

Modelos de moralização do direito: um estudo a partir de Jürgen Habermas

Cecília Caballero Lois*
Delamar José Volpato Dutra**

Sumário: Introdução; 1. A conexão entre a moral e a definição do direito; 2. Modelos de moralização do direito; 3. O modelo das *Tanner Lectures*; 4. O modelo explícito e o implícito de moralização do direito de Facticidade e Validade; Considerações finais; Referências.

Resumo: O texto procura demonstrar a conexão feita pela filosofia do direito entre a definição do que é o direito com determinações normativas morais. Analisa, ademais, as implicações de tal conexão sobre o estatuto dos comandos legais sob o ponto de vista da atribuição ou não do caráter jurídico aos mesmos. Por fim, apresenta modelos alternativos de como estabelecer a conexão entre direito e moral de tal forma que a autonomia de ambos seja respeitada.

Abstract: This paper aims to describe the connexion of the jurisprudence concerning the concept of law and normative moral standards. It analyzes, also, the consequences of this connection in the legal status, starting from the juridical character of them. Finally, it presents alternative models to establish the connection between law and moral that their autonomy ought be respected.

Palavras-chave: Direito; Moral; Jürgen Habermas.

Keywords: Law; Moral; Jürgen Habermas.

Introdução

Ainda que possa ser considerado recente no Brasil,¹ pois se refere essencialmente ao período posterior à promulgação da Constituição de 1988 e ao ingresso dos

* Professora dos cursos de Graduação e Pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Ministra as disciplinas Teoria Constitucional e Filosofia do Direito (graduação) e Fundamentos do Direito Constitucional e Teorias da Justiça (mestrado e doutorado).

** Professor dos cursos de Graduação e Pós-graduação de filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina. Professor participante do curso de mestrado em direito da UFSC. Pesquisador do CNPq.

¹ O debate acerca do impacto causado pelo aparecimento de preceitos morais no direito aparece pela primeira vez na Alemanha, no período entre guerras com a chamada Constituição de Weimar. Este, porém, irá ganhar força no final da década de 1960 com a reestruturação democrática, posterior à queda do regime nazista, chegando ao Brasil, contudo, somente após a promulgação da Constituição de 1988.

chamados *princípios constitucionais*² no ordenamento jurídico brasileiro, o debate em torno ao impacto causado pela abertura do direito à moral (supostamente contida nos princípios constitucionais) e às demandas dela decorrentes ganharam força e profundidade nos últimos vinte anos e fizeram da seara constitucional uma disputa por vezes amigável, por outras nem tanto, daquilo que representaria o fim do positivismo jurídico.

Os princípios constitucionais,³ em sua grande maioria, têm a função de albergar as demandas políticas e sociais que se fazem presentes dentro de determinado período histórico. Trata-se, sem dúvida, de demandas de caráter moral que assumem a forma de direitos fundamentais positivados, mas que são, por isso mesmo, indeterminados em seu sentido específico (tanto no seu conteúdo individual quanto na sua inserção no sistema constitucional). Esta seria, contudo, a grande novidade do constitucionalismo moderno: o reconhecimento da estreita relação que atualmente encontra-se entre o direito e a moral e, principalmente, a impossibilidade de pensar um desvinculado do outro. Tal constatação afasta definitivamente o positivismo do século XIX e coloca o debate em areias movediças.

Vários motivos justificam tal assertiva. O primeiro deles é a falta de uma moral comum ou objetiva que impede a determinação de um sentido unívoco ou universal para determinado princípio, deixando para as impressões subjetivas a determinação de seu conteúdo. O segundo, e talvez o mais relevante, aparece quando se vislumbra o novo papel que a jurisdição constitucional vem exercendo na contemporaneidade. Com efeito, espectro extremamente alargado, onde um juiz ou

² O debate contemporâneo tem início com Dworkin, no artigo *The Model of Rules*, publicado em 1967, e posteriormente incorporado como capítulo na obra *Takin Rights Seriously*, onde o autor tenta impugnar o que ele denominou como a versão forte do positivismo legal, ou seja, a doutrina do direito de H.L. A. Hart. Para Dworkin, esta doutrina é incapaz de explicar que em uma teoria do direito existam normas diferentes das regras, ou seja, princípios. Isso, por conseqüência, impede a compreensão de questões importantes de casos considerados difíceis. Ver DWORKIN, Ronald. **Takin Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University, 1977. Tradução portuguesa: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Cfme. FERRI, Caroline. O problema da hermenêutica dos direitos fundamentais e a obtenção de respostas racionalmente fundamentadas sobre questões constitucionais. In: ALEXY, Robert. **I Seminário de Filosofia Política e Constitucional**. CPGD/UFSC, Santa Catarina: inédito 2005.

³ Ainda sobre princípios é importante ressaltar que embora tenha sido com Dworkin que tenha iniciado as reflexões acerca das demandas por certa racionalidade na sua aplicação, é com Robert Alexy que o debate se torna mais conhecido no Brasil. Para este autor, a especificação de um sistema que envolva os princípios se mostra necessária em razão da possibilidade de um fenômeno bastante peculiar e comum na relação existente entre os direitos individuais e os bens coletivos, ou seja, as eventuais colisões de interesses entre eles. Cfme. FERRI, Caroline. O problema da hermenêutica dos direitos fundamentais e a obtenção de respostas racionalmente fundamentadas sobre questões constitucionais. In: ALEXY, Robert. **I Seminário de Filosofia Política e Constitucional**. CPGD/UFSC, Santa Catarina: inédito, 2005.

uma corte são chamados a decidir sobre direitos que envolvem dilemas morais potencializa o grau de discricionariedade, pois acabam por autorizar decisões que fazem uso de suas convicções pessoais. Assim, a segurança jurídica — pautada pela confiabilidade do sistema como um todo — ficaria confiada unicamente à consciência moral do juiz ou da corte constitucional.

