

HABERMAS E A CONSTRUÇÃO DISCURSIVO-PROCEDIMENTAL DE UMA COMUNIDADE JURÍDICA (DEMOCRATICAMENTE) AUTÔNOMA

Paulo Roberto Ramos Alves¹

RESUMO: Na ótica habermasiana, o direito moderno é consubstanciado precisamente pela possibilidade democrática. Quando parte do reconhecimento de uma situação ideal de fala, Habermas vislumbra o desenvolvimento de um sistema jurídico amparado na própria possibilidade discursiva, caracterizando a democracia de uma forma circular. Nesse aspecto, o direito não pode ser fundamentado moralmente ou, ainda, dependente de critérios políticos, mas sim resulta de um processo que reconhece a necessidade da participação popular, o que apenas é possível mediante o desenvolvimento de instituições jurídicas capazes de assegurar a situação discursiva ideal.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Direito. Habermas. Moral.Participação Popular.Política.

ABSTRACT: In Habermasian perspective, modern law is characterized precisely by the democratic possibility. When part of the recognition of an ideal speech situation, Habermas sees the development of a legal system supported in the very possibility discursive, characterizing democracy by a circular shape. In this respect, the right can not be justified morally or even dependent on political criteria, but results from a process that recognizes the need for popular participation, which is only possible through the development of legal institutions capable of ensuring the ideal discursive situation.

KEYWORDS: Democracy. Right.Habermas.Moral.Popular Participation. Policy.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Sobre a tensão entre facticidade e validade; 3 A autonomia do direito; 4 As relações co-originaárias entre Direito e moral; 5 Direito e política; 6 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O direito moderno, para Habermas, se caracteriza precisamente pela possibilidade democrática. Baseado em um princípio discursivo-procedimental

¹Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS; Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF; Professor na Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC; Advogado; pauloalvess@yahoo.com.br

(democrático), o herdeiro intelectual da Escola de Frankfurt concebe um sistema jurídico dependente de uma situação discursiva ideal, sob a qual é assentada a possibilidade de uma prática não fundamentada em argumentos morais, mas na necessária liberdade e igualdade de todos os participantes do discurso jurídico, o que, por certo, apenas é possível em um ambiente democrático.

O presente texto pretende justamente analisar a forma jurídico-democrática assumida pelo direito contemporâneo a partir da ótica habermasiana. Para tanto, inicia-se a discussão a partir do debate sobre a tensão entre facticidade e validade no âmbito jurídico para, em seguida, ater-se na possibilidade de estabelecimento de uma comunidade jurídica livre e autônoma como condição de possibilidade para a caracterização da própria autonomia do direito. Por fim, serão observadas as relações entre direito e moral e direito e política no Estado Democrático de Direito.

2 SOBRE A TENSÃO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE

O projeto habermasiano parte da necessidade da constituição de uma comunidade jurídica autônoma no lugar de uma esfera jurídica legislativa autônoma, entendendo que no Estado Democrático de Direito a função central é de competência do legislativo democraticamente eleito. Com tal intuito, o problema é deslocado da vetusta discussão entre direito natural/direito positivo para o debate sobre a evidente tensão entre facticidade e validade que passa a ter lugar no âmbito jurídico.

Essa tensão é elaborada por Habermas de forma dupla, ou seja, interna e externamente ao direito.² Em outras palavras, essa tensão entre facticidade e validade diz respeito, internamente, ao próprio direito, enquanto externamente faz referência à política deliberativa do estado democrático de direito. A elaboração interna dessa tensão é visualizada na forma da sua estabilização jurídica, podendo ser observada da seguinte maneira: 1) na facticidade dos procedimentos jurídicos e 2) no questionamento sobre a validade desses procedimentos.³

A questão da facticidade é observada como a necessidade de institucionalização dos procedimentos jurídicos. Isso significa que os princípios que instituem os procedimentos não se afiguram tão somente na forma de garantias

²DURÃO, Aylton Barbieri. *A tensão entre facticidade e validade no direito segundo Habermas*. ethic@. Florianópolis. n. 1. v.5, jun. 2006. p. 107-108: “Esta tensão entre facticidade e validade no direito moderno pode ser interna ou externa. A tensão interna entre facticidade e validade se manifesta em três níveis: na norma jurídica, no sistema de direitos e no estado democrático de direito. No nível da norma jurídica, os destinatários do direito podem obedecê-la por temor da coerção prevista na lei, proveniente de sua vigência social (faticidade) ou pela convicção que procede do reconhecimento de sua legitimidade (validade), porque o direito moderno permite que os agentes, orientados pela racionalidade comunicativa do mundo da vida, sigam as normas jurídicas pelo reconhecimento de sua legitimidade, enquanto os agentes, regidos pela racionalidade estratégica dos sistemas, calculam os custos e benefícios de obedecê-la como um fato social, no qual os custos são representados pelas sanções previstas em lei, na forma de multa ou pena de reclusão, enquanto os benefícios emanam dos lucros e vantagens de violá-la”.

