de FG, aferrado ao rigor e idealidade do procedimento, mesmo que resultante do método reconstrutivo, mas com uma certa pretensão transcendental, mesmo que fraca¹⁸, tendia a compartilhar de um certo ceticismo quanto aos produtos do procedimento moral - o que ainda ecoa em FG, por exemplo, na tese do paradoxo da legitimidade que surge da legalidade ou nas limitações cognitivas, motivacionais e institucionais da moral – agora, porém, em FG, onde dispõe de um processo jurídico confiável, posto que realizador do princípio do discurso em trajes jurídicos – e vale lembrar que o tal princípio já contém normatividade, a saber, a imparcialidade -, ele parece mais disposto a dar um crédito maior

aos produtos do procedimento moral, quiçá, tendo em vista a liberação da argumentação moral das pressões circunstanciais e limitações temporais, estas agora supridas juridicamente. Podendo operar na paciência da argumentação moral ao longo do tempo, pode confiar mais nos seus resultados do que naqueles advindos do procedimento jurídico marcados pelos limites temporais das necessidades da sociedade, visto o direito, para Habermas, ser prioritariamente um sistema funcional de ação e só secundariamente um sistema de conhecimento, ainda que seja um sistema que vise a salvaguardar ambos os momentos a partir das categorias da segurança e correção.

Assim, para evitar a dubiedade de subordinação e substancialismo, cabe destacar que não há problema em que os resultados da ética discursiva adentrem no direito e o vinculem, porque eles são os produtos também de um processo discursivo, cujo procedimento é bem mais exigente que o democrático, sendo, no entanto, seu âmbito de abrangência determinado pelo tipo de argumentos exigidos¹⁹, só regrando matérias de justiça, as quais são, em todo caso, vinculantes para o direito, ainda que, como já destacado muitas vezes, negativamente.

Universalidade e imparcialidade

Cabe, ainda, levantar o ponto de por que, em FG, a imparcialidade, embora tenha caráter normativo, perde a caracterização moral que tinha alhures, visto que nas *Tanner Lectures* imparcialidade era sinônimo de universalidade moral. Já Rawls em *A Theory of Justice* vinculara a sua teoria da justiça à imparcialidade: “um julgamento imparcial, pode-se dizer, é aquele feito de acordo com os princípios que poderiam ser escolhidos na posição original”²⁰. Nesse sentido, para Habermas, a equidade se apresenta como imparcialidade, na medida em que os princípios de justiça são fundamentados “segundo um procedimento que pode ser interpretado como explicação do ponto de vista da avaliação imparcial de questões de justiça política, detentoras de um conteúdo moral”²¹. O ponto em questão é a dubiedade do tratamento desse conceito em Habermas. De fato, comentando **“D: são válidas todas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”**, ele afirma: “esse princípio [...] tem, certamente, um conteúdo normativo [normativen Gehalt, no original], uma vez que explicita o sentido da imparcialidade de juízos práticos. Porém, ele se encontra num nível de abstração, o qual, apesar desse conteúdo moral [normativen Gehalt, no original], *ainda é neutro* em relação ao direito e à moral”²². Ou seja, “ele expressa um sentido não-específico de validade normativa, ainda indiferente em relação à distinção entre moralidade e legitimidade”²³. Deveras, uma distinção semelhante foi sugerida por Rawls em sua crítica a Habermas [*Reply to Habermas*], embora no contexto da discussão entre uma justiça processual ou substantiva. Nesse ponto, Rawls acusa Habermas de utilizar o termo legitimidade e não justiça, remetendo aquele conceito aos resultados do procedimento por ele proposto²⁴. Lafont, em sentido semelhante, sustenta que a justiça

