

# A legitimidade do direito na proposta da ética discursiva

*Marcio Giusti Trevisol\**

---

## Resumo

---

No presente artigo, procura-se realizar um debate teórico sobre a legitimação do direito a partir da filosofia prática de Habermas. No estudo, analisa-se como Habermas fundamenta o direito à luz do agir comunicativo e, portanto, de como distancia a legitimação do direito da moral. A perspectiva habermasiana desenvolve-se no sentido de fundar um princípio moralmente neutro, capaz de conferir legalidade e legitimidade ao direito moderno. Esse princípio

será chamado por Habermas de princípio da democracia, o qual deriva do princípio do discurso. Para chegar a tal concepção, Habermas realiza um debate detalhado com a doutrina do direito de Kant, a fim de apontar as possíveis falhas da teoria kantiana e corrigi-las com a teoria do agir comunicativo presente em “Direito e Democracia.”

Palavras-chave: Direito. Democracia. Moral. Discurso. Agir comunicativo.

---

---

\* Mestre em Ética e Filosofia Política pela Universidade Federal de Santa Catarina (Ufsc); Especialista em Metodologia do Ensino de Filosofia pela Universidade de Passo Fundo (UPF); professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), Rua Getúlio Vargas, 2125, Bairro Flor da Serra; CEP 89600-000; Joaçaba, SC; telefone (49) 3551-2000; marcio.trevisol@unoesc.edu.br

## 1 INTRODUÇÃO

[...] como é possível surgir uma ordem social a partir dos pressupostos de formação de consenso que se encontra ameaçada por uma tensão explosiva entre faticidade e validade? No caso do agir comunicativo, a dupla contingência, a ser absorvida por qualquer formação de interação, assume a forma especialmente precária de um risco de dissenso, sempre presente, embutido no próprio mecanismo do entendimento, ainda mais que todo dissenso acarreta elevados custos para a coordenação da ação. (HABERMAS, 1997, p. 37).

Na obra *Direito e democracia*, Habermas apresenta o princípio do discurso (princípio D) como sendo capaz de legitimar o ordenamento jurídico em uma sociedade pluralista e profanizada por intermédio, evidentemente, de um procedimento jurídico. Dessa forma, analisaremos, na primeira parte do artigo, a existência da relação do direito com a democracia, sugerida por Habermas, com a finalidade de detectar a legitimação do ordenamento jurídico pelo princípio do discurso (D).

Na segunda parte, abordaremos a reconstrução do direito, bem como o distanciamento da moral do direito, utilizando-nos das contribuições kantianas. A partir do princípio do discurso (D), os sujeitos examinam as pretensões de validade e as normas, a fim de orientar suas ações dentro da sociedade. Desse modo, vamos analisar como o direito funciona na coerção social, ou seja, na integração social. Os sujeitos devem institucionalizar juridicamente os próprios pressupostos comunicativos e os procedimentos de um processo de formação da opinião e da vontade. Portanto, a legitimação do direito precisa ser conhecida pelos destinatários do direito para que seja aceita por todos os concernidos.

## 2 FUNDAMENTAÇÃO E LEGITIMAÇÃO DO DIREITO

Na introdução da obra *Direito e Democracia*, Habermas afirma que pretende reconstruir algumas

partes do direito racional clássico “[...] no quadro de uma teoria do direito, apoiada numa teoria do discurso.” (HABERMAS, 1997, p. 9). Por isso, nessa mesma obra, no terceiro capítulo, Habermas sustenta que a legitimidade do direito positivo não deriva mais de um direito moral superior. O direito pode ser legitimado a partir de um processo de formação da opinião e da vontade que presumimos que seja racional. Para Habermas, a fonte de legitimação do direito subjetivo se estabelece no processo democrático da legislação, o qual faz uso do princípio da soberania do povo. Nesse sentido, Habermas discorda dos positivistas jurídicos e, ao mesmo tempo, critica as teorias da justiça de Kant e Rousseau. A doutrina kantiana não esclarece a relação entre princípio moral, direito e democracia. Isso é importante para entender a crítica de Habermas, ou seja, a relação de subordinação entre o princípio da democracia e o princípio moral da teoria kantiana.

Segundo Habermas, os ordenamentos jurídicos modernos são constituídos, fundamentalmente, por direitos subjetivos. Na moderna compreensão do direito, os direitos subjetivos estabelecem os limites no interior dos quais um sujeito está justificado a empregar livremente a sua vontade e definem a liberdade de ações iguais para todos os indivíduos ou sujeitos portadores de direito.