³MOREIRA, Luiz. *Direito, procedimento e racionalidade*. In: MOREIRA, Luiz (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004. p. 190.

perante o Estado, mas sim se evidenciam como estruturantes da normatividade estatal, institucionalizando o Estado como democrático de direito.⁴ Essa institucionalização dos procedimentos jurídicos direciona-se a influenciar tanto a auto compreensão de elites que manejam o direito enquanto especialistas jurídicos, como todos os envolvidos no cotidiano jurídico, ou seja, toda a comunidade.⁵

Nesse passo, conforme explica Moreira⁶, os procedimentos possuem como finalidade a efetivação da justiça e da liberdade e, em decorrência disso, operam como elementos hábeis à correção da própria falibilidade do Direito. Logo, a falibilidade do direito é normatizada pelo próprio direito, evidenciando seu reconhecimento como meio de integração social, sua competência para solucionar conflitos de forma parcial e equânime, bem como sua intrínseca capacidade de abertura às novas necessidades de normatização.

Por sua vez, a validade do direito relaciona-se com o arbítrio Estatal. Ao defender a democracia, Habermas entende que a validade dos procedimentos jurídicos depende de níveis de autonomia do sujeito de direito, bem como da harmonização entre soberania popular e direitos humanos.

A harmonização entre direitos humanos e soberania popular resulta do fato de que a pretensão dos cidadãos em regular suas ações por meio do direito, deve necessariamente reconhecer a existência de um sistema jurídico que lhes permita serem autores do próprio direito. É precisamente o reconhecimento da autonomia que permitirá a elaboração de uma teoria discursivo-procedimental que servirá como balizamento tanto para a política deliberativa como para os procedimentos judiciais.

3 A AUTONOMIA DO DIREITO

O princípio da autonomia é compreendido por Habermas como necessariamente condicionado à assunção de uma forma democrática. Melhor dito, somente é possível falar em autonomia em um ambiente que permita a emergência de um princípio democrático, resultante de uma interligação entre os princípios do discurso e a forma jurídica que tais princípios assumem posteriormente. Habermas demonstra esse entrelaçamento principiológico mediante a constatação de uma gênese lógica de direitos.

A autonomia é observada como a realização da liberdade, encontrando-se nela o próprio fundamento do estado democrático de direito. Apenas é possível se falar em autonomia jurídica sob a constatação de uma realidade que permita o livre desenvolvimento dos indivíduos. O Estado passa a ter como competência básica, portanto, a efetivação da liberdade pela normatização estatal dos direitos fundamentais. É justamente esse espaço de liberdade juridicamente produzido que

⁴MOREIRA, *Direito, procedimento e racionalidade*, p. 190.

⁵HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 190.

⁶MOREIRA, *Direito, procedimento e racionalidade*, p. 191.

permitirá, de forma reflexa, a criação do próprio direito autonomamente considerado.

A ideia de autonomia promove a expectativa de que a normatividade estatal vá de encontro à emanção da vontade livre de cidadãos associados e, como lei, seja dotada de reconhecimento universal. Essa ideia articula o conceito de sujeito de direito, evidenciando uma normatividade jurídica ao mesmo tempo autônoma – pois o processo de normatização decorre da vontade livre que possibilita a autolegislação – e heterônoma – pois a normatividade é reconhecida como proveniente de uma estrutura estatal, tida como legítima para prescrever condutas.⁷

Enquanto normatividade autônoma, os procedimentos jurídicos são conformados justamente em razão da vontade livre dos indivíduos. É o império da liberdade, caracterizado pela garantia de direitos fundamentais, que permite essa criação reflexiva e circular do direito. O direito, desse modo, cria um espaço de liberdade propício para o desenvolvimento (autônomo) do próprio direito.

Por sua vez, o direito identifica-se igualmente de forma heterônoma, eis que depende de uma realidade organizacional-estatal, considerada legítima para prescrever condutas. Em outras palavras, essa dicotomia autonomia/heteronomia caracteriza a normatividade do direito, assegurando que ela dependa, ao mesmo tempo, de um espaço de liberdade e de uma estrutura que abarque e organize os critérios emanados por esta comunidade livre.

No Estado Democrático de Direito, a norma jurídica afigura-se como expressão da liberdade e da igualdade dos cidadãos. Os indivíduos, assim, tornam-se capazes de prescrever a si mesmos a legislação, evidenciando o ordenamento jurídico como reflexo da soberania do poder legiferante (do povo). Isso evidencia uma nítida perspectiva circular, eis que a legitimidade do poder legiferante depende de situações comunicativas originárias dos cidadãos, os quais serão, de igual maneira, destinatários de prescrições normativas posteriores.

Por outro lado, esse poder é atravessado por um elemento substancial da institucionalização da liberdade, ou seja, normas de igualdade e reconhecimento exigíveis universalmente (direitos humanos).⁸ Em outras palavras, essa (auto)regulação discursiva deve estabelecer as condições de comunicação necessárias para a geração de um direito legítimo. Nesse contexto, o exercício da soberania popular depende de um núcleo mínimo condicionante, composto por determinados direitos fundamentais, que Habermas⁹ elenca sob cinco categorias básicas:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação;¹⁰
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente

⁷MOREIRA, *Direito, procedimento e racionalidade*, p. 194.

⁸Ibidem, p. 194.

⁹HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 158-159.