é uma condição necessária para a legitimidade, mas não uma condição suficiente. Assim sendo, a legitimidade é posta na dependência de um acordo voluntário, de tal forma que, por conseguinte, a legitimidade pode ser entendida como uma justiça puramente processual, desvinculando-se de teses realistas²⁵. O ponto é se tal clivagem apontaria para uma distinção entre universalidade e imparcialidade, aquela como própria da moral e esta como própria do direito. Tal linha argumentativa é mantida no posfácio²⁶, onde ele sustenta que o conteúdo normativo do princípio do discurso, a saber, a imparcialidade, não coincide com o princípio moral, a saber, o princípio de universalização. Caso contrário, este continuaria a ser a fonte de todas as normas legítimas. Desse modo, parece que a legitimidade seria um conceito mais amplo que envolve, além das razões morais, também razões ético-políticas e pragmáticas. Parece que a imparcialidade seria própria da esfera do princípio do discurso, a qual, no entanto, tendo em vista se constituir no gênero da espécie princípio de universalização, seria insuficiente como correlato da universalidade própria do princípio moral.

Uma tal diferenciação, quiçá, seja melhor entendida tendo em vista a formulação jurídica do princípio do discurso. O que Habermas pretende é a institucionalização jurídica do mencionado princípio, portanto, *ab initio*, não pode constar uma formulação moral do mesmo, que é o caso do princípio de universalização. Assim, ele busca as condições de possibilidade da legalidade na análise do conceito de forma jurídica. Na primeira etapa, ele aplica o princípio do discurso, principalmente a noção de igualdade nele implícita, à forma jurídica, especialmente à noção de liberdade nela ínsita, para, assim, obter o código do direito. Na segunda etapa, o princípio do discurso é institucionalizado juridicamente em uma forma já adaptada às exigências racionais contidas no código jurídico. No princípio do discurso, a liberdade é um pressuposto, cuja expectativa pragmática pelo outro é a exigência idealizada que seja veraz. Na forma jurídica, esse pressuposto pragmático é aliviado, pois a exigência da veracidade é apenas pressuposta e possível, na medida em que é possibilitada pela forma jurídica, mas ela não é uma exigência nem que seja concebida de forma pragmática, visto, obviamente, a referência externa da ação juridicamente concebida. Não se pode esquecer, nesse particular, antentar para a dicção de que a racionalidade jurídica seria devedora de fontes indisponíveis ao procedimento estabelecido sob a forma jurídica, o que pode ser vislumbrado nas considerações em FG sobre o paradoxo da legitimidade que surge da legalidade.

Para sumariar, a presente exposição da teoria de Habermas obriga-o em FG a separar os procedimentos jurídico e moral, mas não ao ponto de desconectar completamente o direito da moral, sob pena de depor as armas ao positivismo caracterizado por Alexy pela tese da separação entre direito e moral e, portanto, ceder ao decisionismo. Já no texto *A soberania do povo como processo*, 1988, no qual a soberania é diluída comunicativamente²⁷, o processo comunicativo não é sobrecarregado moralmente. Ele parece mais neutro em relação à moral, se assemelhando ao que ocorre em FG. De fato, ao desvincular o exercício da soberania de uma formulação ética, há que se ter em conta a alternativa jurídica de sua formulação. Nesse momento, Habermas já havia escrito sobre o paradoxo da legitimidade que surge da legalidade²⁸. Ora, o ponto principal do mencionado

paradoxo é que a exigência motivacional da busca do melhor argumento própria do procedimento moral não pode ser determinada juridicamente. Tal paradoxo ocorre porque a legitimidade exige a motivação, senão moral, ao menos para o bem comum, mas a forma jurídica libera os motivos²⁹. De fato, o direito só pode exigir a conduta externa, de tal forma que não haveria como transmitir a característica da motivação moral para o procedimento jurídico, por mais perfeito que seja concebido. Nesse sentido, o procedimento juridicamente estabelecido portaria um parentesco muito mais próximo com o princípio do discurso na sua formulação neutra de FG do que com o princípio de universalização, pois pareceria realizar a liberdade comunicativa no seu sentido mais radical, ou seja, até como capacidade de se retirar da própria atividade comunicativa e tomar uma atitude predominantemente instrumental com relação às normas³⁰. Essa formulação pode ser encontrada em FG, bem como no posfácio a FG, e poderia ser uma razão para distinguir os procedimentos e neutralizar moralmente o princípio do discurso. Habermas defende que tal paradoxo pode encontrar uma solução em seu sistema de direitos: “com o auxílio dos direitos que garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política, deve ser possível explicar o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade”³¹. Isso porque o procedimento democrático, embora não possa assegurar uma motivação moral ou comunicativa, – visto só poder assegurar a participação – exige explicitamente uma fundamentação comunicativa, posto se tratar de uma racionalidade discursiva que ordena a argumentação. Melhor dito, o procedimento democrático exige a formação discursiva da vontade que possibilita a autovinculação do legislador democrático às determinações da razão prática, de tal modo que os destinatários do direito possam se compreender também como autor deste³².

