

SOBRE DIREITO E MORAL EM HABERMAS

ON LAW AND MORAL IN HABERMAS

Charles Feldhaus¹

<https://orcid.org/0000-0001-6889-0239>

Resumo: Este estudo trata da distinção e da relação entre direito e moral no pensamento do filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas buscando mostrar como se desenvolvem as linhas gerais da distinção e da relação entre direito e moral na obra *Facticidade e validade* e como a distinção e relação assim traçada na esfera doméstica possui reverberações na esfera internacional, particularmente na conceitualização dos direitos humanos como direitos morais e jurídicos ao mesmo tempo e que essa compreensão dos direitos humanos, juntamente com um conjunto de reformas propostas na esfera internacional no debate que Habermas empreende com o projeto de Kant em *À paz perpétua*, fornece recursos para responder às críticas realistas aos direitos humanos, que interpretam os direitos humanos como estratégias de redução do status dos adversários na geopolítica internacional e com isso instrumentos para dar liberdade à violência sem limites contra o pretensão inimigo injusto.

Palavras-chave: direito, moral, coerção, complementaridade, concorrência.

Abstract: This study deals with the distinction and relationship between law and morality in the thought of the German philosopher and sociologist Jürgen Habermas, seeking to show what are the main aspects of the distinction and the relationship between law and morality such as They are developed in the work *Facts and Norms* and how the distinction and relationship thus traced in the domestic sphere has reverberations in the international sphere, particularly in the conceptualization of human rights as moral and legal rights at the same time and that this understanding of human rights, together with a set of reforms proposed in the international sphere in the debate that Habermas undertakes with the project of Kant in *Towards Perpetual Peace*, provides resources to respond to realistic criticisms of human rights, which interpret human rights as strategies to reduce the status of opponents in international geopolitics and thus instruments to give freedom to unlimited violence against the alleged unjust enemy.

Keywords: law, moral, coercion, complementation, concurrence.

¹ Professor Associado da Universidade Estadual de Londrina. Doutor em filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutorado em filosofia pela Universidade Martin Luther Halle-Wittenberg. Email: charles@uel.br. <http://lattes.cnpq.br/7220512713960300>.

“De fato, uma moralização não-mediatizada da política teria efeitos tão perniciosos no cenário internacional quanto na confrontação do governo com seus inimigos internos (...) os danos decorrem exclusivamente (...) de uma codificação duplamente errada da ação política ou estatal: primeiro se moraliza a ação (...) e depois se criminaliza (...) sem que se tenham cumprido - nem os pressupostos jurídicos de uma instância judicial que sentencie com imparcialidade, nem o estabelecimento de um poder carcerário neutro.” (HABERMAS, 2002, p. 225)

Introdução

O debate a respeito da relação e da diferença entre as esferas do direito e da moral é um tema recorrente na história do pensamento filosófico, seja de maneira explícita, seja de maneira até mesmo menos explícita e depende de alguma forma também do tipo de racionalidade empregada para abordar o fenômeno jurídico. Aqueles que se vinculam à racionalidade instrumental e ao realismo político tendem a ser mais céticos quanto à vinculação entre direito, moral e ética e caminhar na direção de uma neutralidade axiológica do direito em relação aos valores morais. Aqueles que se vinculam à racionalidade também moral (uma vez que mesmo pensadores que advogam uma racionalidade moral no sentido forte nunca negaram a existência da racionalidade instrumental) tendem a reconhecer algum tipo de vinculação, às vezes mais forte, às vezes mais fraca entre o direito e a moral ou ética. Além disso, se retornamos à história, particularmente à idade média e a idade antiga, encontramos pensadores cuja vinculação entre direito e moral é bastante forte, às vezes até difícil de traçar, uma vez que o direito e a moral estavam ainda bastante vinculados à eticidade tradicional e a moral não havia se transformado muito mais num sistema de saber e perdido muito do pano de fundo cultural que lhe dava sustentação.