¹⁰Ibidem, p. 121: “Direitos subjetivos não estão referidos, de acordo com seu conceito, a indivíduos atomizados e alienados, que se entesam possessivamente uns contra os outros. Como elementos da ordem jurídica, eles pressupõem a colaboração de sujeitos, que se reconhecem reciprocamente em seus direitos e deveres, reciprocamente referidos a aos outros, como membros livres e iguais do direito. Tal reconhecimento recíproco é constitutivo para uma ordem jurídica, da qual é possível extrair direitos subjetivos reclamáveis judicialmente”.

autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito;

(3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual;

(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia pública e através dos quais eles criam o direito legítimo;

(5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)

Esse entrelaçamento lógico de direitos permite observar que, para Habermas, são necessárias garantias mínimas fundamentais que permitam determinadas liberdades subjetivas de ação ao indivíduo, bem como direitos que assegurem o status de pertencimento à determinada associação jurídica (Estado). Ademais, os indivíduos devem poder exercer tais liberdades de ação, sendo necessária a proteção jurídica individual, assim como a garantia à participação popular nos processos de formação da opinião pública e política. Por fim, unindo tais garantias básicas anteriores, Habermas demonstra a necessidade de condições de vida asseguradas social, técnica e ecologicamente, criando-se o meio necessário, portanto, para o exercício das primeiras quatro garantias.

Moreira¹¹ constata esse entrelaçamento principiológico, demonstrando que os procedimentos jurídicos são formados enquanto exigência universal de que tais garantias não sejam tão somente asseguradas, mas igualmente institucionalizadas, observando, assim, que os princípios fundantes dos procedimentos não são apresentados unicamente como garantias diante do estado, mas igualmente concebidos como estruturas próprias da normatividade estatal, institucionalizando-se no Estado Democrático de Direito. A partir disso, toma forma um movimento que caracteriza o Estado em sua forma democrática.

Habermas explicita essas categorias de direitos elencadas, buscando caracterizar um princípio discursivo amplo e, com isso, consubstanciar a fundamentação de uma comunidade jurídica autônoma. Desse modo a primeira categoria diz respeito justamente àquelas normas que autorizam os indivíduos a fazerem uso de suas liberdades subjetivas. Em outras palavras, a consideração de um direito geral e igualitário assegura a proteção à autonomia privada dos indivíduos.

Em segundo lugar, a formatação de um mecanismo jurídico hábil à regular as relações entre os indivíduos depende, primeiramente, da participação de determinada associação de atores jurídicos. Essa associação pode ser identificada na forma do Estado. Um segundo passo na gênese de uma comunidade autônoma, portanto, é justamente a possibilidade de uma ampla liberdade discursiva do cidadão no âmbito das práticas estatais.¹²

¹¹MOREIRA, *Direito, procedimento e racionalidade*, p. 191.

¹²Nesse sentido é interessante a explicação de Habermas sobre a possibilidade de renúncia ao status de membro do Estado (emigração), sendo tal renúncia justificada pelo fato de que o direito à emigração

A terceira categoria de direitos refere-se à possibilidade de exercício dos direitos subjetivos de que o indivíduo seja titular. Na qualidade de detentor de liberdades subjetivas, bem como de associado a uma determinada comunidade jurídica, o indivíduo deve possuir a faculdade de exercitar tais direitos. Habermas salienta que pessoas apenas podem mobilizar o uso da força para assegurarem seus direitos se possuírem amplo e irrestrito acesso aos tribunais. Frente ao princípio do discurso, pois, fundamentam-se direitos de igualdade.¹³

A ideia de autolegislação é o que caracteriza a quarta categoria de direitos. A autonomia do direito, com já observado, pressupõe a consideração de um princípio discursivo fundado na liberdade individual, essa liberdade refere-se precisamente à necessidade de que os sujeitos de direito ajam como autores daqueles direitos aos quais serão submetidos como destinatários. O direito deve assegurar, portanto, aquelas condições necessárias para que os indivíduos possam avaliar discursivamente a legitimidade do direito por eles criado, o que se dá por meio da opinião pública, então tendente à influência nos processos da formação da opinião legislativa.¹⁴

Por fim, Habermas atenta para a existência de um quinto conjunto de direitos fundamentais, entendendo-os como aquelas às condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, de modo que as quatro categorias anteriores possam ser amplamente exercidas. Em outras palavras, os quatro primeiros direitos de participação e liberdade dependem de condições mínimas para que possam ser exercidos.¹⁵

A partir da reunião dessas categorias de direitos fundamentais, é possível o estabelecimento de critérios discursivos hábeis ao estabelecimento de uma comunidade jurídica livre e autônoma. A normatividade, por sua vez, exterioriza a tensão entre facticidade e validade para o âmbito político, afigurando-se o próprio Estado Democrático de Direito como “obra da liberdade e da universalidade da igualdade”¹⁶ entre os indivíduos.

Contrariamente à autolegislação moral – na qual o conceito de autonomia exige o respeito à lei – a autolegislação jurídica permite se observar uma divisão em autonomia pública e privada, sendo que na primeira “garante para cada indivíduo uma esfera isenta de interferências externas e lhe permite escolher os motivos pelo qual pode obedecer à lei, contanto que seu comportamento externo seja o prescrito pela lei”, enquanto a segunda “exige buscar um entendimento com os demais capaz de formar um consenso racionalmente motivado, que lhes obrigue a obedecer à lei a partir do reconhecimento da sua validade”.¹⁷

A legitimidade das normas jurídicas, dessa maneira, decorre de padrões democráticos que, por sua vez, são caracterizados pela possibilidade de formação

implica a aceitação por parte do suposto sócio (indivíduo). No outro extremo, a ampliação da comunidade por meio da imigração de estrangeiros implica na necessidade de regulação que perpassa pelos interesses dos membros e dos candidatos. HABERMAS, *Direito e democracia I*, p. 161.

