

A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NA TEORIA DISCURSIVA DE HABERMAS: PORQUE A LEGITIMIDADE DO DIREITO NÃO PODE SER REDUZIDA À MORALIDADE

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira **

Camila Cardoso de Andrade *

RESUMO

Este artigo desenvolve, a partir da perspectiva da teoria discursiva do direito de Habermas, as relações existentes entre direito positivo e moral autônoma na modernidade. O direito moderno possui características formais que possibilitam que suas leis sejam compreendidas ao mesmo tempo como leis coercitivas e leis de liberdade, na medida que podem ser cumpridas por medo da sanção ou por respeito a essas leis. Tais características permitem ao direito funcionar como um complemento da moral racional, que institucionaliza os mandamentos morais tornando-os eficazes para a ação. O direito supre os déficits motivacionais, cognitivos e operacionais da moralidade. A legitimação das normas jurídicas não se apóia, no entanto, somente em fundamentos morais, mas também em fundamentos pragmáticos e ético-políticos. O que antes garante legitimidade ao direito é a institucionalização jurídico-constitucional de um processo legislativo democrático de justificação da validade das normas jurídicas. O direito diferencia-se da moralidade em razão do caráter de concretude de suas normas, elaboradas para uma comunidade jurídica delimitada espaço-temporalmente. Isso gera diferenças entre ambos no que diz respeito ao seu conteúdo, ao caráter da validade de suas normas e ao modo de sua elaboração.

PALAVRAS CHAVES:

DIREITO; MORAL; TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO; LEGITIMIDADE

** Mestre e Doutor em Direito Constitucional (UFMG). Professor de Filosofia do Direito (PUC Minas) e de Teoria da Constituição (UFMG).

* Especialista em Direito Público (IEC-PUC Minas). Mestranda em Teoria do Direito (PUC Minas). Membro da Diretoria do IHJ-MG.

ABSTRACT

This article discusses the relationships between positive law and autonomous morality in modern age from the perspective of Habermas's discourse theory of law. Modern law has formal characteristics which enable its norms to be understood simultaneously as coercive and freedom norms, insofar as they may be carried out by means of sanctions or by respect to these norms. Such characteristics enable law to function as a complement to the rational moral, which institutionalizes moral precepts, making them effective for action. Law makes up for the motivational, cognitive and operational deficit of morality. Legitimacy of legal norms is based, however, not only on moral arguments, but also on pragmatic and ethical-political ones. Only the democratic legislative procedure, institutionalized constitutionally, guarantees the legitimacy of legal norms. Law differentiates itself from morality because of the concrete character of its norms, which are elaborated for a legal community delimited by space and time. This generates differences between both of them concerning the content, the validity character of its norms and its mode of elaboration.

KEYWORDS:

LAW; MORALITY; DISCOURSE THEORY OF LAW; LEGITIMACY.

1 Introdução

Para Habermas, o direito moderno caracteriza-se, de um lado, por ser positivo, ou seja, instituído mediante normas modificáveis, promulgadas por um legislador político e sustentadas por ameaça de sanção, e, de outro, por assegurar a liberdade, ou seja, pela exigência de que garanta equitativamente as autonomias pública e privada dos cidadãos, sendo que sua legitimidade é devida a um processo legislativo democrático (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 171). O direito abre a possibilidade de que seu cumprimento se dê em função de um cálculo estratégico sobre as conseqüências de

possíveis transgressões ou, em uma atitude performativa, que se cumpra o direito por respeito à lei. Portanto, a facticidade da imposição do direito positivo e a expectativa da sua legitimidade estão entrelaçadas no modo de produção do direito moderno. Assim, o Estado deve garantir, a fim de conferir validade a uma norma jurídica, tanto uma obediência média às normas, mesmo que para isso seja necessária a imposição de sanções, quanto condições institucionais para a produção normativa legítima. (HABERMAS, 2004, p. 294-296)

Cattoni de Oliveira (2007, p. 46) expõe, com base em Habermas, o enunciado do princípio da democracia, que densifica o princípio do discurso sob a forma jurídica e explica fundamento de legitimidade do direito:

Num nível pós-convencional de justificação, somente podem ser consideradas legítimas aquelas leis passíveis de serem racionalmente aceitas por todos os membros da comunidade jurídica, em um processo democrático de formação discursiva da opinião e da vontade comum.