Contudo, se esta seria a causa mais imediata, é importante ressaltar que, ainda que a Constituição de 1988 tenha deflagrado o debate, é a crise do positivismo jurídico e os limites do modelo de ciência que lhe é correlata, a razão mais profunda para o rumo que tomou o debate. Sem dúvida, pode-se afirmar que o modelo estatal liberal; a legalidade estrita; a descrição como forma de conhecimento; e o formalismo interpretativista, características destacadas do positivismo teórico do século XIX, hoje não são mais sustentáveis passando-se a exigir assim uma transformação na forma de conhecer o direito, agora não mais através de um modelo descritivo,⁴ mas através de um modelo prescritivo ou até mesmo axiológico.

Em termos mais claros, pode-se dizer que o conhecimento do direito desloca-se da chamada teoria geral do direito para a filosofia do direito, justamente pela primeira estar impossibilitada de pensar as novas demandas do saber jurídico. A teoria geral do direito sempre buscou estabelecer-se como uma forma de saber científico, cuja maior preocupação foi a descrição do direito a partir do próprio direito, desconhecendo, por não ser objetiva, qualquer influência externa na construção da ciência jurídica. Dentre os juristas que se preocuparam em desenvolver tal projeto podem-se destacar, por um lado, Hans Kelsen e, por outro, Herbert Hart, se considerado o positivismo anglo-saxão.

Distintamente da teoria geral do direito, a filosofia vai preocupar-se com questões que envolvem aquilo que os juristas costumam denominar de fundamento último do direito, querendo referir-se aos problemas jurídicos fundamentais. Estes, por sua vez, seriam aqueles que tencionam o direito até o seu limite, levando-o a enfrentar os conflitos que envolvem (a ausência de) uma moralidade comum. Neste limiar, inclusive, pode-se afirmar que o próprio conceito de direito é redefinido pela filosofia. Isto porque, esta vai preocupar-se em construir um conceito de direito associado à idéia de justiça para dar conta das demandas decorrentes da necessidade de tratar racionalmente problemas morais.

⁴ O conhecimento teórico postula uma neutralidade (ou como diria Kelsen, pureza metodológica) que se pauta pela idéia de descrição em oposição à idéia de prescrição. Para atingir este ideal de pureza, a ciência não pode estar condicionada por valores, ideologias, política etc. ou, como diria Kelsen, “quer isto dizer que ela pretende liberar a ciência de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 17.

Neste contexto, vários autores podem ser tomados como referências para a compreensão do problema em tela. Como marco, tem-se Immanuel Kant que já se referiu à questão ainda no século XVIII, tal como o leitor poderá perceber já no começo deste artigo. Porém foi, sem dúvida, John Rawls quem, contemporaneamente, formulou em termos racionais uma teoria que buscava oferecer uma concepção de justiça adequada aos problemas atuais. A Rawls se seguiram Ronald Dworkin, Robert Alexy, J. H. Ely e Jürgen Habermas, entre outros, sempre preocupados em analisar esta complexa relação. Este artigo, contudo, sem desconhecer a importância de todos aqueles que se dedicaram ao tema, irá focar-se no filósofo alemão Jürgen Habermas e somente, subsidiariamente, naqueles que se fazem necessários analisar para compreender de que forma vincula-se racionalmente direito e moral.

Para atingir seus objetivos o artigo inicia estabelecendo a conexão necessária existente entre o direito e a moral e, especialmente, como esta última contribui para a redefinição do conceito de direito. Logo após, procura demonstrar como esta vinculação transformou os horizontes do saber jurídico. Finalmente, preocupa-se em apresentar aquilo que seriam os modelos de moralização do direito para Jürgen Habermas, explorando cada um destes modelos para, em momento derradeiro, apresentar os modelos explícitos e implícitos na FG⁵ e analisar qual a relação entre direito e moral é a mais apropriada para auxiliar na tarefa de determinação e aplicação do direito.

1 A conexão entre a moral e a definição do direito

Se for correta a afirmação de que uma das principais tarefas da Filosofia do Direito é, (re)definir o que é o direito:⁶ “*a principal task of the legal philosopher was do attempt to understand the concept of law and explicate its essential features*”,⁷ parece imprescindível iniciar por referir-se à filosofia do direito elaborada pelo alemão Immanuel Kant, uma vez que é da sua tentativa de pensar a melhor interpretação para o problema que partem as principais respostas, em especial, as oferecidas pelo autor que este texto procura abordar, ou seja, as contribuições de Jürgen Habermas.

Para Kant, o que caracterizaria a *Filosofia do Direito* é o estudo do direito sob o ponto de vista da justiça. De fato, ele preceitua que “uma doutrina do direito

⁵ HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. n° 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

⁶ ALEXY, Robert. The Nature of Legal Philosophy. **Ratio Juris**. n° 2, 2004. p. 156-67. Vol. 17.

⁷ SCHAUER, Frederick. Is There a Concept of Law? *In*: GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz, STELMACH, Jerzy [eds.]. **Law and Legal Cultures in the 21st Century: Diversity and Unity: Plenary Lectures**. [23rd World IVR Congress, August 1-6, 2007, Cracow, Poland]. Warszawa: Wolters Kluwer, 2007. p. 17.

simplesmente empírica (como a cabeça de madeira na fábula de Fedro) é uma cabeça que talvez seja bela, mas, que pena!, não tem cérebro”.⁸ Ressalte-se que essa matriz, própria da disciplina, pode ser percebida já no início da *Doutrina do direito*.⁹ De fato, nos §A, B e C da *Introdução* a essa obra, Kant distingue lei [Gesetz] de direito [Recht].