¹³Ibidem, p. 162.

¹⁴Ibidem, p. 163-164.

¹⁵Ibidem, p. 160.

¹⁶MOREIRA, *Direito, procedimento e racionalidade*, p. 196.

¹⁷DURÃO, *A tensão entre facticidade e validade no direito segundo Habermas*, p. 108.

discursiva da opinião política. Logo, o fundamento de validade da normatividade é justamente a possibilidade de um espaço (democrático) livre, no qual seja assegurado aos indivíduos o exercício de suas liberdades subjetivas de modo em que seja possível a autolegislação.¹⁸

Não se incorre, portanto, na busca de um fundamento de ordem moral para o direito, não é possível buscar o fundamento de validade de uma norma jurídica apelando-se a normas morais ou a um pretense direito suprapositivo de base moral. O fundamento do direito é assentado justamente no princípio democrático do discurso, a partir do qual se inaugura um *locus* privilegiado para o exercício de uma ampla liberdade comunicativa.

O problema das relações entre direito e moral, entretanto, permanece intocado. Afinal, qual o papel da moral na teoria discursiva? Direito e moral relacionam-se continuamente, todavia essa relação não assume a forma de fundamento. O direito contemporâneo, para Habermas, fundamenta-se tão somente na ideia de um procedimentalismo discursivo caracterizado mediante circunstâncias ideais de fala. As relações entre direito e moral, contudo, merecem um melhor esclarecimento, conforme será a seguir delimitado.

4 AS RELAÇÕES CO-ORIGINÁRIAS ENTRE DIREITO E MORAL

Contemporaneamente, o ordenamento jurídico é constituído mediante direitos subjetivos, assegurando-se aos indivíduos a possibilidade de ação conforme suas preferências. Enquanto titulares de direitos subjetivos, é lícito aos indivíduos a realização de qualquer conduta não vedada pela norma, razão pela qual os mandamentos morais não adquirem força obrigatória juridicamente.

Desse modo, o direito se caracteriza sob dois aspectos: primeiro, em decorrência de sua positividade, ou seja, pela sua instituição mediante a promulgação política de normas modificáveis e a conseqüente ameaça de sanção. Em segundo lugar, pela necessidade de assegurar a liberdade, garantindo a autonomia pública e privada dos indivíduos e, com isso, assegurando a produção legítima do direito.¹⁹

A noção de autonomia é de vital importância para corretas observações sobre as relações entre moral e direito. Habermas reconhece a existência desses dois

¹⁸Interessante a observação de MELO, Rúrion Soares. *Habermas e a estrutura reflexiva do direito. Direito.gov*. São Paulo, n. 1. v. 1, 2005. p. 73-74: “Não há, portanto, um direito que se defina anteriormente à autonomia política; assim como, de acordo com sua gênese lógica, não pode haver democracia sem os direitos fundamentais. Em outras palavras, o legislador já deve assumir a posição de portador de direitos subjetivos, e estes devem ser entendidos como resultando da vontade soberana do legislador. Por essa razão, são legítimos aqueles direitos que o próprio membro de uma comunidade de direito se atribuiu, por meio de uma práxis comum de autodeterminação de normas juridicamente constituídas. Se nas três primeiras categorias os cidadãos devem ser entendidos como destinatários das leis, na quarta devem assumir o papel de autores de sua própria ordem jurídica”.

¹⁹OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; ANDRADE, Camila Cardoso de. *A relação entre direito e moral na teoria discursiva de Habermas*: porque a legitimidade do direito não pode ser reduzida à moralidade. In: Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 6091.

âmbitos normativos autônomos, porém, a moral não é entendida como um conjunto de regras capazes de fundamentar o direito. Ainda nesse aspecto, a já observada autonomia do direito, então alcançada por meio de um princípio discursivo – o que apenas é possível em um ambiente democrático –, não permite que preceitos morais ingressem no âmbito do sistema jurídico sob a forma de fundamento ou de uma pretensa norma superior à norma jurídica.

Resta, portanto, o problema relacionado à inter-relação entre direito positivo e moral autônoma. Além de reconhecer a existência concomitante da moral racional e do direito positivo, Habermas observa que existem relações entre direito e moral, todavia, como já mencionado, refuta a ideia da moral como fundamento do direito. Tais relações caracterizam-se mediante a ideia de co-originariedade, quando este afirma que “tanto as regras morais como as jurídicas diferenciam-se da eticidade tradicional, colocando-se como dois tipos diferentes de normas de ação, que surgem lado a lado, completando-se”²⁰.

Logo, o conceito de autonomia passa a depender de uma elaboração em abstrato, evitando-se que este assumia tão somente as características de princípios morais. Além do conteúdo moral, o conceito de autonomia necessariamente deve abarcar o princípio da democracia, evidenciando o fato de que, a partir daí, os direitos humanos devem ser interpretados como direitos jurídicos, ainda que possuam conteúdo moral.²¹ Logo, o princípio da autonomia bifurca-se nas formas do princípio moral e do princípio democrático, possibilitando a demarcação do âmbito de incidência de cada uma dessas espécies normativas.