O direito, portanto, segundo Habermas, tenta resolver o problema de “[...] como integrar socialmente mundos da vida em si mesmos pluralizados e profanizados.” (HABERMAS, 1997, p. 43). Esse cenário moderno implanta um desacoplamento entre a facticidade e a legitimidade, isto é, ao contrário da forma de vida tradicional, em que havia uma fusão entre facticidade e validade, as sociedades pós-tradicionais acirram a tensão entre facticidade e validade (DUTRA, 2005, p. 192). O direito, por si mesmo ligado à autorização para a coerção, consegue, mediante essa coerção, substituir a circunscrição da convicção da sansão, porém essa sansão, por sua vez, terá que ser deduzida de uma pretensão de legitimidade, já que a sociedade se instituiu a partir do agir livre dos atores, cujos atos de fala não têm mais circunscrição alguma.

Portanto, a permissão para a coerção jurídica é deduzida de uma *expectativa de legitimidade*. Ora, um sistema jurídico, de si mesmo coativo, fundado na contingência de decisões arbitrárias, perde seu poder de integração social, já que o direito extrai sua força mais das alianças que a positividade do direito estabelece com a pretensão de legitimidade. A solidariedade social constitui, dessa forma, a última instância de onde o direito extrai a sua força integradora. Manifesta-se, aqui, como se pode ver, essa ligação tensa entre facticidade fundada e aceitabilidade. (HABERMAS, 1997, p. 120, grifo do autor).

vo'. Nestes casos os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns de situações e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento, portanto pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários. (HABERMAS, 1997, p. 36).

Para Habermas, o “agir comunicativo”, que considera o entendimento lingüístico como mecanismo de coordenação da ação, faz com que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção e manutenção de ordens sociais, pois elas mantêm-se no modo de reconhecimento de pretensões de validade normativa. Nesse sentido, significa que a tensão entre facticidade e validade, que é colocada na linguagem e no uso da linguagem, retorna no modo de integração de indivíduos socializados – ao menos nos indivíduos socializados comunicativamente – devendo ser trabalhada pelos participantes. Mais adiante, será analisado que essa tensão é estabilizada na integração social pelo direito positivo.

Portanto, o uso da linguagem orientada para o entendimento, ao qual o agir comunicativo se refere, une-se em torno da pretensão de validade de suas ações de fala, os quais levam em comum acordo para o âmbito de sua ação. Todos os atos de fala possuem pretensões que podem ser criticáveis, contudo elas devem apontar para o reconhecimento intersubjetivo. O agir comunicativo possibilita que os falantes cheguem em comum acordo sobre pretensões de validade e coordenem suas ações na sociedade. O consenso resultante desse processo estabiliza o conflito inerente à sociedade moderna.

Esse breve esboço é suficiente para levantar o problema típico de sociedades modernas: como estabilizar, na perspectiva dos próprios atores, a validade de uma ordem social, na qual as ações comunicativas tornam-se autônomas e claramente distintas de normas estratégicas? (HABERMAS, 1997, p. 45).

Habermas levanta a seguinte questão no que se refere à integração social: como é possível coordenar planos de ação de vários atores, de tal modo que as ações de um partido possam ser “engatadas” nas do outro? (HABERMAS, 1997, p. 36). Esse conflito existente entre interesses dos atores da sociedade pode ser resolvido pelo agir comunicativo. A função do agir comunicativo nas sociedades modernas é estabilizar os conflitos e possibilitar o consenso sobre as normas.

As sociedades modernas organizam-se em forma de Estado. A ordem é formulada normativamente obedecendo a um ordenamento jurídico. Essa estrutura moderna de entender o ordenamento jurídico é diferente das sociedades tradicionais, nas quais o direito ainda se alimenta da força do sagrado. Então, as sociedades modernas sofrem por se tornarem pluralistas e profanizadas. É necessário que o fardo da integração social se transfira para o entendimento entre os atores para os quais a facticidade (coação de sanção exteriores) e a validade (força de ligação das convicções racionalmente motivadas) são incompatíveis, ao menos fora dos domínios das ações reguladas pela tradição e pelos costumes (HABERMAS, 1997, p. 45). Para Habermas, a interação social não se estabiliza somente por intermédio da orientação

Tão logo, porém, as forças ilocucionárias das ações da fala assumem um papel de coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social. É nisso que consiste o ‘agir comunicati-

dos atores que perseguem o sucesso, mas a sociedade deve ser integrada, fundamentalmente, em última instância pelo agir comunicativo, que possibilita o surgimento de uma integração social mediante energias aglutinantes de uma linguagem compartilhada intersubjetivamente e impõe certas regras que fazem o sujeito sair do egocentrismo e se colocar sobre critérios públicos da racionalidade do entendimento. Assim, a sociedade apresenta-se como um mundo da vida estruturado simbolicamente, que se reproduz por meio do agir comunicativo.

