

**A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL EM HABERMAS:
A ANÁLISE PRELIMINAR A *FAKTIZITÄT UND GELTUNG***

**[THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND MORALITY
IN HABERMAS: THE PRELIMINARY ANALYSIS TO
FAKTIZITÄT UND GELTUNG]**

Alberto Paulo Neto

Doutor em Filosofia pela Universidade de São Paulo

DOI: <http://dx.doi.org/10.21680/1983-2109.2016v23n42ID10265>

Natal, v. 23, n. 42
Set.-Dez. 2016, p. 209-246

Princípios
Revista de filosofia

E-ISSN: 1983-2109



Resumo: A relação entre o direito e a moral, na modernidade, foi concebida sob a perspectiva de subordinação do direito ao conteúdo moral (*naturalismo*) e a afirmação que essas duas esferas normativas são factualmente distintas e independentes (*positivismo*). Essas perspectivas jurídicas não possibilitam a compreensão do direito moderno como inserido em uma dúplici orientação de imposição de normas e de busca de legitimação pela via discursiva. Nas *Tanner Lectures* de Habermas é apresentado o primeiro experimento da Teoria Crítica em considerar o sistema jurídico como acessível ao conteúdo normativo da racionalidade comunicativa. Habermas realiza a discussão mediante o estudo da racionalização social operada pelo direito. A sociologia de Max Weber fornece o aporte para configurar a estrutura formal do direito e a sua impositividade. A estrutura formal do direito estaria em conflito com a orientação de bem-estar social que adentrou ao sistema jurídico pela orientação política. Esse processo é denominado de *juridificação* e reflete a ampliação da regulação jurídica sobre a vida social. Habermas observa que o resgate da relação entre o direito e a moral poderá conter a instrumentalização política do direito e arranjar-lo em características normativas que expressem a semelhança com o procedimento moral de dedução de normas.

Palavras-chave: Estado de Direito; Direito; Moral; Juridificação; Ética do discurso.

Abstract: The relationship between Law and morality, in Modernity, was conceived under the subordination perspective of the right to moral content (*natural law*) and the assertion that these two normative spheres are factually distinct and independent (*positivism*). These legal perspectives do not allow understanding of modern law as inserted into a dual orientation enforcement standards and search for legitimacy by the discursive route. In Habermas' *Tanner Lectures* is presented the first experiment of Critical Theory to consider the legal system as accessible to the normative content of communicative rationality. Habermas realizes the discussion by studying the social rationalization operated by Law. Max Weber's Sociology provides the input to set the formal structure of the law and its imposition. The formal structure of the law would be in conflict with the guidance of social welfare that entered the legal system for political gui-

dance. This process is called *juridification* and reflects the expansion of legal regulation of social life. Habermas notes that the recovery of the relationship between law and morality may contain the political instrumentalization of law and fix it in normative characteristics that express the moral resemblance to the procedure of deduction rules.

Keywords: Rule of Law; Right; Moral; Juridification; Discourse Ethics.

O diagnóstico da primeira geração da Teoria Crítica sobre a esfera jurídica foi calcado pela concepção negativa deste sistema social como reprodutor da lógica de dominação. A teoria social estava fadada à resignação em relação a aporia da crise da razão. A racionalidade instrumental (estratégica) se tornou a única fonte da lógica sistêmica e bloqueou qualquer possibilidade de emancipação e de interação social não regulada pela lógica sistêmica (economia e burocracia).

A perspectiva de Teoria Crítica, estabelecida por Max Horkheimer no artigo intitulado “Teoria Tradicional e Teoria Crítica”, de 1937, designou a postura metodológica de realizar o diagnóstico do tempo presente e apontar os possíveis prognósticos para o processo de superação de obstáculos e a causa da emancipação social (Cf. Nobre, 2004). A teoria social de Habermas, a partir dos estudos prévios da década de 80, realizou uma guinada jurídica na Teoria Crítica e começou a perceber o direito moderno como tendo a competência de realizar a integração social que havia se perdido com o processo de racionalização do mundo da vida¹.

A obra *Faktizität und Geltung* figura como a *Hauptwerk* da filosofia política e jurídica de Habermas. Ela coaduna o processo de reflexão filosófica e sociológica sobre o sistema jurídico, a política democrática e o Estado de direito, desenvolvida em obras anteriores². Na década de 60, a obra *Mudança Estrutural na Esfera pú-*

¹ A *legal turn* na teoria social de Habermas representou a dúplice compreensão do sistema jurídico como tendo uma lógica de ação estratégica, ainda permanecendo o diagnóstico pessimista da primeira geração da Teoria Crítica, no que se refere a dominação legal, e como uma possibilidade de integração social pelo reconhecimento da validade das normas jurídicas. Este prognóstico demonstra a capacidade de emancipação social pelo sistema de direitos. O direito está simultaneamente coordenando as ações sociais, e, aberto ao fluxo normativo da racionalidade comunicativa (Cf. Paulo Neto, 2009, p. 214; Velasco, 1994, p. 179-185).

² Alessandro Pinzani também ressalta a importância da reflexão jurídica na obra da década de 90 como uma guinada na Teoria Crítica: “Antes de *Faktizität und Geltung*, Habermas nunca tinha tratado com a questão da filosofia

blica apresenta o processo de evolução da esfera pública como possuindo uma força emancipatória das formas de dominação social e o direito como forma de institucionalização da opinião pública. A *Teoria e Prática* (1963) reúne as reflexões de Habermas sobre o direito natural clássico e moderno e a influência desta distinção à Revolução Americana e Francesa. Nas obras *Problemas de legitimação no capitalismo tardio* (1973) e *Para a reconstrução do materialismo histórico* (1976), a análise jurídica está circunscrita ao processo de legitimação e pela perspectiva da evolução social. Nesta etapa, o direito moderno é caracterizado como eticamente neutro e fundamentado em sua estrutura racional-institucional (Cf. Pinzani, 1997, p. 9-14). Na obra *Teoria do Agir Comunicativo* (1981) o processo de evolução social do direito é marcado pela dupla função de imposição das normas sociais e de anseio de legitimação (validade) de sua estrutura processual (Cf. Deflem, 1996, p. 11; Pinzani, 1997, p. 15-18). Nas considerações finais desta obra é enfatizado o processo de *juridificação* de temas que eram pertencentes ao mundo da vida. Esses temas estão sendo transpostos pela lógica jurídica de resolução de conflitos mediante a formalização institucional (“colonização do mundo da vida”)³.

jurídica e política em detalhe. Nenhuma das suas numerosas publicações foram dedicadas especificamente à teoria jurídica ou política, para além de algumas pequenas obras, que foram muitas vezes só preparadas como documentos para palestras ou publicações extensas, ou por algumas passagens em suas grandes obras” (Pinzani, 1997, p. 5).

³ Como explica Velasco (2004, p. 69-70), “um problema que o autor tinha estudado cuidadosamente no final dos anos setenta e início dos anos oitenta foi o fenômeno de *juridificação*, entendido como uma manifestação sintomática do processo mais amplo de colonização do mundo da vida pelas exigências funcionais do sistema. Por investigar isso, não pode deixar de relatar que, após a tentativa de implementar a racionalidade nas relações humanas e reduzir a complexidade social, a extensão tal imparável da dominação racional-legal que envolve efeitos puramente reificantes e desumanizantes. Por outro lado, as suas posições sobre as questões como o significado de desobediência civil, hobsesianismo alemão, a relação entre direito e moral, a soberania popular ou o direito de cidadania, vinham acontecendo desde os anos

Em *Teoria do Agir Comunicativo*, Habermas certamente tinha considerado o surgimento do direito moderno, com seu universalismo e orientação aos direitos individuais, como uma etapa evolutiva significativa na aprendizagem prático-moral. Mas esta qualidade positiva foi observada em grande parte como algo que nos manteve no modo de reconhecer o grau em que o direito tem no Estado de bem-estar, de fato, tornando-se um veículo para a expansão do poder administrativo (um problema que Habermas tratou sob o tema de “juridificação” [*Verrechtlichung*]). Assim, embora, o direito moderno seja entendido nesse livro tão profundamente ambivalente, seu lado negativo é o que recebe o tratamento mais diferenciado. Esta unilateralidade é corrigida em *Facticidade e Validade*” (White, 1995, p.11)

Após a publicação da *Teoria do Agir Comunicativo*, Habermas empreendeu o esforço de conduzir o conteúdo normativo do agir comunicativo para a esfera jurídica. Por isso, ele pretendeu elaborar uma teoria normativa da sociedade que contivesse o sistema jurídico como elemento central (*medium*) na condução dos argumentos normativos para as esferas sistêmicas e o abrandamento da lógica sistêmica sobre as esferas simbólicas da sociedade (Cf. Habermas, 1992, p. 9-11).