Logo, “o princípio moral assume a forma de um princípio de universalização, introduzido como uma regra de argumentação e pode ser justificado, segundo a pragmática formal, como forma de reflexão da ação comunicativa”.²² Por certo que a legitimidade de determinada ordem jurídica depende de certa simetria para com preceitos morais. Entretanto, a construção de Habermas não aponta para qualquer relação hierárquica entre direito e moral. Tratam-se, pois, de dois âmbitos normativos distintos, não havendo qualquer forma de subordinação do direito à moral ou de uma pretensa fundamentação moral da ordem jurídica.

Questões jurídicas e questões morais direcionam-se no sentido de resolução dos mesmos problemas isto é, a necessidade de ordenar legitimamente as relações interpessoais e de coordenar entre si ações por meio de normas justificadas. Nesse aspecto, Habermas entende que tanto as normas jurídicas como as normas morais tratam-se de normas de ação, sendo que tais normas referem-se aos mesmos problemas, todavia, sob ângulos distintos. Mesmo havendo pontos em comum, direito e moral distinguem-se em razão de que a moral representa uma forma do saber cultural, enquanto o direito torna-se obrigatório a partir de sua inserção no nível institucional.²³

Em outras palavras, a relação entre direito e moral não aponta para

²⁰HABERMAS, *Direito e democracia I*, p. 139.

²¹Ibidem, p. 139.

²²OLIVEIRA; ANDRADE, *A relação entre direito e moral na teoria discursiva de Habermas*, p. 6094.

²³op. cit. p. 141.

uma neutralidade da moral em relação ao direito, mas evidencia um trânsito de elementos morais via processo legislativo para o interior do direito. A relação de complementariedade entre direito e moral aponta para a co-originariedade entre tais âmbitos normativos, isto é, preceitos morais ingressam na ordem jurídica no momento da promulgação de determinada lei.

O legislador internaliza preceitos morais quando os considera para a proposição de determinado comando jurídico-normativo. Isso significa que os preceitos morais ingressam no direito, porém, no momento em que passam a integrar a norma jurídica, não se pode mais falar em moral (tampouco em fundamento moral), mas tão somente em direito. Dessa relação de complementariedade depende a própria legitimidade do direito. Para Habermas:

[...] uma ordem jurídica só pode ser legítima quando não contrariar princípios morais. Através dos componentes da legitimidade e da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A ideia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa relação de complementação recíproca.²⁴

O problema da consideração jurídica da moral refere-se ao fato de que, em sociedades complexas, a moral apenas torna-se efetiva quando assimilada pelo direito. Isso importa no fato de que, para Habermas, direito e moral são co-originários: a moral precisa do poder coercitivo do direito, logo, a exigibilidade dos preceitos morais motiva o deslocamento da moral para o direito por meio do processo legislativo.

Se a moral necessita do poder de coerção do direito, o próprio direito igualmente passa a ser dependente do princípio democrático do discurso. Tal princípio, por sua vez, parte do fato de que se destina a legitimar o procedimento de normatização do direito. O princípio democrático pressupõe que a validade legítima das leis apenas é possível mediante o assentimento de todos os participantes do discurso jurídico.

Logo, sendo a moral racional pós-convencional um saber que apenas é capaz de obrigar por meio da convicção individualmente percebida²⁵, o princípio da democracia, então, desloca-se para outros níveis, escapando do mesmo nível em que se encontra a moral. Desse modo, o princípio democrático traduz a prática de autodeterminação dos membros do direito, reconhecidos mutuamente como iguais e livres em uma associação (jurídica) estabelecida livremente.

O princípio da democracia é caracterizado, portanto, como aquele princípio destinado a assegurar a legitimidade dos procedimentos de normatização jurídica. A partir disso, a validade das leis apenas torna-se possível se contar com o assentimento de todos os participantes do discurso jurídico. Nesse sentido, o princípio da democracia une autonomia pública e privada, possibilitando a atribuição recíproca, por parte dos cidadãos, de direitos subjetivos que asseguram as liberdades

²⁴HABERMAS, *Direito e democracia I*, p. 141.

²⁵DURÃO, Aylton Barbieri. *Habermas: os fundamentos do estado democrático de direito*. Trans/Form/Ação. São Paulo, n. 32. v. 1, 2009. p. 120

individuais.²⁶

O processo de normatização se dá de forma discursiva, o que demonstra que os princípios da moral e do discurso não se encontram em iguais níveis, eis que o princípio democrático destina-se a assegurar a liberdade e igualdade necessárias para a caracterização de uma comunidade jurídica livre e autônoma e, com isso, assegurar as condições mínimas e ideais de fala.²⁷

Essa diferença também pode ser demonstrada pelos níveis de aplicação das esferas do direito e da moral. A moral “opera no nível da constituição interna de um determinado jogo de argumentação”, enquanto o princípio da democracia “refere-se ao nível de institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva de opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito”.²⁸