Há uma diferença crucial entre os atores que se relacionam na sociedade. Para os atores orientados pelo sucesso, todos os componentes da situação transformam-se em fatos que eles valorizam a partir de suas próprias preferências, ao passo que aqueles que agem orientados pelo entendimento dependem de uma compreensão da situação, negociada em comum, passando a interpretar fatos relevantes à luz de pretensões de validade reconhecidas intersubjetivamente (HABERMAS, 1997, p. 46-47). Desse modo, normas desse tipo devem apresentar-se como uma autoridade capaz de revestir a validade com a força do fático; porém, dessa vez, sob a condição da polarização que já se estabeleceu entre o agir orientado pelo sucesso e o agir orientado pelo entendimento e, desse modo, sob condições de uma incompatibilidade percebida entre facticidade e validade. Partimos do fato de que as garantias metassociais do sagrado caíram. Antes de prosseguirmos com a discussão, é necessário esclarecermos o conceito de legalidade, pelo qual Kant esclarece o modo complexo de validade do direito em geral, tomando como ponto de partida os direitos subjetivos.

Nesse sentido, comenta Habermas que, para Kant, a relação entre facticidade e validade, estabilizada na validade jurídica, apresenta-se como uma relação interna entre coerção e liberdade, fundada pelo direito. Então Kant, para formular sua teoria do direito, parte de uma noção de direitos subjetivos para construir o princípio geral do direito, segundo o qual é justa a afirmação que a máxima permite a convivência entre a liberdade do arbítrio de cada um e a liberdade de todos conforme a lei geral. Habermas

se apropria desse pensamento e afirma: “[...] o direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação.” (HABERMAS, 1997, p. 114). Isso implica, para Habermas, que a lei seja igual para todos, isto é, o conceito de direito deve conter, na forma geral de leis, os mesmos direitos para todos os cidadãos.

Precisamos deixar clara a relação existente entre Kant e Habermas, uma vez que nos servirá como base para a idéia habermasiana de legitimação do direito, a partir da emigração da moral para o direito. Kant, na “Metafísica dos Costumes”, atrela o direito, bem como as leis jurídicas, à moral, isto é, submete o direito à moral. Esse modo de fundamentar o direito será questionado por Habermas. A teoria moral kantiana fornece os conceitos superiores: vontade e arbítrio, ação e moral, dever e inclinação, lei e legislação, que servem para determinar a ação e o comportamento moral. Para Habermas (1997, p. 140, grifo do autor), na teoria kantiana:

[...] o conceito de direito não se refere prioritariamente à vontade livre, mas ao arbítrio dos destinatários; abrange a *relação externa* de uma pessoa com outra; e recebe a *autorização para a coerção* que está autorizada a usar contra outro em caso de abuso.

Percebemos, então, que o princípio do direito limita o princípio da moral. Essa posição será analisada a seguir.

### 3 A RELAÇÃO ENTRE HABERMAS E KANT COM REFERÊNCIA À LEGITIMAÇÃO DO DIREITO

Para entender com maior clareza a posição de Habermas ante a relação de subordinação do princípio do direito ao princípio moral, necessitamos inferir alguns esclarecimentos sobre a teoria do direito de Kant. Além de demonstrar que o princípio da democracia não pode estar subordinado ao princípio da moral, a análise da forma jurídica kantiana nos possi-

bilitará a retomada da discussão sobre a relação entre direito e moral. Primeiramente, devemos, ao analisar o direito kantiano, começar pela distinção entre legalidade e moralidade. Para Kant, um sujeito dotado de razão e vontade não pode querer outra coisa senão garantir sua conservação, bem estar, resumindo, sua felicidade. Contudo, a felicidade não é um fundamento seguro para a motivação moral, ou seja, ela pode ser uma fonte de corrupção para aqueles que não possuem uma boa vontade. É preciso existir algum mecanismo que possa corrigir e livrar essa vontade boa de inclinações e influências. A razão, segundo Kant, é o mecanismo que pode regular a vontade e torná-la boa, não simplesmente como um meio para alcançar algo, mas, sim, boa em si mesma. “A boa vontade não é boa por aquilo que promove ou realiza, pela aptidão para alcançar qualquer finalidade proposta, mas tão somente pelo querer, isto é, em si.” (KANT, 1986, p. 23). Desse modo, o dever já contém em si, para Kant, o conceito de boa vontade. É ele que irá tornar a boa vontade esclarecida, visto que ela já reside na consciência. “Dever é a necessidade de uma ação por respeito à lei.” (KANT, 1986, p. 31).