Em 1986, Habermas ministrou duas aulas, denominadas *Tanner Lectures on Human Values*, na *Harvard University*, e que foram anexadas como estudos prévios à *Faktizität und Geltung*. Elas apresentam as primeiras análises sobre a possibilidade de legitimação e de reconstrução do sistema jurídico pela via procedimental discursiva. Elas contêm as discussões embrionárias sobre a relação de complementaridade entre o direito e a moral na sociedade complexa e

oitenta a um ritmo tal que permitia pensar que ele estava operando uma guinada jurídica na teoria habermasiana da sociedade. A sua vez, causou, em última instância pela descoberta da lei como um fator decisivo de modernização. Esta alteração poderá também obedecer a outras razões mais fundamentais, embora ligado ao que acabamos de mencionar. Assim, com alguma frequência, Habermas, de uma forma mais ou menos, explícita, no que diz respeito às necessidades de integração social, que o sistema jurídico pode compensar os espaços vagos deixados pelas religiões em diversas sociedades complexas de hoje”.

os paradigmas jurídicos no Estado de direito. Esses temas foram explicitados com a publicação de *Faktizität und Geltung*⁴. Pode-se dizer que as *Tanner Lectures* estabeleceram os gérmenes para o desenvolvimento da teoria discursiva do direito a partir dos pressupostos normativos da Ética do discurso, idealizada em *Consciência moral e Agir comunicativo* (1983).

Esse primeiro experimento de aplicação da ética do discurso ao direito demonstrou que o sistema jurídico necessita dos pressupostos normativos da moral para fundamentar as decisões judiciais e o processo de legislação. A racionalidade jurídica não consegue obter a legitimidade sem o aporte da moral racional. Cabe ressaltar a mudança de justificação da legitimidade do direito na obra posterior às *Tanner Lectures*: o Princípio do discurso será caracterizado como neutro em relação ao direito e a moral e, por consequência, a justificação do sistema jurídico prescinde do conteúdo explícito da moral (Cf. Habermas, 1992, p. 10). No entanto, as duas esferas normativas utilizam o meio discursivo para a jus-

⁴ Charles Larmore explica que o centro da *Hauptwerk* de Habermas sobre a categoria social do direito e a política democrática é a pretensão de demonstrar a contribuição da teoria do discurso para a resolução das questões políticas da contemporaneidade. Habermas desenvolve as discussões na década de 90 a partir do debate anglo-americano sobre as concepções liberal e comunitarista de política e democracia. “De acordo com Habermas, são as sociedades modernas de alta complexidade, por não mais ter entendimento político constituído: funcionalmente diferenciadas, sendo sociedades 'descentralizadas', em que os diferentes setores sociais (ou 'subsistemas') especializaram-se como negócios, política, religião em diferentes tarefas de acordo com seus próprios critérios, o Estado não deve ser mais do que uma expressão e garantidor dos fins e ideais da sociedade para servir a todos. (65, 365 f.). Eu diria, as sociedades modernas são tão complexas que tais concepções holísticas encontram cada vez menos ressonância, e não que elas já se tornaram insuficientes, mas porque provavelmente elas nunca foram razoáveis. De qualquer forma, eu sigo completamente Habermas contra as reivindicações da teoria do sistema de N. Luhmann, a sociedade não deve ser constituída apenas politicamente e para as decisões coletivamente obrigatórias do sistema jurídico, ela pode ser baseada em uma filosofia normativa, uma base moral de compreensão” (Larmore, 1993, p. 321-322).

tificação de suas normas sociais.

Nas *Tanner Lectures*, como explica Hiebaum (2016), Habermas concentra a discussão sobre quatro posturas teóricas em relação ao direito que serão explicitadas em *Faktizität und Geltung*:

(1) contra o formalismo da racionalidade do direito substancialmente identificado com a forma semântica de regras legais; (2) contra as concepções jusnaturalistas, segundo as quais a responsabilidade do direito positivo, em última análise, depende de sua substância moral; (3) contra o Positivismo, que nada conhece da conexão, não meramente, empírico-contingente entre o direito e a moral; e (4) contra um anexo do positivismo, o realismo sociológico, que descreve a legitimidade das implicações, aos destinatários do direito e aos profissionais do direito, como necessariamente ilusórias (Hiebaum, 2016, p. 169).

Nesse sentido, a primeira aula das *Tanners Lectures* irá se concentrar em criticar o modelo do formalismo jurídico, defendido por Max Weber. O diagnóstico weberiano de “materialização” do direito por causa da influência de diretrizes político-morais no âmbito jurídico e causando a “juridificação” das esferas sociais informais. Ademais, Habermas pretende responder a seguinte indagação: “Como é possível a legitimidade a partir da legalidade?”. Em sua *review à Faktizität und Geltung*, Seyla Benhabib (1997) ressalta que Habermas realizou a inversão da questão de Max Weber, este argumentava que a ordem legal garantiria a legitimidade política. Habermas questiona pela legitimidade da legalidade que seja somente oriunda da estrutura jurídica.

Habermas discorda da filosofia moral, bem como da teoria da sociedade dos predecessores liberais. Em vez de começar com um sistema de direitos que supostamente precede associação humana, ele começa a partir da perspectiva de associados (*consociates*) de uma forma de vida que está incorporada nas estruturas do agir comunicativo, que é, de formas linguística mediadas pela interação, com base na capacidade do ouvinte e do falante para aceitar ou rejeitar a validade das alegações de atos de fala mútuo (Benhabib, 1997, p. 725-6).

A modernidade respondeu com as teorias do jusnaturalismo e contratualismo ao postular os direitos pré-positivos à comunidade política. Habermas responde à questão da legitimidade no ordenamento jurídico mediante a pressuposição de procedimentos discursivos para a fundamentação do direito. A Ética do discurso fornece o substrato moral pós-metafísico para a construção da validade jurídica.

Nesse sentido, a análise do diagnóstico weberiano sobre a questão da “materialização” do direito e a *juridificação* na sociedade complexa será o *leitmotiv* para a demonstração que a forma jurídica não pode prescindir do conteúdo moral (I). O formalismo jurídico de Max Weber será alvo de críticas no que se refere à compreensão metafísica do conteúdo moral racional e a desconsideração da estrutura procedimental que os filósofos políticos da modernidade legaram com a ideia regulativa e procedimental de contrato social e de universalização dos juízos morais (II). A necessidade da relação de complementaridade entre o direito e a moral será demonstrada pela proposta procedimental de justificação normativa da ordem legal e que o critério de imparcialidade dos juízos morais se assemelham a forma das decisões jurídicas (III).

1. Materialização e juridificação no Estado de Direito

Na década de 80, Habermas investigou a relação entre o direito e a moral sob a influência do diagnóstico weberiano de “materialização” do direito. O processo de “materialização” significa que o sistema jurídico tem sido direcionado pelo aparelho estatal para compensar as injustiças sociais. Esse processo demonstra a orientação teleológica do direito formal segundo a política. A atitude teleológica de orientação do direito pela via social enfraquece a ligação entre o conceito formal de justiça e a sua aplicação. De acordo com Habermas (1992, p. 553), o legislador democrático estaria preocupado com o problema de exequibilidade do direito entre a coercitividade da norma e uso do direito com o *telos* político-social.

A teoria social de Max Weber identificou a materialização do direito como uma maneira de moralização do ordenamento jurídico. O termo “moralização” denota a influência da concepção de justiça social sobre a forma do sistema jurídico ou o conflito entre as concepções de justiça *formal* e justiça *material* (social). A justiça social tem o objetivo de corrigir as assimetrias de poder entre as partes contratantes na relação de trabalho ou econômica. Por isso, ela impõe um postulado moralmente substantivo para garantia da equidade social e que transcende ao formalismo racional do direito privado.

Para Weber, o objetivo político de realização da justiça social estaria enfraquecendo a estrutura formal do direito. As ideias morais estariam imbuídas de orientações valorativas subjetivas que são incompatíveis com a estrutura racional do direito. Os valores morais não conseguiram passar pelo processo formal de racionalização e de explicitação de sua obrigatoriedade.