Enfim, parece operar o texto, de uma forma ou outra, a proibição dos conteúdos do procedimento jurídico contrariarem normas morais, pois estas seriam portadoras de uma natalidade que daria como realizado aquilo que nos processos jurídicos não passaria de uma possibilidade, a saber, a motivação da busca do melhor argumento. Assim, os produtos advindos do processo moral exerceriam uma função de filtro, dada a pureza que lhes seria garantida por sua origem das condições radicalmente exigentes que definem o procedimento moral.

Notas**¹ Das abreviaturas**

FG	HABERMAS, Jürgen. <i>Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats</i> . 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
TrFG1	HABERMAS, Jürgen. <i>Direito e democracia: entre faticidade e validade</i> . [v. I]. [Trad. F. B. Siebeneichler: <i>Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats</i>]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
TrFG2	HABERMAS, Jürgen. <i>Direito e democracia: entre faticidade e validade</i> . [v. II]. [Trad. F. B. Siebeneichler: <i>Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats</i>]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
AA	As referências a Kant são feitas tomando como base a paginação da edição da academia, abreviada por AA , seguidas do número do volume, em caracteres romanos, e da página, em caracteres arábicos. As citações literais são feitas a partir das traduções para o vernáculo das referidas obras.

FG p. 142-3

² “Einen wie mir scheint normativistisch überanstrengten Zugang wählt auch K.O. Apel” [HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 10].

³ Uma outra maneira de definir o positivismo é negativamente, seja pela recusa de qualquer relação entre direito e moral, seja pela dicção da moral a partir de regras estabelecidas juridicamente. De fato, é possível distinguir as teorias positivistas das não positivistas a partir da defesa do que Alexy nomeia *tese da separação* e *tese da conexão*, respectivamente [ALEXY, Robert. *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*. Oxford: Clarendon, 2002, p. 3-4]. Segundo ele, todas as teorias positivistas defendem a *tese da separação* entre direito e moral, de tal forma que o direito tenha que ser definido sem que elementos morais estejam incluídos. Por seu turno, todas as teorias não positivistas defendem a *tese da conexão* que inclui na definição do direito elementos morais. Quiçá, muito mais do que explicar a tese da separação ou conexão - como faz Alexy - seja mais promissor perguntar pelo tipo de conexão que o positivismo estabelece entre direito e moral.

⁴ Veja-se a seguinte afirmação de Kelsen: “contudo, nenhuma das numerosas teorias do Direito natural conseguiu até agora definir o conteúdo dessa ordem justa de um modo que pelo menos se aproximasse da exatidão e objetividade com que a ciência natural pode determinar o conteúdo de leis da natureza ou a ciência jurídica, o conceito de uma ordem jurídica. Aquilo que até agora tem sido proposto como Direito natural ou, o que redonda no mesmo, como justiça, consiste, em sua maior parte, em fórmulas vazias, como *suum cuique*, ‘a cada um o seu’, ou tautologias sem sentido como o imperativo categórico, ou seja, a doutrina de Kant de que os atos de alguém devem ser determinados somente por princípios que se queiram obrigatórios para todos os homens [...] Na verdade, a resposta ao que é o seu de cada um, a qual é o conteúdo dos princípios gerais obrigatórios a todos os homens, ao que é certo e o que é errado - a resposta a todas essas perguntas deve, supostamente, ser dada pelo Direito positivo. Consequentemente, todas essas fórmulas de justiça têm o efeito de justificar qualquer ordem jurídica positiva. Elas permitem que qualquer ordem jurídica positiva desejada tenha a aparência de justa. Quando as normas a que se atribui o caráter de ‘lei da natureza’ ou justiça têm um conteúdo definido, elas surgem como princípios mais ou menos generalizados de um Direito positivo definido, princípios que, sem razão suficiente, são propostos como absolutamente válidos pelo fato de serem declarados como sendo leis naturais ou justas” [KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 14-5].