Para explicar essas duas formas de legislação, a saber, a moral e a jurídica, Kant utiliza duas formas de atributos: interno e externo. Nesse sentido, a ação externa é aquela relacionada com o ordenamento jurídico, isto é, com as leis e que necessita de uma adesão exterior do indivíduo. Por outro lado, a legislação moral é aquela em que a adesão é íntima, ou seja, uma convicção a partir do sujeito da ação. Isso tem certos agravantes. Por exemplo, o sujeito que segue externamente à lei é obrigado a seguir a lei, enquanto o dever moral é interno porque sou obrigado a agir moralmente com a pureza da intenção. Para Kant, no direito, a conformidade com a lei se faz por temor da sanção, por receio do castigo, ou do descrédito social etc. Na moral, ao contrário, exige-se a adesão total da ação à lei moral, o seu motivo, o puro senso da obrigatoriedade.

Outro ponto importante da distinção entre direito e moral levantado por Kant refere-se aos imperativos hipotéticos e imperativos categóricos. Os imperativos categóricos são aqueles que expressam uma

ação boa por si mesmo, isto é, um fim em si mesmo, por exemplo: “você não deve matar”. Os imperativos hipotéticos são aqueles que prescrevem uma ação boa como meio para alcançar certo fim como por exemplo: “se você não quer ser preso, não deve matar”.

Outros autores percebem outras formas de distinção entre direito e moral que não a kantiana. Para Bobbio (1992, p. 58), devemos considerar a diferença entre liberdade moral e liberdade jurídica. A primeira se refere à faculdade de adequação às leis que a razão nos dá a nós mesmos. A segunda refere-se à faculdade de agir no mundo externo, não sendo os indivíduos impedidos da liberdade igual dos demais seres humanos, livres como eu, interna e externamente.

Nesse sentido, Kant fundamenta a legitimidade do direito em um único princípio básico, a saber, a liberdade. Como o próprio Kant (1996, p. 23) define, “[...] a liberdade é o único direito inato que pertence a cada homem em virtude da sua humanidade.” Esse princípio não necessita do direito positivado para existir, isto é, um direito moral. Além deste, Kant cita a igualdade e a auto-suficiência como princípios a priori do Estado civil. Segundo Habermas (1997, p. 126), o contrato social na teoria kantiana “[...] serve para a institucionalização do direito natural a iguais liberdades de ação subjetivas.” Assim escreve Habermas (1997, p. 127):

Kant vê o direito humano primordial fundamentado na vontade autônoma de indivíduos singulares, os quais dispõem premilarmente, enquanto pessoas morais, da perspectiva social de uma razão que examina as leis, a partir da qual elas podem fundamentar moralmente [...]. Ao mesmo tempo, Kant percebe que o direito humano – que é único – precisa diferenciar-se nos termos de um sistema de direitos, através do qual, tanto a liberdade de cada membro da sociedade, enquanto homem, como também “a sua igualdade com todos os outros, enquanto súditos”, assumem uma figura positiva.

Para Habermas, a teoria kantiana acontece na forma das leis públicas, as quais só podem pretender legitimidade como atos da vontade pública dos cidadãos autônomos e unidos.

Aqui, porém, não é possível nenhuma outra vontade a não ser a de que todo o povo (uma vez que todos determinam sobre todos e, portanto, cada um determina sobre si mesmo): pois ninguém pode ser injusto consigo mesmo. (HABERMAS, 1997, p. 127).

O contrato da sociedade, em Kant, faz prevalecer o princípio do direito de forma monológica à medida que liga a formação política da vontade do legislador às condições de um procedimento democrático, sob o qual os resultados expressam a vontade consensual ou o consenso racional de todos os participantes. Assim, para Habermas, o direito liga-se moralmente com o princípio da soberania do povo. Habermas (1997, p. 127-128) escreve que:

Os direitos do homem, fundamentados na autonomia moral dos indivíduos, só podem adquirir uma figura positiva através da autonomia política dos cidadãos. O princípio do direito parece realizar uma mediação entre o princípio da moral e o da democracia. Contudo, não está suficientemente claro esses dois princípios se comportam reciprocamente. O conceito de autonomia, que suporta a construção inteira, é introduzido por Kant na perspectiva, de certo modo privada, daquele que julga moralmente; porém ele explicita esse conceito na fórmula legal do imperativo categórico, apoiando-se no modelo de Rousseau, ou seja, numa 'legislação' pública realizada democraticamente. Os conceitos 'princípio moral' e 'princípio da democracia' estão interligados; tal circunstância é encoberta pela arquitetura da doutrina do direito.