O formalismo jurídico se originou na Alemanha do século XIX com o processo de codificação do ordenamento jurídico. Os pandectistas alemães, grupo de juristas representados por Puchta, Ihering e Savigny, empreenderam a tarefa de realizar o estudo do direito romano e aplicá-lo ao contexto germânico do século XIX. Eles estabeleceram os critérios racionais para a estruturação sistemática do *corpus iuris civilis* das proposições jurídicas. O modelo pandectistas estabelece que as regras jurídicas devam possuir a característica de proposição pública, abstrata e geral. As regras jurídicas estabeleceriam o modelo processual de aplicação da justiça.

Em *Economia e Sociedade* (2002), Max Weber identifica as ordens estatais como sendo desdobramentos da “dominação legal”. Esta adquire legitimidade pela estrutura racional do ordenamento jurídico. O conceito positivista de direito apresenta o sistema jurídico como sendo instituído pelo legislador democrático e que segue as regras processuais para a sua institucionalização. Na modernidade, o conteúdo das normas jurídicas está dissociado da

racionalidade prática (moral) e almeja a legitimidade pelo cumprimento de regras processuais. O ordenamento jurídico moderno possui uma racionalidade própria que se diferencia do conteúdo moral de legitimação. A racionalidade jurídica, segundo Weber, se assemelharia à racionalidade técnico-científica. A expressão descritiva das regras jurídicas, a forma de lei geral, abstrata e pública, teria o mesmo teor das leis científicas. A institucionalização do direito ocorreria pela aplicação e vigência (eficácia) da lei.

A dominação legal é apresentada como sendo uma forma provável de obediência e requer um quadro administrativo. A autoridade exerce o poder sobre os indivíduos. A legitimidade da dominação legal se torna uma probabilidade de adesão ao cumprimento do mandamento. O modelo racional dominação tem o fundamento de legitimidade pela crença na racionalidade das ordens constituídas e no direito de mando daqueles que exercem a autoridade legal. Esta se configura por meio de ordens impessoais.

O modelo moderno de dominação legal exerce a forma da administração burocrática. Ela se institui contratualmente pelo modo racional e sendo respeitada pelos membros da associação social. O sistema jurídico é composto por regras públicas, abstratas e gerais que são aplicadas ao caso concreto. A obediência dos cidadãos é de ordem impessoal. Eles são obrigados pela competência limitada, racional e objetiva que possui o soberano. A administração burocrática é caracterizada pelo exercício contínuo da disciplina, rigor, confiabilidade, calculabilidade, intensidade e extensão na atividade de coordenação da ação social. Segundo Weber, o desenvolvimento das formas modernas de associação coincide com o desenvolvimento da administração burocrática. Esta por sua racionalidade reflete o modelo técnico-formal da ciência. A dominação legal se realiza pela impessoalidade formalista e a garantia da igualdade jurídica entre os cidadãos.

O processo de desformalização (materialização) do direito é resultado da crise do paradigma liberal do direito ao final do século XIX. A materialização do direito teve como propulsor as lu-

tas da classe operária e dos movimentos sociais pelo reconhecimento dos direitos coletivos e sociais. A desformalização do direito conduziu ao surgimento do processo de *juridificação* no mundo da vida (formas éticas e esferas de ação pré-constituídas informalmente). A regulação teleológica do direito representou o direcionamento das questões legislativas para o cumprimento das determinações sociais. O paradigma jurídico do Estado social estabeleceu o direito como instrumento que serve aos objetivos do legislador. Essa instrumentalização política, na análise sociológica de Weber, compromete a estrutura formal do direito. Pois a teoria liberal compreende que a manutenção da forma do direito possibilita a previsibilidade das decisões judiciais e o cumprimento das regras jurídicas. Ela garante intacta a semântica do direito pelo conhecimento técnico e especializado. A intervenção estatal no direito faz com que se perca a característica de previsibilidade jurídica (segurança jurídica).

Na *Teoria do Agir Comunicativo*, Habermas identificou as tendências de *juridificação* no mundo da vida com o auxílio da teoria social de M. Weber. Segundo Habermas, a economia e o aparelho estatal estariam interferindo na reprodução simbólica do mundo da vida. A “colonização do mundo da vida” significa o desmantelamento das formas de vida tradicionais e a diferenciação social no mundo da vida (cultura, sociedade e personalidade). Essa diferenciação social é oriunda da interferência dos subsistemas economia e estado na reprodução simbólica. A reprodução cultural, a integração social e a socialização passaram a ser regidas pelo impacto do crescimento econômico e da *juridificação*. Esse diagnóstico demonstra a disjunção entre mundo da vida e a dinâmica dos subsistemas autônomos. Baxter (2014) explica que Habermas, na *Teoria do Agir Comunicativo*, realizou a reformulação do diagnóstico weberiano de “colonização do mundo da vida” pelos sistemas sociais como uma forma de resgatar a capacidade normativa da racionalidade comunicativa.

Habermas usou esse esquema cultura-sociedade-personalidade para desenvolver a ideia de sociedade “simbólica” (em oposição à material) de reprodução e organizou a sua brilhante reformulação da teoria de racionalização ocidental de Max Weber. A partir dela, Habermas desenvolveu a sua noção de “colonização do mundo da vida”. Por esta expressão Habermas significou uma racionalização cada vez mais unilateral, através do qual as funções de reprodução cultural, integração social e desenvolvimento da personalidade tornaram-se prejudicadas pela intrusão de formas econômicas e burocráticas de racionalidade em esferas da vida para a qual eles foram disfuncionais. O objetivo de Habermas foi reformular a teoria social crítica, de modo a capturar a ambivalência de Weber sobre a racionalização, respondendo por suas realizações, mas também pelo seu “potencial racional” inesgotável, diagnosticando o caminho, em parte, disfuncional e a crise de engendramento que tinha seguido em complexas sociedades modernas (Baxter, 2014, p. 226).

O mundo da vida realiza a integração social pela aprendizagem e o reconhecimento de valores, normas e processos de entendimento. O processo de modernização das relações sociais faz com que elas sejam apreendidas e racionalizadas pela integração sistêmica e perca o agulhão social-comunicativo. O agir comunicativo era a fonte primeva das formas de interação no mundo da vida. O desenvolvimento do Direito da família e das normas jurídicas referentes à escola demonstra o processo de racionalização das relações sociais que anteriormente eram regidas pela orientação simbólica da comunicação⁵. A intervenção jurídica retira a orientação simbólica do mundo da vida e transfere ao poder burocrático e monetário. A legitimidade dos atos burocráticos é advinda pelo cumprimento de regras processuais (criação da lei, atos administrativos

⁵ A *juridificação* do mundo da vida representa a racionalização das formas simbólicas de interação social. Por isso, a atenção de Habermas sobre a intervenção do direito sobre as relações sociais nas escolas e famílias para que estas não percam o elo comunicativo de transmissão de valores, rituais e símbolos. “Habermas emprega os exemplos de crescente *juridificação* das escolas e das relações familiares para ilustrar as tensões que resultam quando uma moldura estranha é colocada sobre as relações que só podem ser reproduzidas comunicativamente” (Sitton, 2003, p. 83).

e sentenças judiciais). No entanto, como será demonstrado, o aparato estatal necessita de legitimação mediante o uso da justificação material porque está inserido nas ordens legítimas do próprio mundo da vida, normas de ações informais e no panorama do agir comunicativo.

O direito moderno se estabeleceu pela combinação entre o princípio da positivação e a fundamentação de suas regras. O mundo da vida e o sistema social se adaptam à estrutura formal do direito. O direito age como meio de controle, prescindindo da fundamentação moral, e vinculando os agentes sociais ao *corpus iuris* por meio de procedimentos formalmente corretos.

A *juridificação* na modernidade se iniciou como a garantia de liberdade e de independência pelo direito privado e, posteriormente, ela ficou demonstrada pela ampliação da liberdade individual em sua vinculação com a economia e a política. O desenvolvimento das competências do Estado de direito realizou a conexão das instituições do mundo da vida (família, escola) segundo a formalidade jurídica. As relações jurídicas integram as esferas de ação pela lógica dos sistemas sociais. O modelo jurídico anterior (pré-moderno) se fundava no exercício do poder e da violência entre o dominador e dominado que era oriundo das tradições e costumes.

A *juridificação (Verrechtlichung)* representa a tendência à multiplicação do direito escrito nas sociedades modernas. Ela tem como consequência a *extensão* da lógica do sistema jurídico aos novos fatos sociais que eram regulados informalmente e a *condensação* do direito pela especialização de matérias jurídicas que se solidificaram em matérias particulares.