O nível pós-convencional de justificação significa que não é possível buscar o fundamento de legitimidade das normas jurídicas, normas modificáveis e produzidas por um legislador político, em um direito natural anterior/superior ao direito positivo, de base moral. Para Habermas, a essa diferenciação entre direito positivo e direito natural subjaz uma herança platônica de que uma comunidade ideal de sujeitos capazes de responder moralmente por seus atos seria projetada nos planos das comunidades jurídicas localizadas no tempo e no espaço.

As ordens jurídicas modernas são construídas tendo por base os direitos subjetivos, que garantem aos cidadãos espaço para agirem de acordo com suas próprias preferências, de forma que os sujeitos de direito estão desobrigados em relação a mandamentos morais. Como titulares de direitos subjetivos, aos membros da comunidade jurídica é, em princípio, permitido tudo o que não é explicitamente proibido. No direito, existe uma prioridade dos direitos subjetivos em relação aos deveres jurídicos, posto que estes refletem aqueles, sendo restrições legais às liberdades subjetivas. Já na moral, existe uma simetria entre direitos e deveres. Direito e moral visam possibilitar às pessoas o exercício autônomo de sua liberdade de ação. No entanto, enquanto a autonomia moral é um conceito unitário que pretende proteger a

liberdade e integridade de todas as pessoas naturais, sem limitações espaço-temporais, a autonomia jurídica divide-se em autonomia pública (liberdades comunicativas) e privada (liberdades individuais) dos membros de uma determinada comunidade jurídica, entendidos como sujeitos de direito.

As matérias carentes de regulamentação jurídica são ao mesmo tempo mais abrangentes e mais restritas do que as moralmente relevantes. São mais restritas porque ao direito somente importa o “comportamento externo” dos indivíduos, independentemente de sua motivação, e mais abrangentes porque a regulamentação jurídica não se exaure na regulação de conflitos de ação interpessoais, mas se refere também ao cumprimento de finalidades coletivas e a programas políticos. O processo democrático que assegura a formação discursiva da opinião e da vontade políticas, e, assim, confere legitimidade às normas jurídicas, está apoiado em diversos tipos de razões, e não pode ser justificado com base somente em razões morais. (HABERMAS, 2005, p.650; HABERMAS, 2004, p. 299)

No presente artigo pretende-se contribuir para a reflexão acerca de relação existente entre direito e moral sob a perspectiva da Teoria Discursiva do direito e da democracia, de Jürgen Habermas. Para Habermas, o esclarecimento da relação entre direito e moral pode ajudar a compreender a dificuldade que a teoria do direito tradicional tem em reconhecer o vínculo interno entre direitos humanos e soberania popular, e entre autonomia pública e autonomia privada. Para ele, essa dificuldade se deve ao fato de que a teoria do direito racional moderno mantém a distinção entre direito natural e direito positivo. (HABERMAS, 2005, p.170) A fim de desenvolver tal empreitada, efetua-se aqui uma reconstrução dos principais argumentos desenvolvidos por Habermas na obra **Facticidad y Validez** (HABERMAS, 2005), acerca da relação entre direito positivo e moral autônoma na modernidade. Na segunda parte da presente exposição, será feita uma reconstrução de argumentos centrais apresentados no Capítulo 3 dessa obra, no qual Habermas expõe a concepção de que o direito constitui um complemento funcional da moral na modernidade. Na terceira parte, serão enfatizadas as diferenças entre direito e moral quanto ao caráter de validade, ao conteúdo e ao modo de elaboração das suas respectivas normas, conforme apresentadas no Capítulo 4, de

Facticidad y Validez. Todavia, para Habermas, cabe considerar, a título de considerações finais, que embora a legitimidade do direito moderno não possa estar baseada em “uma consciência moral remanescente e pós-tradicional” (HABERMAS, 2004, p.296) e, assim, não se possa reduzir a legitimidade do direito a uma justificação moral das normas jurídicas, isso não significa dizer que a legislação política possa contradizer princípios morais, ou seja, que embora o direito não possa ser subordinado à moral, o processo democrático não pode desconsiderar argumentos morais na justificação das normas jurídicas, sob pena, inclusive, de dissonâncias cognitivas que afetariam os processos de integração social.