Ao identificar o direito positivo com o próprio Estado e fundamentar distintivamente o direito privado do direito público, Kant reconhece outros direitos básicos como princípios *a priori* do Estado, a saber, princípios de igualdade e de auto-suficiência. Além disso, com a idéia de contrato social, apresentada por Kant com o princípio do Estado de direito, legítima o poder público e garante a liberdade: com a formulação do princípio universal do direito, Kant

pode afirmar a prioridade da justiça sobre o bem, ou seja, para Kant o mais importante é o universalismo, permitindo a coexistência de uma pluralidade de concepções do que seria a vida boa ou a felicidade. Segundo Almeida (2006, p. 219), as leis positivas teriam de ser pensadas como necessariamente subordinadas a leis morais, embora não derivadas delas, e isso pela simples razão de que não pode haver um verdadeiro conflito de deveres, uma vez que as ações exigidas por regras opostas não poderiam ser igualmente opostas. Portanto, como a noção de Estado político deve ser tratada na filosofia prática, o fundamento moral das leis positivas parece estar garantido, desde que, bem entendido, possa ser considerado efetivamente como leis do direito.

Kant extrai o 'princípio geral do direito' da aplicação do princípio moral a relação externa e inicia sua doutrina do direito com o direito a liberdades subjetivas iguais, equiparadas do direito com a permissão de coerção, a qual compete ao homem 'graças à sua humanidade.' (HABERMAS, 1997, p. 135).

Podemos, então, imprimir três afirmações a partir do princípio universal do direito exposto por Kant e citado anteriormente no trabalho. Temos:

- a) que o direito se aplica às ações externas de um indivíduo à medida que elas comprometem as ações de outros indivíduos;
- b) que o direito concerne às ações externas à medida que se relacionam com o arbítrio de um com o arbítrio dos demais;
- c) que o direito considera unicamente a forma dessa relação e sua compatibilidade com leis universais.

Ora, esse conceito das leis jurídicas como uma espécie das leis morais está baseado, para recordar, na idéia que o direito é a autorização ou faculdade moral: 1) de realizar o que é lícito e o que é obrigatório e de não fazer o que é proibido; e 2) de coagir pela força quem nos impede de fazê-lo. Se isso é concedido, creio que as três afirmações sobre a extensão

do conceito de Direito resultam de uma consideração sobre os limites da coação legítima, isto é, daquilo a que se pode legitimamente coagir as pessoas que não realizam os seus deveres para com os demais. (ALMEIDA, 2006, p. 220).

Habermas entende que, na perspectiva dos destinatários, a relação jurídica não leva em conta a capacidade das pessoas em ligar sua vontade por intermédio de idéias normativas; ela atribui apenas a capacidade de tomar decisões teológicas. Nesse sentido, os direitos subjetivos consistem em desligar, inicialmente, os sujeitos de direito de mandamentos morais, abrindo, aos atores, espaço de arbítrio legítimo (HABERMAS, 1997, p. 121), ou seja, desligar os agentes da forma de obediência própria dos mandamentos morais.

Kant parte da lei moral para derivar os deveres jurídicos. Habermas (1997, p. 140-141) caracteriza tal caminho percorrido por Kant, da moral ao direito, como redução e abstração. A moral estabelece alguns conceitos como forma de caracterizar a sua especificidade, tais como “[...] vontade e arbítrio, ação e moral impulsionadora, dever e inclinação, lei e legislação.” O caminho percorrido da moral ao direito vai da consideração do sujeito como autor da lei ao sujeito como destinatário de deveres.

Adentrando na discussão sobre o princípio do discurso estabelecido por Habermas em “Direito e Democracia”, ele sustenta que devem pleitar legitimidade exatamente aquelas regulamentações com as quais todos os eventuais implicados poderiam concordar como participantes de discursos racionais. É exatamente isso que garante o caráter democrático da legitimação sustentada por Habermas, pois os discursos, os participantes pretendem chegar a pontos de vista comuns, tentando convencerem-se mutuamente de algo por meio de argumentos.

Para Habermas (1997, p. 141), as questões morais e jurídicas referem-se aos mesmos temas e problemas; contudo com essenciais diferenças. Mesmo com pontos em comum, “[...] a moral e o direito distinguem-se *prima facie* porque a moral pós-tradicional representa uma forma de saber cultural, ao passo que o direito adquire obrigatoriedade tam-

bém no nível institucional.” Nesse sentido, o direito é acompanhado por um sistema de coação institucional. Habermas (1997, p. 141) defende a tese de que:

[...] não podemos interpretar os direitos fundamentais, que aparecem na figura positiva de normas constitucionais, como simples cópias de direitos morais e nem a autonomia política como simples cópia da moral.