Esse processo de extensão do sistema jurídico pode ser observado, historicamente, pela formação dos estados nacionais, no século XVI, e a evolução em Estado democrático de direito e social, no século XX. De acordo com Habermas, o desenvolvimento do direito no período absolutista teve como objetivo a institucionalização da forma de ação da política e da economia como subsistemas. A

burocratização formalizava a ação pública e privada e o mundo da vida não estava formalizado. O Estado legal obtinha a legitimidade pela proteção do mundo da vida. Os espaços não-juridificados eram protegidos judicialmente pela positivação dos direitos privados. As revoluções democráticas do século XVIII exigiram a normatização jurídico-constitucional do poder público como forma de exercício impessoal do sistema político. A legalidade é transformada em um “império da lei” que exerce a soberania segundo o modelo impessoal e formal de administração pública. Esta não interfere na vida privada e garante os direitos subjetivos por meio de normas constitucionais.

O poder de Estado foi constitucionalizado e democratizado mediante a outorga de direitos políticos e a vinculação entre a legislação pública e a vontade parlamentar. A legitimidade da *juridificação* ocorreria mediante o exercício periódico de sufrágio e a garantia da liberdade civil.

Os movimentos sociais do século XIX demandaram a ampliação da proteção da liberdade individual e coletiva em sua vinculação com a economia e política. A política estatal-social utilizou o direito como meio para regular as situações de calamidades nas atividades operárias. Essa diretriz política exerce a função de compensação social das desigualdades de poder entre o setor patronal e operário.

Esse aspecto de institucionalização do direito se apresentou de forma paradoxal na sociedade moderna porque simultaneamente ela garante e suprime a liberdade. Segundo Habermas, o aspecto jurídico realizou a divisão dos direitos fundamentais entre direitos de liberdade individual e direitos de participação (liberdade política). O paradoxo se expressa pela delimitação do direito privado entre a negatividade dos domínios do arbítrio e a positividade da participação em instituições e prestações, isto é, a institucionalização da proteção e privação da liberdade pela democratização. O modo de burocratização estatal organizou o exercício da liberdade civil (sufrágio, elites políticas, partidos políticos, parlamen-

tares) como prejudicial à espontânea participação política (formação discursiva da vontade).

A *juridificação* se refere ao crescimento quantitativo e intensificado de prescrições jurídicas para a relação dos problemas sociais. A categoria social do direito por meio de sua racionalidade sistêmica adquiriu centralidade na resolução de conflitos nas sociedades capitalistas avançadas. Este fenômeno social demonstra o decréscimo do uso de formas tradicionalmente detentoras da racionalidade comunicativa para a mediação de conflitos. Além disso, esse processo irrompe com a separação entre as funções do direito público e privado, origina a flexibilidade entre a hierarquia da Norma fundamental (Constituição) e as leis complementares e submete o direito às intervenções políticas e sociais.

O paradigma social do direito afirma que os princípios jurídicos (direitos fundamentais) e as garantias constitucionais possuem o intuito de equilibrar as relações sociais pelo auxílio da forma jurídica. “A ordem da sociedade está à disposição da formação democrática da vontade do povo em geral. O Estado democrático vale como centro de uma sociedade que se transforma e se autode termina” (Habermas, 1997, p. 208).

Nesta compreensão, o sistema jurídico se modifica em agente transformador de políticas públicas em decisões vinculantes. Ele possui uma estrutura que se ajusta ao tipo de ação regulativa empreendida pela administração pública. O conceito de lei é despojado de toda e qualquer pretensão de racionalidade técnico-científica, alicerçada no positivismo jurídico, para o direcionamento de cumprimento das metas sociais. O legislador democrático interfere no direito com o objetivo de garantir que a estrutura do Estado de direito seja coerente consigo e com as suas prescrições jurídico-sociais. Essa forma de ativismo legislativo faz com que não se perceba a coerção sistêmica do Estado e da economia e nem as formas de decisão específica da *juridificação* no Estado social. “As compensações do Estado de bem-estar social (*welfare state*) resultam em ‘paternalismo’, ‘custódia supervisionada’, e um

‘privatismo civil’, em que os cidadãos são transformados em consumidores particulares e clientes de programas sociais” (Sitton, 2003, p. 83). A compensação social, ao tentar corrigir o formalismo jurídico, comete equívocos que prejudicam a emancipação social dos indivíduos e amplia o contexto de dominação sistêmica pela categoria social do direito e o processo de burocratização.

O professor Aylton Barbieri Durão (2002) explica que a teoria da sociedade de Habermas na década de 80 estava centrada no conflito político entre liberais e a socialdemocracia alemã. Os dois modelos políticos apresentam perspectivas de regulação social, pelo sistema jurídico, que diferem no objetivo de integração sistêmica. Os liberais enfatizam o direito como sistema garantidor dos direitos privados e os sociais-democratas direcionam o sistema jurídico para a correção das desigualdades sociais. Os dois modelos de direito possuem insuficiências na coordenação dos sistemas sociais, pois o modelo liberal não considera as diferenças sociais como passíveis de regulação jurídica e o modelo social, ele ao tentar corrigir as diferenças materiais, transforma os cidadãos em clientes e reféns da burocracia.

A primeira versão da teoria da ação comunicativa, exposta no livro com o mesmo título em 1981, está marcada pela discussão alemã tradicional entre liberalismo e socialdemocracia e revela o pessimismo de Habermas a respeito de uma modernidade que, nas palavras de Honneth, parece irreconciliável consigo mesma. Em uma sociedade moderna dividida em sistemas sociais com o predomínio do mercado e da política, os liberais destacam o papel do sistema mercado com respeito a regulação social, entretanto, os sociais-democratas buscam compensar este privilégio da economia com as intervenções do sistema político. O estado liberal propõe o automatismo do mercado como fator de regulação social e resulta insensível as desigualdades materiais entre os indivíduos, assim como a monopolização e a permanente crise da economia de mercado; entretanto, por outro lado, o estado de bem-estar social pretende fomentar a igualdade material através do controle de mercado, embora, ao custo da burocratização e a “clientelização” dos cidadãos oriundos da intervenção no mundo da vida mediante o sistema político. O estado liberal e o estado de bem-estar combatem entre si os seus resíduos indesejáveis em

um círculo que parece conduzir a modernidade a um caminho (*callejón*) sem saída. A partir de tal descrição da sociedade moderna o sistema jurídico também contribui à colonização do mundo da vida na medida em que as relações sociais cotidianas e familiares estão cada dia mais impregnadas pela “juridificação” (Durão, 2002, p. 77-78).

Neste primeiro momento, o embate entre os dois modelos de direito, liberal e social, permanecem sem uma possibilidade de resolução e de escolha que não tenha perdas e ganhos. O modelo liberal erige o sistema jurídico como protetor das liberdades individuais e o modelo social almejam a justiça distributiva e o equilíbrio de poder entre os atores sociais. No entanto, ambos os modelos possuem deficiências que impedem realização do projeto de emancipação social que esteja integrado ao contexto jurídico. A proposta de terceira via será apresentada pelo modelo procedimentalista de direito que tentará equacionar a força de integração social do mundo da vida, fundado nos pressupostos do agir comunicativo, e o direito como meio de imposição das normas e de ordenação dos agentes sociais.

2. Críticas ao formalismo jurídico de Max Weber

Habermas realiza a crítica ao modelo de liberal de direito que fora objeto de análise por Max Weber. De acordo com Antonio C. Maia (2008), a crítica ao conceito weberiano de direito está na diferença de compreensão do termo “legitimidade” e sua neutralidade com os pressupostos morais. Weber entende a legitimidade sob um aspecto formal e que seria garantida pelo cumprimento de regras processuais do direito moderno.

A organização clara e controlável da ordem legal, a forma abstrata e geral das leis, o fato de que os atos jurisdicionais e da administração pública se exercem conforme a lei. Com efeito, Weber adota a perspectiva do formalismo jurídico, no qual se assegura um princípio de legitimação de normas, na medida em que estas não contemplam exceções, nem se referem mais à tutela de privilégios, além de terem o seu domínio de validade estabelecido sem limitações (Maia, 2008, p. 85).