2 Complementaridade entre Direito e Moral

Habermas refletiu, no Capítulo 3, de **Facticidad y Validez** (2005, pp.169-184), sobre a relação existente entre o direito positivo e a moral racional na modernidade, no sentido de que a argumentação jurídica não é um caso especial da argumentação moral, como pretendem certas leituras de Kant e outros autores influenciados por seu pensamento (ALEXY, 1989). Ao contrário, o autor entende que a relação entre direito e moral é uma relação de complementaridade, na medida em que ambos os tipos de normas são normas de ação.

Para Habermas (2005, p.171), de um ponto de vista sociológico, embora moral e direito tratem de problemas comuns, a saber, como ordenar relações interpessoais de forma legítima, como coordenar entre si as ações por meio de normas fundamentadas e de como solucionar, de forma consensual, os conflitos de ação sobre o pano de fundo de princípios e regras reconhecidos intersubjetivamente, direito e moral tratam desses problemas de maneiras distintas.

De um ponto de vista normativo, Habermas compreende tanto o princípio moral quanto o princípio democrático como formas distintas de concretização do princípio do discurso (D), respectivamente à luz de normas morais e de normas jurídicas. O princípio

do discurso, altamente abstrato, é, portanto, neutro em relação tanto à moral quanto ao direito¹. E expressa o sentido das exigências pós-convencionais de justificação, que requer que juízos práticos sejam decididos racionalmente e de maneira imparcial. Tal princípio é enunciado da seguinte forma:

D: Validas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales² (HABERMAS, 2005, p.172)

Este princípio refere-se às normas de ação em geral e encontra especificação (i.e., o princípio do discurso ramifica-se, concretiza-se) no princípio moral, que se refere às normas de ação que só podem ser justificadas de um ponto de vista que leve em consideração o igual interesse de todos; e no princípio democrático, que se refere às normas de ação que se apresentam sob a forma jurídica e que podem ser justificadas com base em razões pragmáticas, éticas ou morais.

A fim de explicar porque a relação entre direito e moral é de complementaridade e não de subordinação, Habermas esclarece as diferenças às quais estão sujeitos o princípio moral e o princípio democrático no que respeita aos níveis de referência de ambos. 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, a partir dos

¹ A obra **Facticidad y Validez** constitui uma modificação no pensamento de Habermas no que respeita à especificação do princípio do discurso e, assim, no que respeita à relação entre direito e moral. Nesse sentido, ele afirma: “En mis estudios publicados hasta ahora sobre “ética del discurso” no he diferenciado suficientemente entre “principio de discurso” y “principio moral.” (HABERMAS, 2005, p.172). Sobre a evolução do pensamento habermasiano no que respeita à relação entre direito e moral, veja-se Habermas, 1989, e Habermas, 2005, p.587 e seguintes.

² Habermas (2005, p.172-173) entende necessário explicar alguns conceitos básicos contidos nessa formulação do princípio do discurso: “El predicado ‘válido’ se refiere a normas de acción y a los correspondientes enunciados normativos generales o universales; expresa un sentido inespecífico de validez normativa, que es todavía indiferente frente a la distinción entre moralidad y legitimidad. Por ‘normas de acción’ entiendo las expectativas de comportamiento generalizadas en la dimensión temporal, en la social y en la de contenido. ‘Afectado’ llamo cualquiera a quien puedan concernir en sus intereses las consecuencias a que presumiblemente pueda dar lugar una práctica general regulada por normas. Y por ‘discurso racional’ entiendo toda tentativa de entendimiento acerca de pretensiones de validez que se hayan vuelto problemáticas, en la medida en que esa tentativa tenga lugar bajo condiciones de comunicación que dentro de un ámbito público constituido y estructurado por deberes ilocucionarios posibiliten el libre procesamiento de temas y contribuciones, de informaciones y razones.”

pressupostos universais da argumentação. O princípio moral rege internamente a argumentação para a decisão racional de questões morais. O princípio democrático, por outro lado, aparece sob a forma institucional dos direitos de participação e comunicação políticas e pressupõe a possibilidade de que as questões práticas possam ser racionalmente decididas, bem como a possibilidade de todas as classes de justificações efetúáveis em discursos e negociações, às quais se deve a legitimidade das leis, ou seja, o princípio democrático cria condições institucionais para formas de argumentação e de negociação de amplo espectro.