Nesse sentido, normas gerais de ação ramificam-se em regras morais e jurídicas, o que, sob o ponto de vista normativo, significa que a autonomia moral e política são co-originárias, podendo ser analisadas com o princípio do discurso (princípio D), o qual coloca em relevo o sentido das exigências de uma fundamentação pós-convencional. Pelo princípio do discurso, “[...] são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o assentimento, na qualidade de participantes do discurso racionais.” (HABERMAS, 1997, p. 142). Por isso, ainda segundo o autor, esse princípio “[...] tem, certamente, um conteúdo normativo, uma vez que explica o sentido da imparcialidade de juízos práticos [...]”; porém um princípio que “[...] se encontra em um nível de abstração, o qual, apesar desse conteúdo moral, ainda é neutro em relação ao direito e à moral [...]”, pois se refere às normas de ação em geral.

Pois o princípio moral resulta de uma especificação do princípio geral do discurso para normas de ação que só podem ser justificadas sob o ponto de vista da consideração simétrica dos interesses. O princípio da democracia resulta de uma especificação correspondente para tais normas de ação que surgem na forma do direito e que podem ser justificadas com o auxílio de argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais – e não apenas com o auxílio de argumentos morais. (HABERMAS, 1997, p. 143).

A posição de Habermas em relação à neutralidade do princípio da democracia não é aceita por alguns comentadores. Para Michelman, o princípio da

universalização e o princípio do discurso caracterizam uma justificação política nos termos de um acordo universal hipotético. “É um consenso hipotético, baseado em raciocínio correto, é um teste substantivo, não é apenas procedimental, na justificação de um conjunto de leis fundamentais [...]” (MICHELMAN, 1998, p. 88), por exemplo, em uma constituição.

Para compreendermos melhor a relação entre direito e moral, vamos utilizar a distinção que Klaus Günther realizou nesses dois âmbitos. Günther preocupou-se com a relação entre a ética discursiva e o direito. Ele ocupa-se com a questão de juridificação, de aplicação do direito e, aqui, também com questão dos direitos humanos.

A preocupação de Günther é entender como a ética discursiva diferencia direito e moral. Pelo Princípio de Universalização (PU), exposto anteriormente, as normas só podem encontrar assentimento entre os participantes de um discurso prático, se as conseqüências e os efeitos colaterais, que previsivelmente resultam de uma obediência geral da regra controversa para a satisfação dos interesses de cada indivíduo, forem aceitos sem coação por todos.

A justificação moral ocorre pelo Princípio da Universalização (PU). As normas só terão validade se todos os concernidos por essa norma puderem aceitá-la sem coação e conseqüências colaterais. Não existe um procedimento empírico para garantir a observância da norma. Caso uma norma estabelecida, consensualmente, não seja cumprida, viola-se o princípio de reciprocidade.

O direito, por outro lado, justifica-se pelo Princípio da Democracia (PD), isto é:

[...] só podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros de direito, um processo jurídico de normatização discursiva. (HABERMAS, 1997, p. 145).

A aplicação do direito impede que o princípio da reciprocidade seja quebrado via punição legal (coação).

Assim, o Princípio da Democracia explica o sentido performativo da prática de autodeterminação dos sujeitos do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente. Como Habermas (1997, p. 145) define, “[...] o princípio da democracia não se encontra no mesmo nível que o princípio da moral.”

Enquanto o princípio moral funciona como regra de argumentação para resolver questões morais, o Princípio da Democracia pressupõe a possibilidade das questões práticas, mais precisamente nas fundamentações realizadas em discursos e que dependem da legitimação das leis. Assim, escreve Habermas (1997, p. 146, grifo do autor):

Partindo do pressuposto de que uma formação política racional da opinião e da vontade é possível, o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada – através de um sistema de direitos que garanta a cada um igual participação num processo de normatização jurídica, já garantida em seus pressupostos comunicativos. Enquanto o princípio moral opera no nível da constituição *interna* de um determinado jogo de argumentação, o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização *externa* e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito.