⁵ Nesse sentido, Kant sustenta que “a doutrina do direito e a doutrina da virtude, se distinguem, então, bem menos por deveres diferentes que pela diferença de legislação que associa à lei um móbil antes que um outro” [AA VI 220].

Ademais, ele faz afirmações como as seguintes: (a) “o conceito do direito, enquanto relacionado a uma obrigação correspondente (i. e., seu conceito moral), diz respeito [...]” [AA VI 230]; (b) “o direito como *faculdade* (moral) de obrigar outros, i. e., como um fundamento legal para os últimos (*titulum*), tem por divisão superior aquela entre direito *inato e adquirido*” [AA VI 237]. Guido de Almeida chega a sustentar que para Kant as leis jurídicas são uma subclasse das leis morais [ALMEIDA, Guido Antônio de. Sobre o princípio e a lei universal do Direito em Kant. *Kriterion*. N. 114, 2006, p. 209-222. *Passin*]. No mesmo diapasão Heck conclui: “deveres de direito não passam, para Kant, de uma subclasse da categoria dos deveres morais” [HECK, José N. *Direito e moral: duas lições sobre Kant*. Goiânia: EDUFG/EDUCG, 2000, p. 61].

⁶ Uma afirmação como essa, certamente, tem que levar em consideração outras afirmações do texto, como a seguinte: “a compreensão discursiva do sistema dos direitos conduz o olhar para dois lados: de um lado a carga da legitimação da normatização jurídica das qualificações dos cidadãos desloca-se para os procedimentos da formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente. De outro lado, a juridificação da liberdade comunicativa significa também que o direito é levado a explorar fontes de legitimidade das quais ele não pode dispor” [TrFG1 p. 168 [FG p. 165].

⁷ A proposta principialista não pode ser considerada uma alternativa consensualmente aceita. Embora o seu empreendimento consista em uma tentativa de síntese de teorias morais existentes, absolutamente há consenso sobre como tais princípios devem ser aplicados no caso concreto e muito menos sobre qual dos princípios deve ter prioridade. Por exemplo, no caso do aborto, deve ter prioridade o princípio da autonomia ou o princípio da não maleficência? Um militante *pro-life* defenderia este, ao passo eu um militante *pro-choice* defenderia o segundo. Sobre o principialismo ver BEAUCHAMP, Tom L., CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. 5. ed., Oxford: Oxford University Press, 2001.

⁸ Ver a esse respeito VOLPATO DUTRA, Delamar José; LOIS, C. C. Modelos de moralização do direito: um estudo a partir de Habermas. *Seqüência*. V. 55, 2007, p. 233-252.

⁹ KETTNER, Matthias. The Disappearance of Discourse Ethics in Habermas’s *Between Facts and Norms*. IN BAYNES, Kenneth, SCHOMBERG, René von. *Essays on Habermas’s “Between Facts and Norms”*. Albany: SUNY, 2002, p. 201-218. “A ética discursiva encontra-se *tout court* substituída pela democracia” [HECK, José N. Razão prática: uma questão de palavras? A controvérsia Habermas/Kant sobre moral e direito. *Kant e-prints*. Campinas: Série 2, v. 1, n.1, 2006, p. 19-30].

¹⁰ TrFG2 p. 313-4 [FG p. 668]. Posfácio.

¹¹ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 422-3, 429.

¹² HABERMAS, Jürgen. Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law. *Cardozo Law Review*. V. 17, 1995-1996, p. 1505.

¹³ HABERMAS, Jürgen. Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law. *Cardozo Law Review*. V. 17, 1995-1996, p. 1505.

¹⁴ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 429.

¹⁵ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 427.

¹⁶ No entanto, parece relevante para outras questões, como nos casos analisados por Ely, e.g., discriminação contra homossexuais, escravidão [ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980].