Outro aspecto sob o qual Habermas diferencia o princípio democrático do princípio moral diz respeito à particularidade das normas jurídicas, que se diferem das demais normas de ação. A forma jurídica, de que se revestem as normas jurídicas, desenvolveu-se ao longo da evolução social; assim, essas normas são dotadas de um caráter artificial. E por essa razão, as normas jurídicas são normas de ação que são aplicáveis a si mesmas, ou seja, são reflexivas. As normas jurídicas devem ser capazes de justificar quais condições irão satisfazer os direitos em geral, se resultarão aptos para a constituição de uma comunidade jurídica e como meio através do qual essa comunidade se auto-organiza. Para tanto, faz-se necessário por meio de normas processuais, de normas de organização e de fixação de competências estabelecer uma linguagem na qual essa comunidade possa entender-se como uma associação voluntária de membros iguais e livres da comunidade jurídica. (HABERMAS, 2005, pp. 176-177)

Habermas recorre inicialmente à formulação kantiana do princípio da legalidade para explicar as características formais do direito moderno. As características das leis jurídicas, para Kant, seriam obtidas a partir de três restrições operadas em categorias da lei moral. O direito se refere ao *arbítrio* dos destinatários, e não à capacidade dos sujeitos de agir por sua vontade livre. O direito somente regulamenta *relações externas* dos sujeitos entre si. E ao direito só importa a ação conforme as regras, que pode ser imposta *coercitivamente*, independente do tipo de motivação para essa conformidade. (HABERMAS, 2005, p. 177). A forma jurídica, de que se revestem as normas jurídicas, altera o *status* dos destinatários dessas normas. Enquanto a moral regula relações interpessoais e conflitos entre pessoas naturais, que se reconhecem como membros da

humanidade, como “cidadãos do mundo”, e como indivíduos insubstituíveis, o direito regula relações interpessoais e conflitos de ação entre membros de uma comunidade jurídica. A integridade dos membros de uma comunidade jurídica é garantida na medida em que estes assumam o *status*, criado artificialmente, de titulares de direitos subjetivos. Dos sujeitos de direito somente se supõe a capacidade de tomar decisões racionais com respeito a fins, exercendo sua liberdade de arbítrio. Isso reduz a vontade livre e capaz de julgar moralmente ao arbítrio do sujeito de direito que se determina por suas próprias preferências. (HABERMAS, 2005, p. 178)

No entanto, para Habermas, os aspectos da legalidade não devem ser compreendidos como restrições da moral. Ao contrário, Habermas entende que a relação entre direito e moral é de complementaridade, porque na modernidade, em face do desmoronamento do *ethos* tradicional, uma moral tornada autônoma, que se baseia somente em fundamentos racionais, não tem mais apoio nas práticas consagradas pela tradição e somente é capaz de responder pela correção dos juízos morais. A moral, nesse sentido, não consegue ser eficaz para a ação a não ser à base da própria capacidade moral dos indivíduos que agem autonomamente. A moral racional busca resolver os conflitos de ação interpessoais de forma imparcial, considerando as questões moralmente relevantes sob a luz da universalidade, possibilitando um saber que é capaz de orientar a ação. No entanto, 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. Os mandamentos morais para serem eficazes para a ação, devem ter contato com instituições capazes de colocar em prática as expectativas moralmente justificadas. (HABERMAS, 2005, p. 179).