Outro aspecto a ser salientado é que o princípio da democracia não deve apenas estabelecer um processo legítimo de normatização, mas também orientar a produção do próprio médium do direito. O princípio do discurso estabelece as condições às quais os direitos em geral devem satisfazer para se adequarem à constituição de uma comunidade de direito e possam servir como médium da auto-organização dessa comunidade. Por isso, é necessário não somente criar um sistema de direitos, mas também a linguagem que permite à comunidade entender-se como associação voluntária de membros do direito iguais e livres. Como escreve Dutra (2005, p. 214):

[...] essa caracterização do direito a partir da moral parece colocar o direito numa posição inferior, normativamente, àquela da moral, já que haveria, na formulação de Heck, uma primazia normativa da moral sobre o direito. Isso leva Habermas a ver na posição Kantiana com relação ao direito um certo platonismo. Habermas propõe uma relação de complementaridade [Ergänzungsverhältnis] entre moral e direito.

a eutanásia, a doação de órgãos, o uso de embriões humanos, a pena de morte, etc. Assim, no Código Penal Brasileiro, atualmente em vigor, o adultério é considerado crime; já, no atual projeto do atual Código Penal que tramita no congresso, tal crime não existe mais. As duas regulamentações da matéria podem ser consideradas legítimas, pois expressam consensos parciais da sociedade naquele momento. Da mesma forma, podem ser consideradas legítimas a proibição constitucional da pena de morte no Brasil e sua permissão em alguns Estados americanos, pois não há, até o presente momento, um consenso moral sobre a matéria.

Desse modo, como complemento da legitimidade do direito, a moral é necessária, “[...] pois uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais.” (HABERMAS, 1997, p. 140-141). Contudo, para Habermas, a legitimidade do direito não se esgota apenas na moral. Percebemos que Habermas se distancia de Kant, isto é, para Kant, toda a legitimidade jurídica, como já analisamos anteriormente, advém da possibilidade de converter qualquer dever jurídico em dever moral. Assim, a legitimidade jurídica fica devedora, completamente, de uma legitimidade que a precede e que lhe é anterior.

Por isso, para Habermas, são muitas as razões que compõem a legitimidade do direito, a saber, razões morais, ético-políticas e pragmáticas. As questões morais devem ser tratadas de um ponto de vista estritamente normativo, em que devemos considerar o interesse simétrico de todos os envolvidos:

[...] uma norma só é justa, quando todos podem querer que ela seja seguida por qualquer pessoa em situação semelhante. Mandamentos morais têm a força semântica de imperativos categóricos ou incondicionais. (HABERMAS, 1997, p. 200).

Seguindo o pensamento de Dutra, Habermas considera que a validade jurídica comporta uma gama maior de razões do que aquelas permitidas no âmbito moral. Além de não ferir regras morais,

[...] a complexa pretensão de validade de normas jurídicas pode ser entendida como a pretensão de levar em conta, em primeiro lugar, os interesses parciais afirmados estrategicamente, de modo que estes se combinem com o bem comum; em segundo lugar, de recuperar os princípios universalistas de justiça no horizonte de uma força de vida cunhada por constelações particulares de valores. (DUTRA, 2005, p. 219).

Nesse aspecto, analisamos os interesses generalizáveis, que abrangem uma comunidade de comunicação não circunscrita por determinados valores ou costumes. É preciso que seja possível o entendimento e o consenso a respeito das regras morais.

Prosegue Dutra (2005, p. 220) que:

Por ser um sistema de ação, o direito não pode adiar, indefinidamente, o regramento de comportamento da ação, tendo que estabelecer normas sobre matérias a respeito das quais ainda não há consenso moral, tais como, o aborto,

As questões ético-políticas buscam a clareza sobre uma forma de vida e seus ideais orientadores. Trata-se do modo como uma sociedade quer compor sua identidade, ou seja, como essa sociedade pretende se caracterizar.

As questões pragmáticas colocam-se quando os fins do agente se tornam problemáticos ou quando o agente não consegue encontrar os meios adequados para executar suas referências. Acontece, então, a formulação de reconstrução hipotética, sob a forma de imperativos condicionais. No entan-

to, o questionamento sobre os valores aponta para questões ético-políticas (DUTRA, 2005, p. 221). Portanto, o direito, para Habermas, visa resolver o problema das sociedades modernas de como integrar socialmente o mundo da vida em si pluralizados e profanizados. O direito na modernidade ganha força jurídica para a sanção, porém esta sanção deve ser reconhecida pelos atores que agem livremente na sociedade. A integração social garantida pelo direito é fruto das alianças e do consenso alcançado por intermédio do agir comunicativo. A força integradora do direito é extraída da manifestação democrática dos seus atores.

#### 4 CONCLUSÃO

No presente artigo, procuramos apontar a legitimidade do direito para Habermas. O autor defende a neutralidade do princípio do discurso em relação ao direito e a moral; contudo assegura uma relação de complementaridade entre eles. As sociedades modernas organizam-se em forma de Estados. A ordem é formulada normativamente obedecendo a um ordenamento jurídico. Essa estrutura moderna de entender e legitimar o ordenamento jurídico difere-se das sociedades tradicionais, nas quais o direito estava relacionado à autoridade sagrada. A legitimidade do direito nas sociedades tradicionais estava ligada à fi-

gura do sagrado, porém, nas sociedades modernas, o ordenamento jurídico deixou de ser legitimado pela ordem sagrada, o que ocasionou um pluralismo de opiniões e diferentes formas de conceber a integração social.