A distinção entre direito e moral como esferas autônomas e independentes consiste em algo eminentemente moderno. Pensadores como Nicolau Maquiavel, com a obra *O príncipe* desenvolve uma concepção política em que a política e a moral ganham autonomia e independência uma da outra. Conforme Kant (2020, p. 65; AA 08 370) a política pode ser compreendida “enquanto teoria do direito aplicado”, ou seja, como aplicação dos conhecimentos obtidos na parte a priori da filosofia do direito aos conhecimentos adquiridos pela experiência, o que Kant às vezes teria chamado de antropologia moral.² Já pensadores

² Para mais informações a respeito da política enquanto doutrina do direito aplicada em Kant, ver SCHERER, F. Notas sobre a efetividade da doutrina kantiana do direito, *Cadernos de ética e filosofia política*,

como John Locke em *Carta sobre a tolerância* criam uma esfera de autonomia entre a política, a moral e as concepções religiosas. Pensadores como Immanuel Kant em *A metafísica dos costumes* traçam a distinção entre a moral, a ética e o direito e desenvolvem reflexões a respeito da relação entre as respectivas esferas da filosofia prática. Pensadores contemporâneos como Herbert Hart em *O conceito de direito* e Ronald Dworkin em diversas obras divergem e debatem a respeito da relação entre o direito e a moral e particularmente o papel que a moral ocupa nas tomadas de decisão dos juízes e demais aplicadores do direito. Enfim, a história do debate a respeito da distinção e da relação entre a moral e o direito tem representantes importantes e já é relativamente longa. Mas o foco do presente estudo é o pensamento do filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas e o que ele pensa a respeito da relação entre direito e moral.³

O direito como objeto de pesquisa da teoria crítica da sociedade de Habermas

Com a publicação de sua principal obra de filosofia do direito *Facticidade e validade* [*Faktizität und Geltung*] em 1992, o filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas se devota de maneira mais sistemática do que já havia feito em *Recht und Moral* de 1986 (Tanner Lectures) ao tema da relação entre direito e da moral e muda sua posição em relação a 1986 em alguns aspectos, no texto anterior ele “ainda apresenta a legitimação do direito fundamentada na moral” (MELO; HULSHOF; KEINERT, 2008, p. 89), ao passo que em 1992 ele rechaça qualquer tentativa de fundar o direito na moral. Em 1992 Habermas reconstrói o conceito de direito moderno num debate com os clássicos da filosofia do direito, entre os quais convém ressaltar aqui, Kant, Hobbes e Rousseau. Ele critica a fundamentação de Hobbes do Estado, apontando para sua insuficiência do modelo de fundamentação do Estado com base apenas na teoria da escolha racional hobbesiana e sustenta que Hobbes

Vol. 17, n. 2, 2010, pp. 173-187; e SCHERER, F. O ‘sistema da política’ segundo fundamentos da filosofia crítica de Kant. *Ethic@ - Revista Internacional de Filosofia Moral*. Vol. 21, n. 2, 2022, pp. 360-373.

³ É importante observar que Habermas distingue entre **moral** e **ética** e reserva o termo ética para se referir a dimensão da esfera prática da filosofia que trata das escolhas relacionadas com a identidade pessoal e que em sociedades democráticas liberais constitucionais contemporâneas consistem no espaço de livre discricionabilidade dos cidadãos escolherem seus projeto ou planos racionais de vida sem intervenção quer do Estado, quer das outras pessoas. O termo moral, por sua vez, o filósofo e sociólogo alemão reserva para as questões de justiça ou às questões que precisamos prestar contas as outras pessoas e precisamos prezar pela imparcialidade no julgamento. Em *O futuro da natureza humana*, Habermas emprega o termo ética num sentido não mais restrito apenas aos indivíduos e suas escolhas de planos racionais de vida e identidade pessoal, mas também à espécie como um todo e desenvolve toda uma estratégia argumentativa com base numa **ética da espécie** para avaliar os desafios oriundas da aplicação das técnicas de engenharia genética na reprodução humana.