Assim, o direito surge como complemento da moral, pois, enquanto sistema de saber e sistema de ação, ele se estabelece nos níveis da cultura e da sociedade, e é responsável por conectar as decisões tomadas nos processos argumentativos com a institucionalização dessas decisões para torná-las eficazes para a ação. O direito apresenta-se, então, como um complemento funcional dessa moral, pois, esta pode

recorrer ao direito para promover integração social. A moral pós-convencional não é capaz de lidar com problemas altamente complexos relativos à integração social e, assim, transpor suas normas da argumentação para a ação, porque possui deficiências (a) cognitivas, (b) motivacionais e (c) operacionais. (HABERMAS, 2005, p. 180)

Quanto ao aspecto cognitivo (a) ocorre que, embora com base na moral os sujeitos possam avaliar situações controversas e elaborar juízos sobre elas, a moral não gera obrigações institucionais, cabendo aos sujeitos, por si, orientar suas ações. O direito, por sua vez, institui obrigações que orientam a ação, desonerando os sujeitos do fardo de decidir em todo momento como devem agir. Quanto à deficiência motivacional (b), a moral é incapaz de estabilizar expectativas de comportamento porque o risco de dissenso está sempre presente, já que a moral baseia a possibilidade de que suas normas sejam realizadas com fundamento em um processo argumentativo. O direito, por outro lado, pode impor coercitivamente suas normas, e a ele só importa o comportamento externo dos sujeitos, ou seja, se a ação se deu conforme a norma ou não. Para o direito, os motivos para o cumprimento da norma são irrelevantes. Quanto ao déficit operacional (c), a possibilidade de imputação de obrigações morais exigiria, em sociedades complexas, esforços cooperativos ou realizações institucionais. O direito contém normas secundárias que zelam e cuidam da produção das normas primárias para a regência de comportamentos. Ele é capaz de definir competências e de fundar organizações; em suma, ele produz um sistema de imputações, que se refere não apenas às pessoas físicas, mas também às pessoas jurídicas tais como empresas e instituições públicas. (HABERMAS, 2005, pp. 180-183)

3 Diferenciação entre Direito e Moral

No primeiro tópico da parte II, do Capítulo 4, de **Facticidad y Validez**, Habermas pretende demonstrar que a legitimidade do direito não se reduz a uma justificação moral; e, assim, que as questões jurídicas são diferentes das questões

morais, justamente por envolverem num nível institucional outros tipos de razões em sua justificação discursiva.

De acordo com a Teoria Discursiva do direito, o processo legislativo, institucionalizador do processo de formação da opinião e vontade públicas, deve ocorrer sob as formas de comunicação que façam valer o princípio do discurso em dois aspectos, quais sejam: a) *aspecto cognitivo*, através da filtragem de temas e contribuições, razões e informações é responsável por conferir presunção de racionalidade aos resultados obtidos no procedimento democrático, de forma que este fundamente a legitimidade do direito; e b) *aspecto prático* (ou motivacional) de produzir relações de entendimento mútuo livres de coerção, que desencadeiam as forças produtivas da liberdade comunicativa. (HABERMAS, 2005, p.218)

Habermas (2005, p.219) retoma a distinção entre direito e moral a fim de desenvolver, de acordo com a teoria da argumentação, a forma através da qual os assuntos políticos podem ser tratados de forma discursiva. O autor afirma que a interpenetração entre a elaboração discursiva do direito e a formação comunicativa do poder faz-se necessária porque, ao contrário do que ocorreria em uma comunidade idealizada de pessoas morais, comunidades concretas (ou comunidades jurídicas) que almejam reger sua vida em comum pelo direito são incapazes de separar a questão da regulamentação de expectativas de comportamento das questões relativas à fixação de objetivos coletivos. Dessa forma, as questões envolvidas no processo político e legislativo de formação da opinião e da vontade são diferentes das questões relativas à formação do dever moral.