Com efeito, a partir deste ponto ele pode diferenciar uma *doutrina do direito positivo* – ou seja, uma doutrina do direito cuja preocupação é a lei [Gesetz, ius] no sentido da lei positiva, – de uma doutrina do direito que tem por objeto o direito justo [Recht, iustum]. O especialista da primeira [*iurisconsultus*] seria o conhecedor do que “dizem ou disseram as leis [Gesetz] em um certo lugar e em um certo tempo” (*quid sit iuris*). O especialista da segunda seria o filósofo, visto que este buscaria o fundamento [Grundlage], ou seja, “o critério universal com que se pode conhecer em geral tanto o justo quanto o injusto (*ium et iniustum*)”.

Como se pode evidenciar há uma relação entre *ius* e *ium* que os termos latinos deixam perceber. Se pensarmos que *ius*, *Gesetz* seja, para além do direito positivo, “o conjunto das leis para as quais é possível uma legislação externa”, então, pode-se inferir que a relação entre *Gesetz/ius* e *Recht/ium*, é de gênero e espécie. Assim, Kant salvaguarda tanto a possibilidade de leis positivas que possam não ser justas, quanto a possibilidade de leis justas que possam não estar positivadas ainda. Uma e outras serão sempre *ius* no sentido mencionado neste parágrafo; no entanto, o importante para a Filosofia é a espécie *ium*, ou melhor, a busca de critérios universais para tal determinação.

Tal leitura, na esteira do kantismo, vai ao ponto de transformar as leis jurídicas em uma subclasse das leis morais,¹⁰ já que Kant fala mesmo de um conceito moral de direito¹¹ e do direito como faculdade moral de obrigar os outros.¹² Nas palavras

⁸ Ak VI 230. KANT. **Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre**. A tradução é de José N. Heck. “Eine bloss empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in Phädrus’ Fabel) ein Kopf, der schön sein mag, nur schade! dass er kein Gehirn hat”. [As referências a Kant serão feitas tomando como base a paginação da edição da academia, abreviada por Ak, seguidas do número do volume, em caracteres romanos, e da página, em caracteres arábicos. As citações literais serão feitas a partir das traduções para o vernáculo das referidas obras, indicadas na bibliografia, mas com o volume e a paginação da edição da academia].

⁹ Kant, Immanuel. **Doutrina do Direito**. São Paulo: Ícone, 1997. p. 27.

¹⁰ Guido de Almeida defende 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. *Passim*. Conferir no mesmo sentido: GUYER, Paul. Kant’s Deduction of the Principles of Right. In: TIMMONS, Mark [ed.]. **Kant’s Metaphysics of Morals: interpretative essays**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 23-64; HECK, José N. **Direito e moral: duas lições sobre Kant**. Goiânia: EDUFG/EDUCG, 2000.

¹¹ Ak VI 230.

¹² Ak VI 237.

de Heck, “Kant possui um conceito moral de direito e um princípio jusnaturalista de direito [...] O conceito moral de direito contém uma obrigatoriedade (*Verbindlichkeit*) comum à *Doutrina do direito* e à *Doutrina da virtude*”.¹³ Sendo assim, “a possibilidade de haver obrigações jurídicas se deve, em Kant, ao fato de haver uma efetiva obrigatoriedade moral”.¹⁴ De fato, Kant afirma lapidarmente: “nós só conhecemos nossa própria liberdade (de que procedem todas as leis morais, portanto também todos os direitos tanto quanto os deveres) através do *imperativo moral*, que é uma proposição que ordena um dever, a partir do qual pode ser desenvolvida posteriormente a faculdade de obrigar os outros, i. e., o conceito do direito”.¹⁵

Assim, não há como negar que em vários filósofos da tradição iluminista, por exemplo, a moral tenha uma relação complementar ao direito. No entanto, será que tal relação necessária à legitimidade jurídica implica que as normas jurídicas legítimas sejam uma subclasse das leis morais? Uma questão como essa sugere não estar esclarecida adequadamente a relação entre moral e direito. Para tanto, seria necessário retomar, rapidamente, a antiga oposição entre jusnaturalismo e positivismo.

Com efeito, o chamado jusnaturalismo, pese não acalantar a existência de uma moral comum, visto que são vários os *jusnaturalismos*,¹⁶ tem como principal característica a sujeição do direito positivo ao direito natural, sendo este último, inclusive, a fonte de validade do primeiro. Este traço próprio, que exige que o direito seja governado por valores supremos para a obtenção da sua legitimidade, implica no desprezo da força como seu traço distintivo e na preexistência da moralidade como fundamentação última do direito. Deve-se ter claro, portanto, que somente assim, é possível entender as normas jurídicas como subclasse das normas morais.

Pode-se inferir, destarte, do exposto anterior, que uma forma de entender o positivismo é pela tese oposta, ou seja, aquela que assevera a necessária separação entre o direito e a moral: “*a positivist is someone who subscribes to one or another of a certain family of believes about the conceptual separation of, primarily, law and morality*”.¹⁷ Exemplo de tal posição pode-se encontrar na

¹³ HECK, José N. **Direito e moral**: duas lições sobre Kant. Goiânia: EDUFG/EDUCG, 2000. p. 24.

¹⁴ *Ibidem*, p. 25.

¹⁵ Ak VI 239.

¹⁶ De fato, devido às inúmeras possibilidades que existem de interpretar a relação direito/natureza torna-se difícil falar em um jusnaturalismo por excelência. Contudo, somente a presença de traços comuns a todas essas interpretações é que possibilita pensar-se numa escola de direito natural.