¹⁷ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, s/d, p. 19. “Qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma” [WEBER, Max. *Os três tipos puros de dominação legítima*. [Coleção grandes cientistas sociais n. 13. WEBER, Max. *Sociologia*]. 5. ed., São Paulo: Ática, 1991, p. 128]

¹⁸ Ver a esse respeito VOLPATO DUTRA, Delamar José. Dos fundamentos da ética discursiva: a questão dos argumentos transcendentais em Habermas. *Kriterion*. V. XL, no. 99, 1999, p. 80-131.

¹⁹ O princípio de universalização não especifica o tipo de norma, mas um tipo de argumento [FG p. 676-7].

²⁰ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 165.

²¹ TrFG1 p. 84 [FG p. 80]. Habermas insiste nesse ponto em sua tréplica a Rawls em “*Vernünftig*” versus “*wahr*”, ao sustentar que a justiça política se sustenta sobre seus próprios fundamentos morais [HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, p. 123]. A afirmação de Habermas concernente ao conteúdo moral das questões de justiça poderia ser questionada sob o argumento que Rawls pretende oferecer uma teoria da justiça e não uma teoria moral.

²² TrFG1 p. 142 [FG p. 138].

²³ TrFG1 p. 142 [FG p. 138].

²⁴ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 427.

²⁵ LAFONT, Cristina. Moral Objectivity and Reasonable Agreement: Can Realism Be Reconciled with Kantian

Constructivism? *Ratio Juris*. Vol. 17, No. 1, March 2004, p. 27–51.

²⁶ FG p. 676. Nachwort.

²⁷ TrFG2 p. 273 [FG p. 626].

²⁸ HABERMAS, Jürgen. Wie ist Legitimität durch Legalität möglich? *Kritische Justiz*. V. 20, N. 1, 1987, p. 1-16.

²⁹ FG p. 111.

³⁰ “Communicative freedom, in turns, refers, in its most fundamental sense, to this capacity of persons to take a yes/no position with respect to the claims raised in an utterance or action and even, in its limit case, to their capacity to withdraw from the space of reasons altogether” BAYNES, Kenneth. Freedom and Recognition in Hegel and Habermas. *Philosophy & Social Criticism*. V. 28, N. 1, 2002, p. 9.

³¹ TrFG1 p. 115 [FG p. 110].

³² HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 108; HABERMAS, Jürgen. *Zwischen Naturalismus und Religion: Philosophische Aufsätze*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2005, p. 100. “Porquanto os co-legisladores devem assumir seus direitos de comunicação e de participação de modo ativo, não somente no sentido bem-entendido do interesse próprio, mas também orientados pelo comum. Isso exige uma taxa elevada de motivação que não pode ser imposta legalmente” [HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 119; HABERMAS, Jürgen. *Zwischen Naturalismus und Religion: Philosophische Aufsätze*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2005, p. 111].

Referências

- ALEXY, R. *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*. Oxford: Clarendon, 2002.
- ALMEIDA, G. A. de. Sobre o princípio e a lei universal do Direito em Kant. In.: *Kriterion*. N. 114, 2006, p. 209-222.
- APEL, K.-O.; OLIVEIRA, M. A. de; MOREIRA, L. *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004, p. 201-321.
- _____. *Auseinandersetzungen in Erprobung des transzendentalpragmatischen Ansatzes*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- _____. *O a priori da comunidade de comunicação e os fundamentos da ética: o problema de uma fundamentação racional da ética na era da ciência*. In.: APEL, Karl-Otto. *Estudos de moral moderna*. Petrópolis: Vozes, 1994.
- _____. Regarding the relationship of morality, law and democracy: on Habermas's *Philosophy of Law* (1992) from a transcendental-pragmatic point of view. In.: ABOULAFIA, M.; BOOKMAN, M.; KEMP, C. *Habermas and Pragmatism*. Routledge: London, New York, 2002.
- AUSTIN, J. *Lectures on Jurisprudence*. [V. I]. Glashütten im Taunus: Auvermann, 1972 [1. ed., 1863].
- BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. *Principles of Biomedical Ethics*. 5. ed., Oxford: Oxford University Press, 2001.
- DIAS, M. C. O que pode a ética na política: considerações acerca do conceito de democracia. In.: HECK, José Nicolau, BRITO, Adriano Naves de. *Ética e política*. Goiânia: Ed. da UFG, 1997.
- DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1977.
- ELY, J. H. *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- HABERMAS, J. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. (Trad. W. Rehg: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats). Cambridge: Polity Press, 1996.
- _____. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des Kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984.
- _____. *Consciência moral e agir comunicativo*. (Trad. Guido A. de Almeida: Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- _____. *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt am

Main: Suhrkamp, 1997.