Por isso, na modernidade, surge a necessidade de que o fardo da integração social se transfira da autoridade religiosa para a fundamentação por meio do agir comunicativo, isto é, o entendimento dos atores a respeito das normas e leis válidas para a integração social. O direito passa a ser garantido pelo Princípio da Democracia, isto é, só devem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito em um processo jurídico de normatização discursiva.

O direito, nessa medida, não deve derivar de um direito moral superior, mas deve emanar da autonomia dos cidadãos. A estabilidade do ordenamento jurídico é garantida pelo procedimento democrático. Poderíamos concluir este artigo dizendo que a proposta habermasiana procura legitimar o direito a partir de um processo democrático, no qual os destinatários do direito se sintam, também, como formuladores e participantes do processo de elaboração do direito. Isso garante legalidade e legitimidade ao direito, pois os destinatários do direito o reconhecem como força jurídica capaz de implantar sanções sobre a sociedade.

### *The legitimacy of the proposal in direct discourse of ethics*

#### *Abstract*

*The present article looks for to carry out a theoretical debate about the legitimation of right from the practice philosophy of Habermas. The study concentrates in analyze like Habermas fundamentes the right from to communicative act, and so, of like distance the legitimation of right of moral. The “habermasiana” perspective develops in direction of found a principle morally neutral that may give legalized and legitimated to modern right. This principle will be called by Habermas of principle of the democracy which stem from principle of the speech. To arrive in this conception, Habermas carries out a detailed debate with a doctrine of right of Kant, in order to point out the possible flaws of “kantiana” theory and correct them with the theory of communicative act, present in “Right and Democracy”.*

*Keywords: Right. Democracy. Moral. Speech. Communicative act.*

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Guido Antônio de. **Sobre o princípio e a lei universal do direito em Kant**. Kriterion, 2006.
- APEL, K. O. **La transformación de la filosofía**. Madrid: Taurus, 1985.
- BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- DUTRA, D. J. V. Da fundamentalidade dos direitos sociais e ecológicos na filosofia de Habermas. In: MÜLLER, Maria C.; CENCI, Elve M. (Org.). **Ética, política, e linguagem: confluências**. Londrina: Edições Cefil, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Kant e Habermas**. A reformulação discursiva da moral kantiana. Porto Alegre: Edipucrs, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Razão e consenso**. Uma introdução ao pensamento de Habermas. Pelotas: Ed. Ufpel, 1993.
- \_\_\_\_\_. **Razão e consenso em Habermas**. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: Ed. Ufsc, 2005.
- DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GUDDENS, A. **Política, sociologia e a teoria social**. São Paulo: Ed. Unesp, 1998.
- GÜNTHER, K. **The Sense of Appropriateness: application discourses in morally and law**. EUA: Suny, University of New York Press, 1993.
- HABERMAS, J. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Conhecimento e interesse**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

- \_\_\_\_\_. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.
- \_\_\_\_\_. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, J.; MOREIRA, L. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. p. 67-82.
- \_\_\_\_\_. **Era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- \_\_\_\_\_. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- \_\_\_\_\_. **Teoría de la acción comunicativa**: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1992.
- KANT, I. **À Paz Perpétua**. São Paulo: L&MP, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993.
- \_\_\_\_\_. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1986.
- \_\_\_\_\_. **Teoría y práctica**. Madrid: Tecnos, 1986.
- \_\_\_\_\_. **The Metaphysic of Morals**. Cambridge: University Press, 1996.
- MARX, K.; ENGELS, F. **A ideologia Alemã**. São Paulo: Hucitec, 1984.
- MICHELMAN, F. Constitutional Authorship. In: ALEXANDER. **Cititucionalism Philosophical foundations**. Cambridge, 1998.

MOREIRA, L. **Com Habermas, contra Habermas**: direito, discurso e democracia. São Paulo: Landy, 2004.

SIEBENEICHLER, F. B. **Jürgen Habermas**: razão comunicativa e emancipação. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

TUGENDHAT, E. **Lições sobre ética**. Petrópolis: Vozes, 1996.

VELASCO, M. **Ética do discurso**: Apel ou Habermas? Rio de Janeiro: Faper/Mauad, 2001.

WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.

Recebido em 9 de dezembro de 2007  
Aceito em 7 de abril de 2008