A segurança jurídica que a legislação fundada em leis abstratas, gerais e públicas pretende garantir aos destinatários do direito não pode ser concebida pela perspectiva de maximização dos direitos individuais, como empreenderam os juristas alemães. As normas jurídicas precisam ser avaliadas pelo crivo dos princípios morais de universalização dos interesses. O conflito entre a moralidade e a positividade do direito pode ser comprometido quando interpretado o sistema jurídico como possuindo a finalidade de cumprir as diretrizes políticas do governo vigente e não configurar a discussão jurídica como uma forma de proteção dos direitos individuais.

Inicialmente, as obras da década de 80 de Habermas concordam com o diagnóstico weberiano de racionalização funcional do mundo da vida no desenvolvimento da modernidade, no entanto, ele discorda que o direito seja um sistema social que não possa se influído pela normatividade dos princípios morais. “O direito retira sua força vinculante – imperativa e compromissória – não só pelo estado, mas também da aliança estabelecida com uma argumentação de natureza moral” (Maia, 2008, p. 86). Nesse sentido, será possível entender que o direito e a moral podem ter uma relação dual de complementaridade mediante a aceitação procedimental dos pressupostos morais e da estrutura impositiva do sistema jurídico.

A qualidade formal das leis buscou preencher as exigências funcionais do sistema jurídico como sendo a configuração de uma esfera autônoma em relação aos outros sistemas sociais (política e economia) e fundada nos interesses privados dos indivíduos. Nesta perspectiva, o direito teria a função de garantir o cumprimento das regras econômicas (direito comercial) e o acesso formalmente igual às oportunidades e negócios no mercado (*market*). Esse formalismo jurídico conduziu a permissão de injustiças sociais que estavam em conformidade com as regras contratuais. Em outras palavras, a generalidade semântica da lei e a defesa da igualdade formal foram insuficientes para a garantia de *status* de iguais entre os cidadãos da sociedade capitalista avançada. As normas jurídicas

precisam buscar a sua justificação nos conteúdos morais para a garantia do direito à igualdade em sentido pleno.

O empreendimento de construir com cientificidade e sistematicidade o *corpus iuris civilis* não garantia a eficácia legitimadora à legalidade. Pois a uniformidade e a autoridade do direito, fundamentada na racionalidade científica, não possuem a capacidade de motivar para o cumprimento das normas jurídicas se não estiverem correlacionadas ao fundamento prático da moral. De acordo com Habermas, Max Weber não realizou a distinção entre os valores ético-teleológicos das formas culturais de vida e tradições e os valores deontológicos das normas morais, estes podem aquiescer à obrigatoriedade universal que almejam as normas jurídicas. O princípio de universalização da moral possui a característica da imparcialidade e a consideração daqueles que serão afetados pela decisão do agente moral.

Segundo Habermas (1992, p. 549-550), Max Weber interpretou o direito racional (jusnaturalismo racional) em contraposição com o direito positivo (positivismo jurídico). As teorias jusnaturalistas justificaram a legitimidade do sistema jurídico pelo apelo ao conteúdo moral racional das leis. O positivismo jurídico assenta a legitimidade das proposições jurídicas pela estrutura interna do direito, a conformidade com as regras processuais, e pela eficácia das normas.

O conflito jurídico entre normas pode ser solucionado por meio de decisões judiciais que façam o exame discursivo da moralidade das normas jurídicas e que empregam os princípios do direito que expressam a racionalidade prática. Em outras palavras, a racionalidade técnico-científica é incapaz de resolver conflitos jurídicos que possuam colisão entre normas e lacunas jurídicas.

Os filósofos políticos da modernidade fundamentaram a legitimidade do direito e do estado na ideia hipotética de contrato social. Esta representa o procedimento de legitimação das decisões do soberano. Ela não está isenta da configuração moral do processo político e jurídico. Habermas demonstra que o modelo proce-

dimental dos jusnaturalistas modernos é possível de ser aplicado em uma sociedade complexa que tenha o sistema jurídico como coordenador da ação social. Todavia, a fundamentação moral prescinde do caráter metafísico que estava aprisionada as filosofias políticas modernas (Cf. Habermas, 1992, p. 228).

As críticas ao formalismo defendido por Weber se estruturam em quatro níveis: a indiferenciação entre os aspectos estruturais e os conteúdos do direito (i), a confusão entre a racionalidade prática (fundamento normativo) e os conteúdos axiológicos do direito (ii); equiparação equivocada entre as qualidades procedimentais de fundamentação pós-tradicional e as orientações valorativas materiais (eticidade) (iii) e a incompreensão de que o contrato originário e o princípio de universal de moral (imperativo categórico de Kant) podem ser uma forma procedimental de fundamentação das normas jurídicas (iv).

(i) A aceitação da estrutura jurídica como possuindo uma dupla competência de ação, estratégica e reflexiva, permitiu que esse primeiro experimento jurídico da Ética do discurso demonstrasse que o direito moderno pode representar a lógica racional funcionalista de imposição de normas e também que esse sistema social está aberto ao caráter normativo dos princípios morais. Por isso, a estrutura jurídica se alicerça formalmente pelas regras processuais e o processo de dedução e de fundamentação da aplicação de normas jurídicas está alicerçado no procedimento discursivo da moral.

(ii) A racionalidade prática, denominada racionalidade comunicativa, se postula como fundamento normativo para o procedimento de legislação jurídica e moral. Ela não possui referência ao conteúdo das normas jurídicas ou a forma de expressão das leis. Em outros termos, o sistema jurídico se expressa de maneira formal e racional, de acordo com o princípio da legalidade, e o processo legislativo se fundamenta pelo uso da racionalidade comunicativa para a dedução de normas jurídicas. O procedimento é orientado pelo agir comunicativo, no entanto, o direito positivo

não se torna a expressão do conteúdo moral discursivo. Por um lado, o destinatário do direito que não tenha participado do processo legislativo poderá observar a lei como a expressão da prática discursiva e não como uma forma de normatização da moral. Por outro lado, será possível observar, a partir da perspectiva do sujeito (autor) de direito, que as leis possuem referência ao conteúdo moral para aquele analisa o direito como contendo os princípios morais universais.

(iii) Habermas considerou que Weber não distinguiu adequadamente os princípios universais e procedimentais da moral e as formas de vida boa (ética) compartilhadas pela comunidade moral. Possivelmente, a sociologia weberiana esteve comprometida com a perspectiva positivista de garantir a diferenciação normativa entre direito e moral e tenha ficado envolta a demarcação estrutural do sistema jurídico. A Ética do discurso compreende que os pressupostos morais não se identificam com as normas suprapositivas que estavam alicerçadas as teorias jusnaturalistas clássica e racional. Esse elemento metafísico racional é deposto em função da compreensão pós-convencional dos procedimentos de obtenção dos pressupostos morais.

(iv) A filosofia política moderna elaborou a ideia regulativa do contrato social como uma maneira de justificação da aceitação da ordem política. Essa ideia regulativa, despida do conteúdo metafísico, poderá funcionar como orientação procedimental ao legislador político e ao legislador moral. Ela não impõe conteúdos prévios que deveriam ser conferidos pela forma jurídica. Ela somente estabelece o critério de adjudicação e de legislação que poderá servir ao âmbito jurídico e moral. Como será apresentada, na Ética do discurso, a forma do “imperativo categórico de Kant” será transposta em caracteres discursivos e será o referencial para o procedimento legislativo. Neste caso, esse modelo procedimental agiria em conformidade com o duplo aspecto de legitimação do sistema jurídico. Ele age de forma *normativa* ao fundamentar as leis jurídicas que possam ter um assentimento universal e age *cor-*

retivamente em relação às normas que estejam em conflito com os princípios do direito.

3. Modelo procedimental de teoria normativa do direito: entrelaçamento entre Direito e Moral

A análise sociológica de Weber diagnostica que a legitimidade da dominação legal é representada pela crença na racionalidade do direito e prescindir do apoio das certezas coletivas (religião, metafísica). O critério weberiano de dissociação das características formais e materiais do direito não possibilita o estabelecimento do ordenamento jurídico legítimo. O modelo de direito formal estruturou a semântica de leis gerais e abstratas como dissociado da justificativa dos princípios jurídicos com conteúdo moral. O diagnóstico sociológico de materialização do direito, descrita por Weber, tentou eliminar a base moral de sustentação desses argumentos. Contudo, a análise sociológica não conseguiu comprovar que o direito “materializado” não teria as qualidades formais que possam deduzir, por meio de analogia, os argumentos legitimados.

A *juridificação* e a desformalização do modelo liberal de direito conduziu o conflito entre a perspectiva tradicional do direito civil, fundado no ato de subsunção do caso à norma jurídica, e a perspectiva dos direitos sociais da família e do trabalho, esta exige uma interpretação principiológica da aplicação da lei. Esse conflito pode ser percebido entre a obrigação de garantir os direitos individuais e privados e a realização do interesse coletivo.