_____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade.* [v. I e II]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

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

_____. Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law. *Cardozo Law Review.* V. 17, 1995-1996.

_____. *Teoria y práxis.* Madrid: Tecnos, 1987.

_____. *Theorie des kommunikativen Handelns.* (Band I). Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981.

_____. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des Kommunikativen Handelns.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984.

_____. Wie ist Legitimität durch Legalität möglich? *Kritische Justiz.* V. 20, N. 1, 1987, p. 1-16.

_____. *Zwischen Naturalismus und Religion: Philosophische Aufsätze.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2005.

HECK, J. N. *Direito e moral: duas lições sobre Kant.* Goiânia: EDUFG/EDUCG, 2000.

_____. Razão prática: uma questão de palavras? A controvérsia Habermas/Kant sobre moral e direito. In.: *Kant e-prints.* Campinas: Série 2, v. 1, n.1, 2006, p. 19-30.

KANT, I. *Kants Werk: Akademie Textausgabe.* Berlin, New York: Gruyter, 1967-1968.

KELSEN, H. *Teoria geral do direito e do Estado.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do direito.* [J. B. Machado: Reine Rechtslehre]. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KETTNER, M. The Disappearance of Discourse Ethics in Habermas's *Between Facts and Norms.* In.: BAYNES, K.; SCHOMBERG, R. von. *Essays on Habermas's "Between Facts and Norms".* Albany: SUNY, 2002, p. 201-218.

LAFONT, C. Moral Objectivity and Reasonable Agreement: Can Realism Be Reconciled with Kantian Constructivism? In.: *Ratio Juris.* Vol. 17, No. 1, March 2004, p. 27-51.

LUHMANN, N. *Sociologia do direito I.* [G. Bayer: Rechtssoziologie 1]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MUGUERZA, J. Prólogo. In.: VELASCO ARROYO, J. C. *La teoría discursiva del derecho: sistema jurídico y democracia em Habermas.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

NOBRE, M. A idéia da teoria crítica. In.: MÜLLER, M. C.; CENCI, E. M. *Ética, política e linguagem: confluências.* Londrina: CEFIL, 2004.

NOBRE, M. *A Teoria Crítica.* Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 57-8.

RAWLS, J. *A Theory of Justice.* [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. *Justiça como equidade: uma reformulação.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Political Liberalism.* New York: Columbia University Press, 1996.

REGH, W. Translator's Introduction. In: HABERMAS, J. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy.* (Trad. W. Rehg: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats). Cambridge: Polity Press, 1996.

VOLPATO DUTRA, D. J. Dos fundamentos da ética discursiva: a questão dos argumentos transcendentais em Habermas. In.: *Kriterion.* V. XL, no. 99, 1999, p. 80-131.

_____. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana.* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

_____. O acesso comunicativo ao ponto de vista moral. *Síntese Nova Fase.* V. 25, n. 83, 1998, p. 509-526.

VOLPATO DUTRA, D. J.; LOIS, C. C. Modelos de moralização do direito: um estudo a partir de Habermas. In.: *Seqüência.* V. 55, 2007, p. 233-252.

WEBER, M. *Os três tipos puros de dominação legítima.* [Coleção grandes cientistas sociais n. 13. _____. Sociologia]. 5. ed., São Paulo: Ática, 1991.

_____. *Os três tipos puros de dominação legítima.* [Coleção grandes cientistas sociais n. 13. _____. Sociologia]. 5. ed., São Paulo: Ática, 1991.

_____. *Wirtschaft und Gesellschaft.* Tübingen: Mohr, s/d.

WOOD, A. W. *Kant.* Oxford: Blackwell, 2005.