Outro aspecto no qual é possível diferenciar tais âmbitos refere-se à particularidade das normas jurídicas. As normas jurídicas são dotadas de um caráter de artificialidade, ou seja, devem possuir a capacidade de justificar aquelas condições de satisfação dos direitos, bem como apontando se tais direitos serão aptos para a constituição de uma comunidade jurídica.²⁹ Isso se dá mediante o estabelecimento de normas de organização e de fixação de competências. Em outras palavras, as normas jurídicas são auto-aplicáveis (reflexivas). Nesse sentido,

a moral racional somente pode ser convertida em prática através da internalização de seus mandamentos na consciência, na estrutura de personalidade dos atores. Ora, fazer a eficácia da ação moral depender de processos de internalização de seus comandos, é apoiá-la em bases muito frágeis.³⁰

Por isso, normas morais são destinadas à regulação de relações interpessoais e conflitos entre pessoas naturais que se reconhecem como membros de uma comunidade concreta, dirigindo a vida individualmente, conforme sua história de vida. Normas jurídicas, por sua vez, regulam relações interpessoais e conflitos entre atores que se reconhecem como membros de uma comunidade abstrata, criada por meio de normas do direito.³¹

Há nas democracias modernas a necessidade de justificar as normas jurídicas de modo que seja possível observá-las como legítimas. A legitimidade do direito apoia-se na possibilidade de um consenso racional elaborado discursivamente ou sob condições mínimas e equânimes de negociação. Portanto, para Habermas, a

²⁶DURÃO, Habermas: *os fundamentos do estado democrático de direito*, p. 126: “o princípio da democracia serve de dobradiça entre a autonomia privada e a autonomia pública, dado que, sob as condições do discurso jurídico, submetido simultaneamente à exigência do entendimento e da forma jurídica, os cidadãos têm de se atribuir reciprocamente, segundo a gênese lógica dos direitos, os direitos subjetivos fundamentais que garantem as liberdades individuais, bem como os direitos políticos de participação e comunicação”.

²⁷HABERMAS, *Direito e democracia I*, p. 145.

²⁸Ibidem, p. 146.

²⁹Ibidem, p. 146.

³⁰OLIVEIRA; ANDRADE, *A relação entre direito e moral na teoria discursiva de Habermas*, p. 6096.

³¹op. cit. p. 147.

ideia de igualdade democrática, na qual a situação ideal de fala é requisito, requer que o direito conserve certa referência a elementos de ordem moral.

A ideia de uma moral concorrente e juridicamente co-originária vem ao encontro da própria autonomia do direito. A moral apenas adquire força normativa quando assume a forma jurídica, logo apenas é possível avaliar a propagação dos conteúdos morais quando o direito é observado como um todo autônomo e democraticamente constituído, sendo que essa constituição jurídica depende de um contexto democrático no qual sejam asseguradas condições mínimas e equânimes para os participantes do discurso jurídico.

Por outro lado, Habermas³² atenta para o fato de que o processo legislativo, as práticas da decisão judicial institucionalizada e o trabalho da dogmática jurídica, possibilitam um alívio cognitivo ao indivíduo, que é poupado da formação de juízos morais próprios. Nesse aspecto, o direito retira dos indivíduos o poder (ônus) de definição da diferença justo/injusto, atribuindo tal capacidade unicamente ao direito, pois

[...] o direito positivamente válido, legitimamente firmado e cobrável através de ação judicial pode tirar das pessoas que agem e julgam moralmente o peso das grandes exigências cognitivas, motivacionais e organizacionais que uma moral ajustada segundo a consciência subjetiva acaba impondo a elas. O direito pode compensar as fraquezas de uma moral exigente que, se bem analisadas suas consequências empíricas, não proporcionam senão resultados cognitivamente indefinidos e motivacionalmente pouco seguros.³³

A problemática tecida por Habermas tem como ponto central a questão da legitimação ou justificação do direito. Por isso, o autor busca a fundamentação do direito no princípio da democracia, sendo tal princípio delimitado a partir de uma teoria discursiva. A legitimidade do direito não depende de julgamentos morais, não sendo reduzida a uma justificação moral das normas jurídicas, mas sim havendo a já mencionada relação de co-originariedade, na qual direito e moral relacionam-se sem que haja qualquer espécie de hierarquização.

É justamente a partir dessa delimitação que a autonomia do direito é reafirmada. Para Habermas, a autonomia não é algo que um sistema jurídico avoque por si e para si apenas. Um sistema jurídico é autônomo apenas na medida em que os procedimentos institucionalizados para a produção legislativa e para a aplicação da justiça garantam uma formação imparcial do juízo e da vontade comum, permitindo assim, que preceitos morais ingressem na política e no direito de forma co-originária, como já mencionado, transmudando-se em discursos jurídicos.

Quando realiza a pergunta sobre a possibilidade da legitimidade por meio da legalidade, Habermas observa que “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 o direito e a moral”³⁴,

³²HABERMAS, *Direito e democracia I*, p. 151.

³³HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo, Loyola. 2002. p. 291.

³⁴HABERMAS, *Direito e democracia II*, p. 202.

reafirmando assim a constatação de que direito e moral não relacionam-se sob a forma de um pretense fundamento.