A legitimidade da legalidade não pode ser feita pela via da racionalidade autônoma inserida na forma jurídica e isenta da moral. A legitimidade é resultado da relação interna entre direito e moral. As qualidades formais do direito se expressam pela dimensão dos processos institucionalizados juridicamente e que regulam os discursos jurídicos. Os discursos jurídicos são permeáveis à argumentação moral. Os discursos jurídicos não se realizam somente pela conformidade às regras processuais e “autopoieticas”, eles

necessitam da fundamentação moral para garantirem a legitimidade das normas jurídicas.

O processo de constitucionalização do sistema jurídico, a partir das revoluções americana e francesa, conduziu à organização do direito moderno na forma de regras e princípios. Os princípios jurídicos possuem a dupla característica de serem normas morais e jurídicas. Os princípios morais do *jusnaturalismo* racional se tornaram integrantes do direito positivo nos Estados constitucionais.

Habermas (1992, p. 542) entende que a legalidade deve extrair a legitimidade pela racionalidade procedimental com teor moral. A legitimidade não resulta das qualidades formais do direito porque elas necessitam da fundamentação moral das proposições jurídicas. A racionalidade procedimental das instituições jurídicas possibilita o entrelaçamento entre a argumentação jurídica e a moral. Nesse sentido, o paradoxo da legitimidade pela legalidade é compreendido pela observação de que a legislação jurídica representa o conteúdo normativo da moralidade. Ele significa o entrelaçamento entre os processos jurídicos e a argumentação moral (sentido procedimental/pós-metafísico).

A legitimidade pode ser obtida pela legalidade na medida em que os processos de produção de normas jurídicas são admitidos como racionais e se eles estiverem em conformidade com os procedimentos da racionalidade prático-moral.

A ascensão do legislador democrático sobre as outras funções políticas demonstra que o direito materializado e reflexivo faz estremecer a clássica separação dos poderes políticos e o vínculo entre o direito e a administração da justiça (jurisdição) em relação ao controle legislativo. No entanto, essa forma de supremacia legislativa se torna insuficiente para a fundamentação da legitimidade do sistema de direitos e precisa buscar a força de legitimação na racionalidade procedimental. Em outras palavras, o conflito entre os paradigmas liberal e social do Estado de direito denota que o processo de legitimidade não se funda na formalidade da lei e nem no direcionamento teleológico do direito. É

necessária uma racionalidade procedimental que seja intrínseca ao processo legislativo e de institucionalização do direito.

Para Habermas, o modelo weberiano de fundamentação da legitimidade na dominação legal não se constitui em causa suficiente para a averiguação da legitimação jurídica. A forma semântica da lei não garante a justiça. “[...] Habermas insiste que a racionalidade do direito em Weber em suas três dimensões, racionalidade conforme as regras (*Regelrationalität*), racionalidade instrumental (fins) e racionalidade científica (jurídica) [*Zweckrationalität und (rechts-) wissenschaftliche Rationalität*], não pode explicar a força legitimadora da lei positiva [...]” (Hiebaum, 2016, p. 170-171).

Uma vez que a racionalidade autônoma e isenta da moral não constitui em uma justificação razoável para o cumprimento de normas jurídicas. A forma positivada da dominação jurídica adquire a legitimidade pelo conteúdo moral implícito nas qualidades formais do direito. Em outras palavras, os sujeitos de direito cumprem as determinações jurídicas porque elas representam a qualidade semântica do uso de argumentos morais. O formalismo do direito não pode se limitar ao modo processual de determinadas características semânticas. Ele está alicerçado nos processos que resgatam a perspectiva argumentativa.

A fonte de legitimidade não se encontra somente nos processos argumentativos e legislação política ou de administração da justiça (jurisdição). O sistema jurídico se postula como regulador das relações sociais. O direito como mediador social de conflitos se estabelece pelo procedimento de fundamentação imparcial das normas e na aplicação de regulações obrigatórias. Nesse sentido, o sistema jurídico institui a relação construtiva entre o direito vigente, os processos de legislação e a aplicação de direito.

A imparcialidade na formação da vontade legislativa e na aplicação da justiça é o núcleo da razão jurídica e da razão prática (moral). O modelo procedimentalista pode colaborar na realização imparcial da fundamentação e avaliação dos princípios jurídicos.

O modelo da ética do discurso se constitui pela prática da argu-

mentação moral como processo adequado para a formação racional da vontade. O procedimento de argumentação possibilita a idealização e a pressuposição dos possíveis afetados, estes podem ser pensados a partir do ponto de vista moral (*moral point of view*) ou jurídico. “Ele [Habermas] ainda acredita na possibilidade de reivindicação da responsabilidade do direito moralizado e ao mesmo tempo estabelecido democraticamente” (Hiebaum, 2016, p. 172).

O direito procedimentalista se fundamenta pela perspectiva moral dos princípios. A legalidade tem a capacidade produzir a legitimidade quando a ordem jurídica, os processos de positivação do direito e de decisão estão permeáveis aos discursos morais. Os procedimentos de fundamentação moral e os processos jurídicos se assemelham pelo intuito de garantir a validade à legislação das normas sociais. Os processos jurídicos e morais necessitam dos pressupostos comunicacionais para a prática de argumentação e de coerção. As normas morais não possuem a capacidade de coação externa e não é possível observar, da perspectiva do participante, se o processo de legislação moral foi decidido em conformidade com os princípios morais.

Por um lado, os processos jurídicos se aproximam da racionalidade procedimental *completa* porque faz uso de critérios institucionais independentes. Estes permitem ao não-participante observar a decisão em conformidade com a regra. Por outro lado, os procedimentos discursivos da moral não preenchem esta condição e possuem uma racionalidade procedimental *incompleta*.

A racionalidade procedimental *incompleta*, representada pelos princípios morais, necessita de regulação de seus temas pela via jurídica. Os princípios morais possuem três deficiências de coordenação da ação social. Por exemplo, a agente moral possui uma indeterminação *cognitiva* sobre a ação correta a ser praticada ou o reconhecimento da lei moral. Embora, o agente moral possa reconhecer a validade dos princípios morais, ele poderá sofrer uma *fraqueza motivacional* para a realização dos mandamentos morais.

Ele possui também uma *incerteza estrutural* para coordenação das ações que possam ser admitidas como corretas ou como colocar em prática a obrigação moral.

As normas jurídicas assumem a competência de tornar coercitiva a regulação social. Os princípios morais só podem exigir obrigatoriedade se associados ao direito. O direito positivo efetua a compensação das fraquezas da moral autônoma pela *força vinculante* do sistema jurídico. Habermas retoma a distinção apresentada por Kant, na *Introdução à Doutrina do direito*, entre a ação moral e a jurídica. Esta avalia o *aspecto exterior* do agir e não leva em consideração a motivação e os sentimentos do agente. O direito alivia os indivíduos do fardo moral para a solução dos conflitos. O cumprimento da legislação jurídica ocorre pelo reconhecimento do conteúdo moral inerente ao direito e sendo admitido como ação moral.

Habermas (1992, p. 552) recepciona a distinção entre princípios, diretrizes política e regras apresentada por Ronald Dworkin (2002, p. 35-50), em *Levando os direitos a sério*, ao compreender que o direito sob o âmbito político institui as diretrizes políticas relacionadas ao bem-estar coletivo e a moral serve de fundamentação aos discursos jurídicos. A moral contém o teor normativo dos princípios do direito porque eles são *standards* que exigem a ação em conformidade com a justiça e não o mero cumprimento as determinações da regra jurídica. Por um lado, as normas jurídicas possuem o *aspecto instrumental* quando elas servem de meios para os fins políticos e para a implementação dos objetivos políticos. Por outro lado, as normas morais são somente *fins em si mesmos* e não podem ser instrumentalizadas pela finalidade política. “O direito situa-se entre a política e a moral: Dworkin demonstra que o discurso jurídico trabalha, não somente com argumentos políticos que visam o estabelecimento de objetivos, mas também com argumentos de fundamentação moral” (Habermas, 1997, p. 218).

A relação de complementaridade entre o direito e a moral é possível de ser analisada quando compreendida que o sistema jurí-

dico age de forma externa pela imposição das determinações do conteúdo moral. Os princípios morais cumprem a função interna de legitimação das normas jurídicas e servem de fundamentação ao processo legislativo.