Enquanto as normas morais visam à regulamentação de contextos de interação em geral e refletem por igual o interesse de todos, as normas jurídicas visam à auto-organização de uma comunidade política concreta, delimitada histórica e socialmente. As normas jurídicas não devem estar em dissonância com o que exige a moral. Todavia, uma vez que as normas jurídicas refletem a vontade particular dos membros de determinada comunidade jurídica, elas são também expressão de uma forma de vida compartilhada intersubjetivamente, de posições de interesse dadas e de fins pragmaticamente escolhidos. Desse modo, o direito de uma comunidade jurídica possui

um conteúdo teleológico que torna as questões políticas abertas à satisfação de fins coletivos. Na medida em que a busca da realização dos fins coletivos de uma sociedade se concentra na atividade estatal, a atividade do poder legislativo deve ser capaz de programar tais âmbitos funcionais ampliados e as crescentes operações e contribuições organizativas do Estado. Assim, dentro do espectro das razões que figuram nos discursos de justificação da validade das normas jurídicas encontram-se, além de razões morais, razões éticas e pragmáticas. (HABERMAS, 2005, p.219)

Embora sob o paradigma liberal de Estado a persecução de fins coletivos estivesse separada das atividades estatais, as quais deveriam se limitar ao asseguramento de direitos subjetivos, já havia conteúdos teleológicos na legislação tributária e na legislação relativa a segurança militar. O paradigma do Estado Social, por sua vez, entendia que o direito deveria positivizar a eticidade substancial de uma comunidade concreta. Mesmo que nos paradigmas liberal e social, o direito já se encontrasse aberto a pontos de vista teleológicos ou finalísticos, referentes à auto-compreensão de determinada forma de vida ou à escolha entre objetivos alternativos, Habermas nota, no entanto, que a consideração desses pontos de vista não deve permitir que o direito seja absorvido por uma eticidade substancial previamente dada, pois isso destruiria a forma jurídica e a tensão entre facticidade e validade desapareceria. (HABERMAS, 2005, p.219-220)

O direito e a moral possuem em comum uma força deontológica, mas a institucionalização do direito confere-lhe a capacidade de impor suas normas coercitivamente. Entretanto, em relação ao seu caráter de concretude, o direito confronta-se com a moral em relação (a) ao conteúdo; (b) ao caráter da validade de suas normas e (c) ao modo de elaboração das mesmas.

(a) As normas morais reclamam seu cumprimento em razão de se submeterem a um teste de universalização que examina o que é igualmente bom no interesse de todos; e assim, examina o que é justo. As normas morais pretendem uma validade absoluta, na medida que pretendem ser válidas para todos e para cada um. Nesse sentido, a justiça tem primazia sobre valores, os quais possuem uma validade relativa que pode ser ponderada à luz de circunstâncias específicas. Já as normas jurídicas, uma vez que se

referem à regulação de conflitos em comunidades jurídicas concretas, estão abertas, além do uso moral da razão prática, a usos pragmático e ético, pois nos discursos jurídicos de justificação dessas normas aparecem problemas relativos a como se alcançar uma auto-compreensão política e ao equilíbrio de interesses. (HABERMAS, 2005, p.221)

(b) Quanto à validade, Habermas coloca que as normas jurídicas pretendem estar de acordo com as normas morais; mas não apenas com elas, pois as normas jurídicas também são justificáveis com base em razões pragmáticas e ético-políticas. Essas razões, no entanto, possuem uma validade que é dependente de contexto, ou seja, uma validade relativa:

Una autocomprensión colectiva sólo puede ser auténtica dentro del horizonte de una forma de vida en la que ya nos encontramos; la elección de una estrategia sólo puede ser racional atendiendo a determinados fines que nos hemos propuesto; y un compromiso sólo puede ser equitativo sobre el trasfondo de unas determinadas constelaciones de intereses. Las correspondientes razones sólo valen relativamente a la identidad de la comunidad jurídica (identidad que viene histórica y culturalmente acuñada), a las orientaciones valorativas, a las metas y a las constelaciones de intereses de sus miembros. (HABERMAS, 2005, p.223)

Na dimensão da validade normativa do direito existe, pois, um momento volitivo, em razão de sua relação com o substrato de fato de uma comunidade jurídica. É precisamente a lógica própria das razões éticas e pragmáticas (questões não morais), que se encontram inseridas no processo de formação da opinião e da vontade políticas e seu caráter de dependência de contexto que explicam a força desse momento volitivo na produção do direito. (HABERMAS, 2005, p.225)

(c) Da mesma forma, nas contingências do modo de elaboração das normas jurídicas, levado a efeito no processo legislativo, impõe-se o elemento teleológico. Tanto as normas morais como as normas jurídicas são construídas, mas nas normas jurídicas o momento da construção emerge mais marcadamente, porquanto estas conferem estrutura racional a formas de vida específicas.