¹⁷ SCHAUER, Frederick. Is There a Concept of Law? In: GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz, STELMACH, Jerzy [eds.]. **Law and Legal Cultures in the 21st Century**: Diversity and Unity: Plenary Lectures. [23rd World IVR Congress, August 1-6, 2007, Cracow, Poland]. Warszawa: Wolters Kluwer, 2007, p. 34. Alexy também partilha da mesma opinião: ALEXY, Robert. **The Argument from Injustice**. A Reply to Legal Positivism. [B. L. Paulson and S. L. Paulson: Begriff und Geltung des Rechts]. Oxford: Clarendon Press, 2002.

filosofia do direito de Kelsen e Hart, dois dos mais conhecidos positivistas do século XX.¹⁸

Para se exemplificar o modo como é possível definir o direito tendo em vista a sua necessária conexão com questões normativas pode-se mencionar o seguinte exemplo: um oficial ordena ao soldado que torture o prisioneiro.¹⁹ Com relação ao caráter jurídico da ordem acima podem ser mencionadas as seguintes alternativas:

- **O positivismo ideológico.** Para essa posição a ordem é perfeitamente jurídica, pois não há conflito ou vício que a ponha em questão, visto que o soldado deve cumprir a lei que ordena obedecer ao seu superior hierárquico. Hobbes poderia ser um representante de tal posição, pois para ele os atos emanados do soberano, além de serem comandos jurídicos válidos, são, por definição, justos;
- **O positivismo metodológico.** Para esse, a ordem é um comando legal válido, já que emitido por autoridade competente, mas é moralmente repugnante. Assim, ele admite a validade do comando como sendo jurídico, mas é capaz de perceber seu conflito com uma outra determinação normativa, embora não válida juridicamente, a saber, a moral, de tal forma que reconhece um conflito.
- **O moralismo.** Para essa posição, a ordem é extremamente injusta, logo, não é direito. Para essa posição não há qualquer conflito envolvido, pois os comandos extremamente injustos se despem de sua qualidade de comandos legais.

Deve-se ressaltar, entretanto, que se consideradas as três posições apresentadas é desta última que aparecem os principais problemas a serem enfrentados pela filosofia do direito contemporânea: *“but then we have the problem of measuring the degree of injustice. In view of the notorious discrepancies about the degree of injustice involved in such problems as abortion, death penalty or torture introducing the topic of degree of injustice only leads do uncertainty and confusion”*.²⁰ Assim, a pergunta que pode ser feita no presente contexto é por que se tende a recusar a primeira posição

¹⁸ Com efeito, ambos se embrenharam na procura por uma teoria do direito que esteja apta em complexidade epistemológica e que ao mesmo tempo se encontrasse comprometida com a consolidação do Estado Democrático de Direito. Porém, pese as diferenças entre eles, é notório que a tese central que marca as suas obras é uma tangente e profunda separação entre o direito e a moral, por esta última não ser passível de controle racional.

¹⁹ BULYGIN, Eugenio. Normative Positivism vs The Theory of Legal Argumentation. In: GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz, STELMACH, Jerzy [eds.]. **Law and Legal Cultures in the 21st Century: Diversity and Unity: Plenary Lectures.** [23rd World IVR Congress, August 1-6, 2007, Cracow, Poland]. Warszawa: Wolters Kluwer, 2007, p. 226.

²⁰ *Ibidem*, p. 227.

de separar direito de moral e a conectar, de uma forma ou outra, a legitimidade do direito com a moral se tal fato acarreta tantas incertezas.

Pode-se responder que isso ocorre porque as proposições jurídicas portam, sob uma perspectiva interna do participante, como atos de fala que são,²¹ uma pretensão à correção normativa. Segundo Alexy, o conceito de direito tem três elementos: a emissão pela autoridade; a eficácia social; e a correção do conteúdo. O positivismo elimina do conceito a última dimensão²² e por isso mesmo o autor contesta que um sistema de normas que despreze a correção moral seja um sistema legal,²³ pois “a pretensão de correção [...] é necessariamente conectada ao ato de fazer uma constituição. O autor de uma constituição suscita uma contradição performativa se o conteúdo do seu ato de fazer a constituição negar a pretensão de justiça, mesmo que ele tenha a pretensão de agir para fazer a constituição”.²⁴ Pense-se, nesse sentido, na proposição *condeno o acusado à prisão perpétua, o que é errado*. Parece estar envolvido algo inaceitável em uma proposição como essa.

Ora, nesse diapasão, é evidente que as normas melhores justificadas ou os procedimentos melhores justificados são os morais, contudo, é evidente também que o direito pode e despreza tais normas e procedimentos. A questão que se coloca, então, é saber por que tal fato é possível. Isso ocorre porque a justiça, por concernir ao interesse de todos, tem um procedimento mais exigente do que o jurídico. Este último para atender a critérios de eficácia acaba por deliberar por maioria, podendo, portanto, suprimir alguns direitos. Já no caso da moral somente a unanimidade seria aceitável.

Para evitar que a deliberação por maioria venha a ferir direitos individuais ou pretensões morais universalizáveis é que autores preocupados com uma melhor justificação recorrem a vários argumentos importantes e bastante conhecidos na filosofia política contemporânea. Um bom exemplo, justamente por ser um divisor de águas, é John Rawls para quem somente a posição original²⁵ teria condições de

²¹ALEXY, Robert. *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*. [B. L. Paulson and S. L. Paulson: Begriff und Geltung des Rechts]. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 37.

²²*Ibidem*, p. 13.

²³*Ibidem*, p. 36.

²⁴*Ibidem*, p. 37-38.

²⁵ Devido à importância que possui a obra *Uma teoria da justiça* de John Rawls merece alguns comentários. Trata-se de uma obra passível de várias leituras, até mesmo contraditórias que, entretanto, impedem que se apontem algumas questões centrais para o seu entendimento. Talvez o principal deles seja mesmo a *posição original*, que na obra do autor representa uma situação artificial, hipotética, construída com o objetivo procedimental de proporcionar uma eleição racional na escolha de princípios de justiça. Rawls assim descreve: é noção intuitiva que sugere sua própria elaboração, de modo que, conduzidos por ela, somos levados a definir mais claramente o ponto de vista a partir do qual podemos melhor interpretar as condutas morais da forma mais adequada. Cfr. RAWLS, John. **A Theory of Justice**. rev. ed. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 104, 118, 120, 233.

fundamentar normas morais, pois somente ela garantiria a unanimidade, já as diferenças não são conhecidas e todos são igualmente racionais.²⁶

Do que foi dito até aqui, parece claro que a relação entre moral e direito é essencial para a filosofia do direito. De fato, se, tal como afirma o positivismo, a coação é uma propriedade central do direito, a correção é uma outra propriedade que não pode ser deixada de lado. Pode-se mesmo afirmar que a filosofia do direito é dependente da atribuição ou não atribuição de tal propriedade ao direito. Se ela não for atribuída, seja de que forma isso for feito, a filosofia do direito terá pouco a dizer em relação a esse objeto de estudo.