As instituições políticas estabelecem a distribuição dos pesos de argumentação e institucionalizam o processo de fundamentação aberto à argumentação moral. A moral não exerce a superioridade sobre direito porque ela se estabelece de forma puramente procedimental. De acordo com Hiebaum (2016, p. 172), “a racionalidade do direito e a regra da forma jurídica deve surgir pelo direito inerentemente moral”. O direito realiza a compensação do *déficit* coercitivo da moral racional.

O direito e a moral realizam o controle mútuo de suas normas. A moral é limitada pelo processo de institucionalização do direito: a) metodicamente pela ligação ao direito vigente; b) objetivamente pelos temas/encargos de provas; c) socialmente pelos pressupostos de participação, imunidades e distribuição de papéis; d) temporalmente em relação aos prazos de decisão. O caráter ilimitado da moral se encontra no processo de fundamentação das normas jurídicas, este não é determinado pelo direito vigente. Essa concepção leva em consideração os diferentes contextos do ordenamento jurídico e de seus atores, tais como os discursos dos magistrados, advogados e as diferentes áreas temáticas que abrangem as questões morais e técnicas.

O modelo da teoria da justiça e da moral se constitui pelo procedimento imparcial de estabelecimento e proporcionalidade dos princípios do direito (Cf. Habermas, 1992, p. 562). A moralidade possui os pressupostos que podem ser discursivamente aceitos e prescindidos da concepção metafísica tradicional. Assim, como realizou Hiebaum (2016, p.173), pode-se questionar o momento de aplicação do conteúdo moral discursivo. Esta etapa não está totalmente esclarecida nas *Tanner Lectures*. Habermas recomendaria o recurso à ética discursiva e o uso do princípio do discurso e o princípio da universalização (princípio da moral) à esfera

jurídica. Neste momento, não está explicitada a neutralidade da aplicação do Princípio do discurso ao procedimento de autolegislação moral, como Princípio da moral (Cf. Dutra, 2012). O Princípio do discurso aplicado às relações jurídicas é denominado Princípio da democracia. Este em relação com a forma jurídica irá institucionalizar o direito (Cf. Habermas, 1992, p. 135-165).

O modelo da Ética do discurso, na década de 80, estabelece o Princípio de Universalização (U) como critério para a resolução de conflitos entre o autointeresse e o interesse geral no procedimento de legislação moral. Ele determina a consideração das pessoas que serão afetadas pelas normas. O Princípio do Discurso (D) funciona como mecanismo de validação do procedimento moral, pois a prática discursiva de argumentação se apresenta como a forma de obtenção da validade e a aceitação das normas que possuem a força do melhor argumento.

De acordo com o Princípio D, as conjunções das duas propriedades fazem a minha prática deliberativa, ou de qualquer outra pessoa, um elemento necessário para o produto intersubjetivo que constitui a validade da norma N. A primeira propriedade é que se N, na práxis, usufrui do estatuto de uma norma válida ou inválida é uma distinção que faz a diferença para os meus interesses de tal forma que essa diferença é suficientemente importante para se preocupar com isso. A segunda propriedade é que eu participe da prática discursiva, ou seja, a prática argumentativa não-coercitiva de examinar, testar e construir os motivos que justificam a favor ou contra as declarações que julgam alguma norma de ação como válida. A julgar N como válido é, naturalmente, para realizar uma prescrição (Kettner, 2002, p. 203-204).

O Princípio do Discurso atua como princípio moral para a obtenção de norma válida e o Princípio de Universalização direciona a prática discursiva segundo os critérios que façam prevalecer o interesse geral e possa ter o assentimento dos afetados na prática legislativa.

A teoria procedimentalista do direito se constitui como uma reconstrução crítica das práticas de decisão e de avaliação dos pro-

cessos jurídicos segundo a abertura à argumentação moral. O direito possui momentos procedimentais que diferem das rígidas regras processuais da técnica jurídica. Por exemplo, a prática argumentativa da decisão judicial se estabelece pela fundamentação de juízos e o conflito com as exigências funcionais.

A força legitimadora da racionalidade dos processos jurídicos está no processo de legislação democrática e, posteriormente, ela se manifesta nas normas procedimentais de decisão judicial. O processo legislativo detém o núcleo racional prático (moral) da forma jurídica. A função legislativa possui problemas internos que vão desde o conflito de interesses entre os parlamentares e a exclusão da reconstrução crítica das controvérsias parlamentares segundo o modelo da negociação equitativa de compromissos ou da formação discursiva da vontade. A orientação política em conformidade com os princípios do agir comunicativo poderá coordenar a resolução dos conflitos da práxis legislativa para que não esteja circunscrita as negociações e barganhas políticas.

Por isso, a necessidade de argumentação moral e de condições comunicativas que possibilitem a formação discursiva da vontade e da opinião política. A formação da vontade intraparlamentar é um segmento estreito da vida pública. “A qualidade racional da legislação política não depende apenas do modo como maiorias eleitas e minorias protegidas trabalham no interior dos parlamentos” (Habermas, 1997, p. 220). Ela necessita de participação na vida pública e de influência na formação da vontade dos parlamentares. O caráter discursivo da formação da vontade na esfera pública poderá se constituir de forma institucionalizada pela influência das decisões parlamentares, ela somente será o fundamento para as decisões dos atores políticos.

O ideal de agir comunicativo de Habermas expressa a aposta de contrabalancear a força sistêmica do direito com a capacidade linguística de entendimento das normas sociais. “Atrás da formalização sutil das regras de deliberação e de mudanças de argumentos estão escondidas as experiências vivas de interação entre sujeitos

livres” (Foessel, 2015, p. 6-7). Por isso, a aposta na racionalidade comunicativa se estabelece como orientação normativa para o equilíbrio das relações sociais entre os indivíduos que almejam o entendimento sobre normas sociais e o resgate da capacidade crítica dos sujeitos livres que ampliaram a potencialidade do pensar e agir para além da razão funcionalista.

A filosofia de Habermas assume o projeto aliviar o estrangulamento que a razão instrumental (ou “funcionalista”) define onde quer que triunfe. Por sua leitura das promessas não cumpridas da modernidade, o filósofo mostrou todas as faixas de sociedades contemporâneas para além da “jaula de ferro” evocada por Max Weber sobre o capitalismo burocrático moderno (Foessel, 2015, p. 9).

Por um lado, os sistemas sociais realizam o processo de instrumentalização do mundo da vida, e, por outro lado, essa experiência de racionalização sistêmica conduz ao reconhecimento da necessidade de reavivamento do conteúdo democrático discursivo nas estruturas rígidas do Estado de direito. A teoria crítica da sociedade tem essa obrigação de apresentar caminhos para a saída da dominação sistêmica e o uso completo da racionalidade prática dos sujeitos da modernidade.

Considerações finais

Max Weber possuía uma orientação formalista do direito. A análise sociológica de Weber se desenvolveu pelo processo descritivo da passagem da dominação tradicional, que possuía a legitimidade na santidade das tradições e costumes e era exercida a autoridade pelos representantes da tradição (patriarca, monarca), à dominação burocrático-legal, esta adquire legitimidade pelo cumprimento de regras racionais e formais estabelecidas em estatuto e exercidas pelo agente impessoal (burocrata). A dominação legal ocorre pela racionalização e autonomização do direito. No processo de modernização social, a racionalidade jurídica garantiria a independência sistêmica em relação ao conteúdo moral.

A sociologia de Weber serviu para a reconstrução *interna* do direito. O direito foi descrito como racional (formal) e verificado que ele não pode ser neutro em relação à moral. O direito se relaciona internamente com a política e com a moral. A racionalidade jurídica não é uma questão excludente da normatividade moral. As mudanças políticas no direito pelo Estado social não destroem as qualidades formais. As qualidades formais, em sentido amplo, a relação entre o direito positivo e a justiça, permanecem abertas ao procedimento discursivo de fundamentação das normas jurídicas. A categoria social do direito tem que possuir uma racionalidade procedimental para estabelecer uma relação equitativa e formal. A tensão entre as exigências normativas e funcionais na sociedade complexa podem ser dirimidas pelo o uso da justificação moral (princípios) ao ordenamento jurídico e a aplicação das determinações morais pelo funcionamento do direito.