Nas sociedades contemporâneas, não é possível o apelo a razões morais que estabeleçam uma relação de subordinação e, com isso, legitimem o direito moralmente. Em um ambiente democrático, moral e direito distinguem-se frontalmente. Mediante o princípio do discurso, direito e moral co-originam-se em um ambiente que pressupõe (democraticamente) o assentimento de todos os afetados, buscando-se, neste assentimento, o estabelecimento da validade de tais normas de ação. Logo, quando ligado à forma jurídica, o princípio do discurso transmuda-se no princípio democrático que se abre a argumentos morais por meio do processo legislativo.

5 DIREITO E POLÍTICA

Ao passo em que a moral relaciona-se com o direito a partir da consideração de um princípio discursivo-democrático, pelo qual se torna possível a internalização jurídica de preceitos morais, a política igualmente mantém relações com o direito no sentido da possibilidade de instituição de decisões com força coletivamente vinculantes. Essa força coletivo-vinculante depende, portanto, do exercício do poder político.

Habermas parte da necessidade de estabelecimento de uma democracia radical, assim, apenas é possível se falar em relações entre direito e política (assim como entre direito e moral) quando apoiado em um princípio discursivo universal e democrático. A pretensão dos indivíduos à existência de iguais direitos pressupõe, portanto, um espaço temporal e espacialmente identificável, no qual os membros da associação estatal identifiquem-se e possam observar suas próprias ações como condicionadas por essa mesma organização.³⁵

Democraticamente a política atua mediante uma codificação jurídica que se institucionaliza na forma de direitos fundamentais.³⁶ A positivação do direito, pela política, apenas pode ser concretizada mediante a observância de garantias mínimas que forneçam as condições de participação no processo legislativo democrático.³⁷ Em

³⁵HABERMAS, *Direito e democracia I*, p. 170.

³⁶HABERMAS, *A inclusão do outro*, p. 293: “quando se trata de decidir se cabe ou não institucionalizar sob a forma de direitos políticos do cidadão, os pressupostos da comunicação com base nos quais os cidadãos julgam se é legítimo o direito que eles mesmos afirmam à luz do princípio discursivo, aí então o código jurídico precisa estar como tal à disposição. Para a instituição desse código, entretanto, é necessário criar o status das pessoas do direito que pertençam, enquanto portadores de direitos subjetivos, a uma associação voluntária de jurisconsortes e que efetivamente façam valer por meios judiciais suas respectivas reivindicações jurídicas. Não há direito algum sem a autonomia privada de pessoas de direito. Portanto, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria tampouco um medium para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado. Dessa maneira a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, sem que os direitos humanos possam reivindicar um primado sobre a soberania popular, nem essa sobre aquele”.

³⁷op. cit. p. 170.

outras palavras, o direito precisa da organização político-estatal para assegurar seu poder de sanção, enquanto a política, ao mesmo tempo, necessita de uma codificação jurídica que é institucionalizada como garantias fundamentais.

Logo, para Habermas, “o direito não consegue seu sentido normativo pleno per se através de sua forma, ou através de um conteúdo moral dado a priori, mas através de um procedimento que instaura o direito, gerando legitimidade”.³⁸ Por isso, o sentido de legitimidade do poder político não é dado pelo direito em si mesmo considerado, mas sim pelo relacionamento da política com um direito legítimo, instituído mediante um princípio discursivo-democrático universal. É justamente nesse sentido que se pode afirmar o nexo interno entre direito e política, firmando-se no entendimento de que

o estado de direito forma-se, tanto empírica como normativamente, mediante uma conexão interna entre direito e política. Começando pela perspectiva normativa, o sistema jurídico e o sistema político têm funções próprias, porém também cumprem funções recíprocas entre si na sociedade complexa. [...] O sistema político, por outro lado, permite aos agentes realizar programas coletivos de ação, pois os cidadãos que interagem não somente divergem sobre a interpretação de valores e normas morais ou jurídicas, mas também definem metas de ação que transcendem a capacidade dos cidadãos isolados e precisam ser implementadas por meio de uma estrutura política que conjugue os esforços do grupo.³⁹

Cabe ressaltar que os procedimentos democráticos de autolegislação devem ser institucionalizados. Isso significa que o exercício da soberania popular fica condicionado ao exercício do poder político, eis que a liberdade de legislar para si próprio depende de uma instância centralizadora, ou seja, de procedimentos e condições comunicativas que não podem ser dadas no plano individual. Para Habermas, a democracia moderna pressupõe o deslocamento do poder de fala do indivíduo para as organizações então capazes de, procedimentalmente, assegurarem tais discursos autolegislativos.

O exercício de liberdades comunicativas, portanto, passa a ser extremamente dependente de um contexto organizacional próprio, no qual, procedimentalmente e mediante a observância a direitos fundamentais, a liberdade comunicativa poderá ser exercida. A partir desse momento, o exercício do poder comunicativo transmuda-se no exercício do poder administrativo, centralizando-se na organização estatal a possibilidade de tomada de decisões coletivamente vinculantes. Com isso é possível compreender que

a transformação do poder comunicativo em poder administrativo somente pode ocorrer por causa da tensão interna entre direito e política dentro do estado de direito. O sistema político é um sistema funcional especializado no uso instrumental do poder administrativo, enquanto o direito permite a institucionalização do poder comunicativo gerado pelos cidadãos.⁴⁰

³⁸ HABERMAS, *Direito e democracia I*, p. 172.

³⁹DURÃO, Habermas: *os fundamentos do estado democrático de direito*, p. 120.