2 Modelos de moralização do direito

Aceita a tese da conexão entre direito e moral acima exposta, resta a questão de como relacionar adequadamente os dois predicados. Para tanto, recorrer-se-á a análise de Jürgen Habermas sobre o assunto. De fato, tal problemática encontra um tratamento privilegiado na obra do autor e suas preocupações podem ser assim resumidas: “uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais.”²⁷ Contudo, deve-se perceber que o autor recusa fortemente que a justificação do direito seja simplesmente subordinada à justificação moral: “entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas”.²⁸ Tem-se, então, em Habermas, um excelente campo para explorar a relação direito/moral.

Antes, contudo, há que se esclarecer que em relação ao tratamento da questão feito por Habermas há quem o acuse de encapsular a moral no direito,²⁹ como há quem sustente que a ética desapareceu do empreendimento de facticidade e validade³⁰ ou que “a ética discursiva encontra-se *tout court* substituída pela demo-

²⁶ Cfme. LOIS, Cecilia Caballero. **Justiça e Democracia**: entre o universalismo e o comunitarismo. São Paulo: Landy, 2005.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 140-1. Vol. 1. “Denn eine Rechtsordnung kann nur legitim sein, wenn sie moralischen Grundsätzen nicht widerspricht. Dem positiven Recht bleibt, über die Legitimitätskomponente der Rechtsgeltung, ein Bezug zur Moral eingeschrieben”. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats** n° 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 137.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ MUGUERZA, Javier. Prólogo. In: VELASCO ARROYO, Juan Carlos. **La teoría discursiva del derecho**: sistema jurídico y democracia em Habermas. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. XII.

³⁰ 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.

cracia”.³¹ Seja como for, o ponto está em que, por um lado, o direito não pode contrariar a moral, e, por outro lado, não pode ser subordinado no sentido de a moral ser hierarquicamente superior. A partir das posições do autor sobre a matéria pode-se, então, construir ao menos três modelos explicativos da relação entre direito e moral:

- Modelo 1: A moral suplementaria a legitimidade do direito no quesito processo. Segundo esse modelo, o procedimento moral incidiria 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;
- Modelo 2: 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 positivação;
- Modelo 3: Os procedimentos separados 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 desenvolve.

Independente, portanto do modelo em tela, é claro que a questão de como relacionar direito e moral é recorrente e fundamental no empreendimento filosófico de Habermas. A importância de conhecer os três modelos (em seus limites e possibilidades) estaria, então, nas potencialidades que cada um deles oferece no que toca ao trato racional desta difícil relação. Ou seja, não se trataria apenas de verificar que modelo é mais bem descrito, mas qual modelo possibilita a solução mais adequada de determinados problemas na interpretação e aplicação do direito que é a todo o momento atravessado pela moral.

De fato, já no prefácio de FG, comentando os capítulos III e IV da obra mencionada, Habermas afirma: “convém notar, todavia, que atualmente eu não determi-

³¹ HECK, José N. Razão prática: uma questão de palavras? A controvérsia Habermas/Kant sobre moral e direito. *Kant e-prints*. nº 1. Campinas: Série 2, 2006. p. 19-30. Vol. 1.

no mais a relação complementar entre moral e direito seguindo a linha traçada nas Tanner Lectures”.³² No contexto desta citação, ele dá uma indicação indireta do conteúdo da passagem na nota 4 que ele opõe à mencionada alusão. Ele diz que Apel seguiu um acesso por demais normativista.³³ Que tal afirmação seja importante se mostra, por exemplo, pela reação de Apel a ela, que o levou a escrever mais de cem páginas sobre o assunto em *Auseinandersetzungen in Erprobung des transzendentalpragmatischen Ansatzes*,³⁴ 1998.

Assim, o esclarecimento do papel da moral na racionalidade do direito parte da necessidade de elucidar a mudança operada das *Tanner Lectures* para FG. 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.

A matéria é mesmo problemática, pois, se dermos crédito ao que é explicitamente tratado por Habermas em FG, parece que ele dispensa a moral de qualquer relação com a normatividade jurídica que agora ganha fórum de independência, sendo que o direito passa a ser requisitado como uma espécie de guardião da moral, dado seu caráter coativo: “quando não se identifica mais a pretensão de legitimidade das normas do direito, ou seja, a sua ‘justeza’, com a pretensão à justiça moral, é possível deixar aberta a questão subsequente da fundamentação *moral* do direito enquanto tal”;³⁵ ou seja, “a filosofia *não necessita* de argumentos morais para demonstrar que é recomendável organizar nossa convivência com os meios do di-

³²HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 10. Vol. 1. “Allerdings gelange ich jetzt zu einer anderen Bestimmung des komplementären Verhältnisses von Moral und Recht als noch in den Tanner Lectures”. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. n.º 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 10.

³³ “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. n.º 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 10.

³⁴APEL, Karl-Otto. **Auseinandersetzungen in Erprobung des transzendentalpragmatischen Ansatzes**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998. Tal problema se encontra no cap. 13 do referido texto, cujo título é “Auflösung der Diskursethik? Zur Architektonik der Diskursdifferenzierung in Habermas’ *Faktizität und Geltung*. Dritter, transzendentalpragmatisch orientierter Versuch, mit Habermas gegen Habermas zu denken”. Este capítulo foi traduzido por Luiz Moreira e publicado no livro APEL, Karl-Otto, OLIVEIRA, Manfredo Araújo de, MOREIRA, Luiz. **Com Habermas, contra Habermas**: direito, discurso e democracia. São Paulo: Landy, 2004, p. 201-321.

³⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 322, Posfácio. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 677.

reito [...] pois bastam argumentos funcionais”,³⁶ sendo tal formulação válida mesmo para estabelecer com segurança condições morais de respeito mútuo. No entanto, não fica claro se, assim, uma possível justificação do direito ocorreria tão-somente na medida em que ele complementasse os *déficits* da moral como sistema de ação, tal como explicitado pela tese da complementaridade, ou se ele realmente ganha autonomia normativa.

Ora, não parece ser o caso que ele tenha sua normatividade subordinada à moral, visto que Habermas recusa um caráter subalterno da normatividade jurídica em relação à moral, nem parece ser o caso que a autonomia normativa vá ao ponto de não portar mais qualquer conexão com a moral. Portanto, a mencionada nota 4 assinala um outro modo de compreensão.

3 O modelo das *Tanner Lectures*

Interessantemente, no contexto das *Tanner Lectures*, ele defenderá – contra Weber – a tese de que a legitimidade não resulta das características formais do direito, a saber, (a) o seu caráter sistemático; (b) o seu caráter abstrato e geral e (c) a segurança³⁷ e, sim, “de implicações morais, que podem ser inferidas dessas características”.³⁸ No texto, ele faz uma minuciosa análise dos caracteres do direito que Weber considerara formais, para desmascará-los na sua natureza verdadeiramente moral. Uma acusação, aliás, que Rawls parece endereçar ao Habermas de FG.³⁹

Portanto, as qualidades formais do direito só poderiam garantir a legitimidade “na medida em que se tivessem comprovado como ‘racionais’ em um sentido prático moral”.⁴⁰ Habermas acusa Weber de não ter reconhecido isso devido ao seu

³⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 322. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 677. Posfácio.

³⁷ WEBER, Max. **Wirtschaft und Gesellschaft**. Tübingen: Mohr, s.d. p. 504.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 198. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 547.

³⁹ “I see my reply as a defense of liberalism since any liberal view must be substantive, and it is correct in being so. Moreover, I do not see why Habermas’s view is not also substantive, even though the substantive elements may differ”. RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1996. p. 421. Por “substância” Rawls entende no presente contexto, valores morais como a imparcialidade, como se verá adiante.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 200-201. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. uflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 549.

ceticismo moral, o qual militava contra uma moral substantiva que fosse válida universalmente. No entanto, avalia Habermas, ele não levou a sério a possibilidade de uma moral cognitivista, embora formalmente considerada. Dito claramente, nas *Tanner Lectures*, “a legitimidade da legalidade não pode ser explicada a partir de uma racionalidade autônoma inserida na forma jurídica isenta de moral; ela resulta, ao invés disso, de uma relação interna entre direito e moral”.⁴¹

Ele propõe mesmo uma fusão, um entrelaçamento [Verschränkung] de procedimentos: “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. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à própria racionalidade procedimental”.⁴² Portanto, nas *Tanner Lectures*, a moral, despidida de conteúdo e sublimada em procedimento, pode controlar o direito e vice-versa.⁴³ Mesmo que o direito domestique as argumentações morais pelo estabelecimento de competências, prazos, critérios, tal arquitetura não atinge a própria lógica da argumentação moral, visto que a própria racionalidade jurídica é analisada e compreendida em termos morais, ainda que processuais.

Habermas propõe claramente o padrão de um processo moral de argumentação como critério para avaliar os procedimentos jurídicos.⁴⁴ Nesse sentido, a racionalidade formal do direito se torna dependente da moral⁴⁵, sem que tal remoralização do direito destrua as suas qualidades formais, pois a moral é entendida em um sentido mais abstrato, qual seja, como procedimento.⁴⁶ Desse modo, é possível “extrair do próprio processo de legislação democrática o ponto de vista moral da imparcialidade”.⁴⁷ Tal possibilidade depende, claro, do modo como se in-

⁴¹ *Ibidem*, p. 202. *Ibidem*, p. 550.

⁴² *Ibidem*, p. 203. *Ibidem*, p. 552.

⁴³ “De sorte que o direito [Verfahrensrecht] e a moral procedimentalizada podem controlar-se mutuamente”. *Ibidem*, p. 218. *Ibidem*, p. 568.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 570.

⁴⁵ “A legitimidade da legalidade não pode ser explicada a partir de uma racionalidade autônoma inserida na forma jurídica isenta de moral; ela resulta, ao invés disso, de uma relação interna entre direito e moral”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 202. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 550.

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 571.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 244. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 596.

terpreta a universalidade. Ela pode significar ou a lei geral e abstrata ou a universalidade processual que se diz no modo da aceitação por muitos ou por todos.⁴⁸

No último sentido, a moralidade opera dentro do processo legislativo no sentido de submetê-lo ao princípio de universalização e, portanto, ao ponto de vista moral que se deve obedecer ao justificar normas.⁴⁹ A racionalidade processual incorporada pelo direito, a saber, aquela de caráter moral, é a única que pode garantir a legitimidade em um mundo pluralista.

4 O modelo explícito e o implícito de moralização do direito de Facticidade e Validade

O que muda em FG não é que a moral deixa 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 moral⁵⁰ ou a reduz a uma posição contingente,⁵¹ e o caminho que subsume o direito

⁴⁸ Ver a esse respeito VOLPATO DUTRA, Delamar José. **Kant e Habermas**: a reformulação discursiva da moral kantiana. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 597. Ver a esse respeito VOLPATO DUTRA, Delamar José. O acesso comunicativo ao ponto de vista moral. **Síntese Nova Fase**. n° 83, 1998. p. 509-526. Vol. 25.