Las razones que justifican a las reglas morales conducen a un entendimiento, a un estar de acuerdo, racionalmente motivado; la fundamentación de normas jurídicas sirve a un convenio racionalmente motivado. En primer caso nos convencemos de qué deberes tenemos, en el segundo, de qué obligaciones deberíamos contraer o asumir. (Habermas, 2005, p.224)

Assim, segundo Habermas (2005, p.224-225), na formação da vontade coletiva, a idéia de auto-legislação é entendida como autonomia política, e esta se difere da autonomia moral, porque mesmo que seus resultados sejam racionalmente fundados, ela conserva uma certa contingência, na medida em que as razões a que apela somente se sustentam em relação a contextos mutáveis. Isso explica porque é discursivamente, sob a forma de poder comunicativo, que o legislador político alcança o fundamento comum das convicções produzidas no processo legislativo democrático.

4 Considerações Finais

Como vimos, de acordo com a perspectiva desenvolvida pela Teoria Discursiva do direito e da democracia, de Jürgen Habermas, existe nas democracias modernas a necessidade de justificar as normas jurídicas de tal forma que elas possam ser consideradas legítimas. Essa legitimidade se apóia na garantia de um consenso racional construído discursivamente ou, ao menos, sob condições equânimes de negociação, pelos destinatários dessas normas que, através do processo legislativo democrático, devem ser seus co-autores. Embora haja a exigência de que tal consenso respeite os interesses de todos os afetados e, assim, que também se possa buscar o consenso em relação a interesses universalizáveis, que se levem em conta o ponto de vista moral nas regulamentações jurídicas, as normas jurídicas são por demais concretas para poderem apoiar-se apenas em razões morais.

O direito, portanto, serve à regulamentação imparcial de conflitos de ação entre os membros de uma comunidade jurídica delimitada no tempo e no espaço e, como comunidade concreta, ela não é capaz de dissociar essas questões daquelas relativas à

realização de objetivos coletivos e à auto-compreensão ético-política autêntica dos membros e grupos que constituem essa comunidade.

No entanto, para Habermas, cabe, por fim, fazer uma advertência. Para ele, a idéia democrática de que todos os cidadãos devem ser tratados como iguais, na medida em que titulares dos mesmos direitos, requer que o direito também conserve uma referência à moral. Pois se o direito complementa a moral funcionalmente, suprimindo déficits que possibilitariam tornar razões morais eficazes para a ação, por outro lado a moral abre razões universalizáveis ao direito. Assim, embora o direito não possa coercitivamente substituir a capacidade moral dos indivíduos, ele não deve impossibilitar que a obediência a suas normas também se possa dar por respeito à lei. E, nesse sentido, é que se pode afirmar que apesar de a legitimidade do direito não se reduzir a uma justificação moral das normas jurídicas, o processo legislativo democrático não pode desconsiderar exigências de imparcialidade na justificação das normas, sob pena, inclusive, de dissonâncias cognitivas entre direito positivo e moral pós-convencional, que afetariam os processos de integração social. Tal afirmativa remete-se, mais uma vez, à relação de complementaridade, portanto, entre direito e moral.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Poder, ação e esfera pública em Hannah Arendt e em Jürgen Habermas: a conexão constitutiva entre direito e poder no Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pp.45-56.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Coesão interna entre Estado de direito e democracia na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (coord.) **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, pp.171-188.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e democracia. In: HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperbe e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. pp. 293-308.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 4ª.ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2005.

HABERMAS, Jürgen. Sobre la arquitectónica de la diferenciación de discursos: pequeña réplica a una gran discusión. In: HABERMAS, Jürgen. **Entre Naturalismo y Religión**. Trad. Juan Carlos Velasco e outros. Barcelona: Paidós, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2002.