⁴⁰Ibidem, p. 129.

Institucionalizadas organizacionalmente, as liberdades individuais asseguram a formação de um direito legítimo, bem como esse mesmo direito empresta à política a forma jurídica. Dito de outro modo, Habermas entende que o direito possibilita a formação de um código binário que operacionaliza o poder jurídico como meio organizador do Estado (Democrático de Direito). A contrapartida desse fornecimento do poder jurídico ao poder político é justamente a possibilidade de que o direito passa a ter de valer-se desse mesmo poder político como meio hábil para reforçar as decisões judiciais.⁴¹

Por intermédio da subordinação do poder político (no estado de direito) ao poder discursivo dos indivíduos, as instituições do estado (democrático) de direito aderem às condições normativas da autolegislação, asseguradas por garantias fundamentais. Essa aderência, entretanto, apenas tem lugar porque a própria operacionalidade do direito possibilita a transformação do poder comunicativo em administrativo.⁴²

Habermas⁴³ esquematiza o nexos funcional entre os códigos do direito e do poder mediante a consideração que o poder possui como função própria a concretização de fins coletivos, enquanto a institucionalização do direito por parte do Estado é sua função recíproca. Já o código do direito, propriamente, possui a função de estabilização de expectativas comportamentais, enquanto reciprocamente ocupa-se dos meios de organização do exercício do poder político.

Há, portanto, uma relação interna entre direito e política,⁴⁴ na qual, em primeiro lugar, os direitos subjetivos apenas podem ser dados por meio de uma organização (estatal) com poder decisório capaz de vincular toda a coletividade (política). Em segundo lugar, a obrigatoriedade dessas decisões apenas pode ser legítima em decorrência da observância da forma jurídica que as reveste (direito).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao defender uma teoria democrática, Habermas parte da consideração do direito como produto de uma realidade discursivo-procedimental caracterizada por uma situação ideal de fala mediante a proteção de direitos subjetivos (autonomia privada). Isso permite a delimitação dos próprios critérios para a produção do direito autonomamente considerado. A autonomia do direito, para o herdeiro intelectual da Escola de Frankfurt, decorre da implementação de um princípio discursivo (e, evidentemente, democrático), no qual os interlocutores possuem liberdades mínimas de ação e de manifestação do pensamento. Essa liberdade caracteriza a democracia deliberativa habermasiana.

⁴¹HABERMAS, *Direito e democracia I*, p. 182.

⁴²DURÃO, Habermas: *os fundamentos do estado democrático de direito*, p. 128.

⁴³op. cit. p. 182.

⁴⁴Ibidem, p. 170.

Nesse contexto, o direito e a moral relacionam-se a partir de uma perspectiva de co-originariedade, inexistindo qualquer relação de subordinação, hierarquia ou fundamento entre tais esferas da normatividade. A moral, para Habermas, ingressa nos domínios jurídicos mediante uma relação de complementariedade, ou seja, no momento da promulgação da lei, o legislador já conta com um arcabouço moral que integrará a norma jurídica. Contudo, a partir desse momento, não se fala mais na vigência de normas morais, mas sim de normas jurídicas.

Nesse mesmo passo, Habermas atenta para as relações entre direito e política, observando que a produção jurídica depende da institucionalização por parte do Estado. O direito, assim, depende do aparato coercitivo estatal para que suas decisões sejam impostas. Ao mesmo tempo, o próprio poder comunicativo é transformado em poder administrativo, legitimando, com isso, as práticas próprias do Estado.

Nota-se, em Habermas, uma evidente perspectiva circular, eis que a geração legítima do direito passa a depender de um contexto prévio, no qual liberdades subjetivas de ação são juridicamente resguardadas. Em outras palavras, o direito depende da institucionalização dessas liberdades comunicativas e, ao mesmo tempo, é condição de possibilidade para a gênese jurídica a institucionalização dessas liberdades mediante a proteção de garantias fundamentais.

A política, então, relaciona-se com o direito justamente na forma da autonomia jurídico-discursiva. Ou seja, mediante o poder administrativo certas liberdades subjetivas de ação são institucionalizadas, atribuindo-se ao Estado o papel de defesa desse contexto minimamente necessário para o exercício de práticas discursivas. Logo, a partir de tais práticas discursivas, gera-se o democraticamente direito legítimo. Por fim, circularmente, o próprio direito gera aquelas condições para a institucionalização das garantias que asseguram a produção jurídica na ótica habermasiana.

REFERÊNCIAS

- DURÃO, Aylton Barbieri. *A tensão entre facticidade e validade no direito segundo Habermas*. ethic@. Florianópolis. n. 1. v.5, jun. 2006. p. 103-120.
- _____. Habermas: *os fundamentos do estado democrático de direito*. Trans/Form/Ação. São Paulo, n. 32. v. 1, 2009. p. 119-137.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo, Loyola. 2002.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- MELO, Rúrion Soares. *Habermas e a estrutura reflexiva do direito*. Direitogv. São Paulo, n. 1. v. 1, maio, 2005. p. 67-78.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; ANDRADE, Camila Cardoso de. *A*

relação entre direito e moral na teoria discursiva de Habermas: porque a legitimidade do direito não pode ser reduzida à moralidade. In: Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 6089-6103.