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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 redunda 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

como subclasse da moral, Habermas segue uma terceira via, de um modo na *Tanner Lectures* e de outro em FG, mas, em ambos, conferindo um papel à moral.

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 – esta é a hipótese –, de tal forma que a moral ainda possa 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 e positivizar, os resultados advindos de tal procedimento. Nesse sentido, há que se averiguar 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 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 fraca,⁵² 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, deve-se destacar, 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 cir-

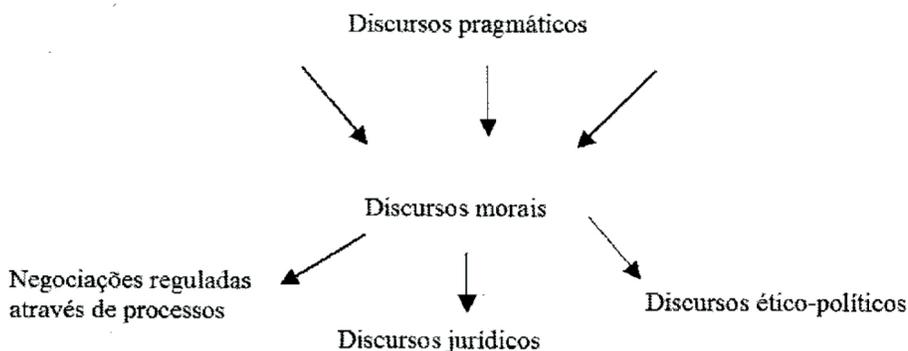
imperativo categórico, ou seja, a doutrina de Kant de que os atos de alguém devem ser determinados somente por princípios que se queiram obrigatórios para todos os homens [...] Na verdade, a resposta ao que é o seu de cada um, a qual é o conteúdo dos princípios gerais obrigatórios a todos os homens, 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”. ELSÉN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 14-15.

⁵² Ver a esse respeito VOLPATO DUTRA, Delamar José. Dos fundamentos da ética discursiva: a questão dos argumentos transcendentais em Habermas. **Kriterion**. nº 99, 1999. p. 80-131. Vol. XL.

cunstanciais 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 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.

Discursos pragmáticos

Uma terceira possibilidade de interpretação da conexão entre a ética discursiva e o direito pode ser vislumbrada no *modelo do processo da formação política racional da vontade* apresentado a seguir:⁵³



Nesse esquema, parece estar claro o papel de destaque que a moral desempenha, uma função mais importante seja do que o próprio Habermas parece explicitamente sustentar ao longo do texto, posto atribuir a ela apenas uma função negativa, seja do que os seus intérpretes o acusam. Pelo esquema apontado, todos os argumentos têm que passar pelo “filtro” do discurso moral. Ou seja, “para que o princípio do discurso seja levado em conta por todos sem exceção, é preciso supor a combinalidade [Vereinbarkeit] de todos os programas negociados ou obtidos discursivamente com aquilo que pode ser justificado moralmente”.⁵⁴ Mas, como operaria tal discurso? Ele só reteria o que com ele fosse incompatível, operando

⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 210. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 207.

⁵⁴ Ibidem, p. 209. Ibidem, p. 206-207.

negativamente? Ele faria exigências de positivação, já que Habermas fala de transferências segundo o mencionado esquema?⁵⁵

Cabe mencionar que o presente modelo sugere que uma matéria sobre a qual o legislador devesse se pronunciar, passaria, primeiro, pelo crivo dos discursos de negociação, pragmático e ético-político; em seguida passaria pelo crivo do discurso moral para, então, provada a sua compatibilidade com argumentos morais, adentrar no discurso jurídico. Segundo esse modelo haveria uma sucessão de procedimentos pelos quais as matérias carentes de juridicização deveriam passar, sendo um deles o moral, no qual apenas se avaliaria sua compatibilidade ou não com uma argumentação moral, sendo os argumentos decisivos para sua legitimação avançada pelos outros discursos.

O problema dessa hipótese é que ela só parece encontrar guarida na apresentação do próprio modelo, sendo que as demais menções à questão sugerem uma formulação mais substantiva que esta, nos moldes do modelo de nº 2. A dificuldade desse terceiro modelo é que a própria idéia de complementaridade explicitamente sustentada por Habermas no segundo modelo sugere uma relação entre direito e moral menos entrelaçada processualmente e mais mesclada funcionalmente, ainda que sob o ponto de vista do observador.⁵⁶

Considerações finais

O presente artigo teve o propósito de apresentar algumas reflexões sobre as relações estabelecidas entre direito e moral, especialmente na obra do filósofo alemão Jürgen Habermas. Tal tema tem uma importância chave na contemporaneidade, uma vez que, após o aparecimento das constituições do Estado democrático e social, as demandas morais se estabeleceram como demandas jurídicas. Os problemas decorrentes deste fato foram, então, elucidados no decorrer do trabalho.

Neste sentido, o artigo circulou, basicamente, a partir da seguinte pergunta inicial: como poderia surgir um sistema de direitos que tenha uma gênese normativa legítima, num mundo onde não é possível obter-se consensos morais unânimes? E mais, qual seria o critério para o exame da legitimidade de pretensões de validade normativa no âmbito do direito? A primeira resposta oferecida foi a necessidade de

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 207.

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 313. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Auflage Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 667-668. Posfácio.

recusa do positivismo legalista e a inclusão das reflexões materiais no âmbito do saber jurídico.

Logo a seguir, preocupou-se em refletir sobre as demandas lançadas pela obrigação de pensar o direito a partir dessas novas exigências conceituais. Assim, buscou-se demonstrar o deslocamento ocorrido na ciência do direito que deixou de preocupar-se prioritariamente com os problemas de descrição (notoriamente relativos à compreensão cientificista) do direito e passou a ocupar-se dos problemas de prescrição (relativos aos problemas axiológicos presentes basicamente na interpretação e aplicação do direito), abrindo espaço para investigar os fundamentos de uma ordem jurídica legítima, destacando a importância da filosofia do direito em detrimento da teoria geral do direito. Tal mudança epistemológica ocasionou, especialmente, uma transformação no conceito de direito que não pode mais ser considerado distante de sua dimensão valorativa.