Na modernidade, o processo de racionalização social engendrou a divisão social entre mundo da vida e sistemas sociais. O mundo da vida representa as formas simbólicas de interação social que são mediadas pelo agir comunicativo. Os sistemas sociais possuem uma lógica de ação que se caracteriza pela racionalidade estratégica. A diferenciação entre o direito e a moral é decorrente dessa cisão da realidade social. O sistema jurídico passou por um processo de especificação de suas regras e de distinção em relação ao conteúdo moral. A moral racional manteve a sua capacidade de gerar normas que possam ser admitidas como válidas, no entanto, ela perdeu a competência de orientar a ação social. A sociologia de Max Weber corrobora para a compreensão dessa cisão entre direito e moral e afirma a relevância da manutenção da estrutura formal do direito e isenta da influência moral.

No âmbito político, pode-se observar o conflito entre dois paradigmas do direito, liberal e social, que pretendem corrigir as discrepâncias da dissociação das esferas normativas. Os liberais defendem a forma dos direitos privados como garantia da liberdade individual e a perspectiva social corrobora pela intervenção estatal

como mecanismo de correção das desigualdades sociais.

O diagnóstico weberiano originou o debate sobre o processo de *juridificação* (*Verrechtlichung*) das relações sociais. Essa ampliação do campo de atuação do direito demonstra que a sociedade complexa estaria sendo regida pela lógica instrumental e perdendo enlace comunicativo entre sujeitos livres.

A Ética do discurso se apresenta como uma forma de resolução dos conflitos ocasionados pela “materialização do direito” e a juridificação. Ela pretende salvaguardar a competência comunicativa dos sujeitos modernos. O modelo procedimentalista do direito se apresentou como uma terceira via ao modelo jusnaturalista de subordinação do direito à moral e ao modelo positivista que afirma que o direito e a moral se constituem em esferas normativas distintas. O direito moderno em associação com o procedimento da moral pós-convencional poderá ter contato com força normativa do agir comunicativo e mobilizar os cidadãos para a integração social.

O sistema jurídico tem a capacidade de preencher as lacunas e insuficiências das ordens sociais. No âmbito da moral, o direito poderá corrigir os *déficits* que impedem a imposição dos mandamentos morais e se constituir externamente como o reflexo dos pressupostos morais.

Essa dupla perspectiva de acepção do direito moderno é o centro da obra *Faktizität und Geltung* porque Habermas realiza a equalização da compreensão deste sistema social como possuindo uma lógica estratégica no ato de imposição de suas ordens e se legitima pelos pressupostos comunicativos. Nas *Tanner Lectures*, o princípio moral exerce a fundamentação normativa do direito. Em *Faktizität und Geltung* é pressuposto direito como inicialmente neutro em relação à moral e os seus pressupostos sendo deduzidos a partir do Princípio do discurso.

As *Tanner Lectures* de Habermas apresentam o experimento de resgatar a relevância da moral ao processo de fundamentação jurídica. Esse objetivo não é realizado pela via jusnaturalista de

proposição de normais morais que teriam influxo no conteúdo do direito. O modelo discursivo se fundamenta pela apresentação do procedimento adequado para a validação das normas jurídicas e a manutenção do sistema dos direitos com o mundo da vida. Aqui, a relação não seria pelo viés da racionalidade em conformidade a fins (razão estratégica), ela se erige pela arena discursiva e pelo viés da busca do entendimento pelo forçoso do melhor do melhor argumento.

Em suma, o caminho trilhado pelas *Tanner Lectures* permitiu que diversas intuições da década de 80 fossem aprofundadas na década de 90 em *Faktizität und Geltung*, tais como:

- a) A retomada da compreensão do sistema jurídico como mediador social (Cf. Habermas, 1992, p. 45-60);
- b) A reconstrução do diagnóstico sociológico de Max Weber sobre o direito para a realização da crítica ao modelo cético e limitação de racionalidade jurídica (Cf. Habermas, 1992, p. 90-108);
- c) O reconhecimento de que o direito possui a capacidade de aliviar o fardo moral e as exigências para o cumprimento dos mandamentos morais (Cf. Habermas, 1992, p. 135-150);
- d) A admissão de que o direito e a moral possuem uma relação *interna* de fundamentação normativa, embora seja postulado que o Princípio do discurso é neutro em relação ao direito e a moral (Cf. Habermas, 1992, p. 151-165);
- e) A adoção do modelo procedimental discursivo para a legitimação do direito (Cf. Habermas, 1992, p. 135-160/516-540);
- f) A introdução do conceito kantiano de *legalidade* para orientar o entendimento da dupla capacidade de ação, estratégica e co-

municativa, do sistema de direitos (Cf. Habermas, 1992, p. 144-145).

g) O diagnóstico de dois paradigmas de direito, liberal e socialdemocrata, que estão em permanente conflito ao suprimir cada um ao seu modo a liberdade e a igualdade dos cidadãos (Cf. Habermas, 1992, p. 468-492);

h) A descrição do fenômeno da *juridificação* e a necessidade de sua contenção pela perspectiva procedimental do direito (Cf. Habermas, 1992, p. 516).

Referências

BAXTER, Hugh. Habermas' sociological theory of law and democracy: a reply to Wirts, Flynn and Zurn. *Philosophy and Social Criticism*. v. 40, n. 2, 2014, p. 225-234.

BENHABIB, Seyla. Between facts and norms: contributions to a Discourse Theory of Law and democracy. By Juergen Habermas (Review). *The American Political Science Review*. v. 91, n. 3, Sep. 1997, p. 725-726.

DEFLEM, Mathieu. (Ed.). *Habermas, modernity, and law*. Londres: Sage, 1996.

DURÃO, Aylton Barbieri. *Derecho y democracia: la crítica de Habermas a la filosofía política y jurídica de Kant*. 2002. 454p. (Tesis doctoral). Facultad de Filosofía y Letras. Departamento de Filosofía. Universidad de Valladolid, 2002.

DUTRA, Delamar José Volpato. Consequências da neutralização moral do procedimeto jurídico em Direito e Democracia. *Ethic@*. Florianópolis, v. 8, n. 3, maio 2009, p. 127-141.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002.

FCESSEL, Michaël. Une ambition philosophique par gros temps. *Esprit*. Août-Sep. 2015, p. 6-11.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 1984.

HABERMAS, Jürgen. Law and morality. In: MCMURRIN, S. M. (Ed.). *The Tanner lectures on human values*. Volume 8. Salt Lake: University of Utah, 1986. p. 219-279.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria y praxis: estudios de filosofía social*. Madrid: Tecnos, 1987.

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

HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Theorie des Kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. 2 v.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade no Estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.

HIEBAUM, Christian. Anhang I: Recht und Moral (Tanner Lectures 1986). In: KOLLER, Peter; HIEBAUM, Christian. (Ed.). *Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung*. Berlin; Boston: W. de Gruyter, 2016. p. 169-184.

KETTNER, Matthias. The Disappearance of Discourse Ethic's in Habermas's Between Facts and Norms. In: SCHOMBERG, Rene von; BAYNES, Kenneth. (Ed.). *Discourse and democracy: essays on Habermas's Between Facts and Norms*. Albany: State University of New York, 2002. p. 201-218.

LARMORE, Charles. Die Wurzeln radikaler Demokratie. *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*. n. 41, 1993, p. 321–327.

MAIA, Antonio Cavalcante. *Jürgen Habermas: filósofo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NOBRE, Marcos. *A teoria crítica*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

PAULO NETO, Alberto. *A análise de Jürgen Habermas sobre a tensão entre Direitos humanos e Soberania popular na Teoria do direito de Immanuel Kant*. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.

PAULO NETO, Alberto. *Entre o consenso e a contestação no Estado democrático de direito: Uma interlocução entre a Teoria democrática de J. Habermas e P. Pettit*. 2015. 198f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

PINZANI, Alessandro. *Diskurs und Menschenrechte: Habermas' Theorie der Rechte im Vergleich*. Hamburg: Dr. Kovac, 1997.

SITTON, John. *Habermas and contemporary society*. New York: Palgrave Macmillan, 2003.

VELASCO, Juan Carlos. Acerca del “giro jurídico” de la Teoría Crítica. *Isegoría*. Madrid, n. 10, 1994, p. 174-189.

VELASCO, Juan Carlos. *La teoría discursiva del derecho: sistema jurídico y democracia en Habermas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

VELASCO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza, 2004.

WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Mexico: FCE, 2002.

WHITE, Stephen. Reason, modernity, and democracy. In: WHITE, Stephen. (Ed.). *The Cambridge Companion to Habermas*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 3-18.

Artigo recebido em 27/09/2016, aprovado em 14/10/2016