Ainda para compreender o amplo significado desta transformação acolheu-se a obra de Habermas como um dos principais autores que procuram responder aos problemas do direito moderno. Para tanto, como pano de fundo metodológico optou-se por apresentar, de forma sucinta os três modelos que poderiam ser encontrados nos momentos mais recentes da obra habermasiana (Tanner Lectures e FG). Assim, ao centrar-se no procedimentalismo das Tanner Lectures e suas posteriores modificações em FG, o texto procurou demonstrar que tanto num modelo quanto em outro é possível oferecer ao intérprete e aplicador do direito uma possibilidade de controlar as demandas morais sem cair num irracionalismo ou num ceticismo através de um processo de argumentação que controla seus resultados, sem, contudo, submeter o direito aos desígnios da moral.

O artigo, finalmente, enfrentou outro problema que se faz presente na filosofia do direito: trata-se de perceber que, se por um lado, a conexão entre direito e moral é inevitável na constituição do direito moderno, por outro lado, não há que se aceitar a sujeição deste àquela. Evitar, contudo, este fato é algo que Habermas, tal qual Kant, por exemplo, também não consegue evitar. Esta crítica ao autor foi demonstrada quando se analisou o modelo implícito da FG.

Por último, deve-se ressaltar que é difícil determinar em um texto tão exíguo qual dos modelos oferecidos por Habermas estaria mais apto a oferecer um patamar mais alto de racionalidade na interpretação e aplicação do direito, contudo, se estas reflexões iniciais não contribuírem para isto, resta a necessidade, por ele muito bem exposta, de produzir um avivamento do espírito democrático no âmbito jurídico.

Referências

- ALEXY, Robert. **The Argument from Injustice**. A Reply to Legal Positivism. B. L. Paulson and S. L. Paulson: Begriff und Geltung des Rechts. Oxford: Claredon Press, 2002.
- ALEXY, Robert. The Nature of Legal Philosophy. **Ratio Juris**. n° 2, 2004. p. 156-67. Vol. 17.
- ALMEIDA, Guido Antônio de. Sobre o princípio e a lei universal do Direito em Kant. *Kriterion*. N. 114, 2006.
- APEL, Karl-Otto, OLIVEIRA, Manfredo Araújo de, MOREIRA, Luiz. **Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia**. São Paulo: Landy, 2004. p. 201-321.
- _____, Karl-Otto. **Auseinandersetzungen in Erprobung des transzendentalpragmatischen Ansatzes**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- BULYGIN, Eugenio. Normative Positivism vs The Theory of Legal Argumentation. In: GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz, STELMACH, Jerzy (eds.). **Law and Legal Cultures in the 21st Century: Diversity and Unity: Plenary Lectures**. 23rd World IVR Congress, August 1-6, 2007, Cracow, Poland. Warszawa: Wolters Kluwer, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- DWORKIN, Ronald. Hart and the Concepts of Law. **Harvard Law Review Forum**. 2006. V. 119.
- FERRI, Caroline. O problema da hermenêutica dos direitos fundamentais e a obtenção de respostas racionalmente fundamentadas sobre questões constitucionais em Robert Alexy. **I Seminário de Filosofia Política e Constitucional CPGD/UFSC, Santa Catarina**: inédito 2005.
- GUYER, Paul. Kant's Deduction of the Principles of Right. IN TIMMONS, Mark [ed.]. **Kant's Metaphysics of Morals: interpretative essays**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 23-64.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. [v. I e II]. [Trad. F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- HECK, José 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. **Kant e-prints**. n2 1. Campinas: Série 2, 2006. Vol. 1.
- HOLMES, Oliver Wendel. The Path of the Law. **Harvard Law Review**. nº 8, 1897. Vol. 10.
- KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Lisboa: Ed. Calouste Gulbenkian, 1985
- _____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Ed. 70, s.d.
- _____. **Prolegômenos a toda Metafísica futura que queira apresentar-se como Ciência**. Lisboa: Ed. 70, s.d.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- 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.
- LOIS, Cecilia Caballero. **Justiça e Democracia**. Entre o universalismo e o comunitarismo. São Paulo: Landy, 2005.
- LOIS, Cecilia Caballero. **A constituição como espelho da realidade**: interpretação e jurisdição constitucional em debate. 1. ed. São Paulo: LTr, 2006. 357 p.
- MUGUERZA, Javier. Prólogo. In: VELASCO ARROYO, Juan Carlos. **La teoría discursiva del derecho**: sistema jurídico y democracia em Habermas. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- RADBRUCH, G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. **Süddeutsche Juristen-Zeitung**. nº 1, 1946.
- RAWLS, John. **A Theory of Justice** (Rev. ed.). Oxford: Oxford University Press, 1999.
- _____. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1996.
- SCHAUER, Frederick. Is There a Concept of Law? In: GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz, STELMACH, Jerzy [eds.]. **Law and Legal Cultures in the 21st Century**: Diversity and Unity: Plenary Lectures. [23rd World IVR Congress, August 1-6, 2007, Cracow, Poland]. Warszawa: Wolters Kluwer, 2007.
- VOLPATO DUTRA, Delamar José. Dos fundamentos da ética discursiva: a questão dos argumentos transcendentais em Habermas. **Kriterion**. nº 99. 1999, p. 80-131. Vol. XL.
- _____. **Kant e Habermas**: a reformulação discursiva da moral kantiana. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.
- _____. O acesso comunicativo ao ponto de vista moral. **Síntese Nova Fase**. nº 83, 1998. p. 509-526. Vol. 25.
- WEBER, Max. **Wirtschaft und Gesellschaft**. Tübingen: Mohr, s.d, p. 504.