aparentemente somente foi bem sucedido em fundamentar o Estado com base no auto interesse esclarecidos das partes contratantes na condição natural porque introduziu sorrateiramente premissas morais em seu raciocínio.⁴ Ele também critica Rousseau e Kant pela falta de êxito na tentativa de conciliar as duas liberdades de Benjamin Constant, a saber, a liberdade dos antigos e as liberdades do modernos. Habermas identifica a liberdade dos antigos com a autonomia política e a liberdade dos modernos com os direitos humanos e considera que Kant não conseguiu conciliar adequadamente essas duas noções porque teria comprado uma interpretação moral dos direitos humanos, a saber, teria derivado os direitos subjetivos modernos da moral e com isso subordinando o direito à moral, o que por muitos pensadores é considerado um problema, particularmente pelos positivistas jurídicas como Hans Kelsen e Herbert Hart. Habermas sustenta que Rousseau, por sua vez, teria sido até mais bem sucedido em sua concepção política ao fundar o Estado na vontade geral, porém essa tentativa carece de aplicabilidade em uma sociedade marcada pelo pluralismo de concepções de bem (para usar o termo de Rawls) como são a grande maioria das sociedades contemporâneas, como aquelas às quais Habermas se dirige. A fim de resolver essa tensão entre direitos humanos e autonomia política, Habermas desenvolve seu próprio sistema de direitos, sua concepção de democracia radical (deliberativa), em que a configuração das categorias de direitos fundamentais ao mesmo tempo são *conditio sine qua non* do processo de tomada de decisão democrática e resultado do próprio processo de deliberação na esfera pública da sociedade. Dessa maneira, ele deriva esse sistema de direitos de sua concepção discursiva, a saber, o sistema de direitos surge da aplicação do princípio do discurso neutro (ou seja, não se trata da versão ética do respectivo princípio) à forma jurídica e disso resultam cinco categorias de direitos básicos.

É importante observar que Habermas entende como direito moderno e sua pretensão sistemática de interpretação e imposição a todos de maneira imparcial e não o direito em geral, como parece ser a preocupação de Hart na obra *O conceito de direito*. Para Habermas o direito moderno não consiste apenas numa forma de saber cultural, como é o caso da moral ou da ética, mas possui um componente importante relacionado às instituições dessa maneira, o direito “não representa apenas uma forma de saber cultura [como a moral], mas constitui, ao

⁴ Não tratarei de maneira mais sistemática da crítica de Habermas à fundamentação do Estado no presente estudo. Para um exame mais detalhado da crítica de Habermas ver FELDHAUS, C. A crítica de Habermas à fundamentação hobbesiana do Estado. *Revista Paradigmas: Filosofia, Realidade e Arte*. vol. 1, pp. 14-20, 2003. Para uma resposta à crítica de Habermas a Hobbes, ver DIEHL, F. L. O. Habermas crítico de Hobbes em Direito e democracia. In: DUTRA, D. J.V. & FELDHAUS, C. *Habermas e Interlocuções*, 2012, pp. 245-264.

mesmo tempo, um componente importante do sistema de instituições sociais” (HABERMAS, 2020, p. 124)

As categorias fundamentais do direito em *Facticidade e validade*

Com base numa análise pragmática da linguagem, Habermas reconstrói as categorias básicas que constituem e permite a gênese de direito legítimo em sociedades democráticas contemporâneas que chama de direitos fundamentais. Habermas sustenta que existem cinco categorias fundamentais de direitos que pretendem garantir que a legitimidade do direito derive da legalidade de um procedimento legalmente instituído de tomada de decisão democrática. As três primeiras categorias de direitos abstratas, que derivam da aplicação do princípio do discurso ao médium do direito, são: 1) “*direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*”, na qual se incluem a dignidade, a liberdade, a integridade física e a inviolabilidade da pessoa; 2) “*o status de membro*”, em que se incluem os direitos de pertencer a um Estado – a cidadania e a proibição de extradição; 3) “*exigibilidade (...) de proteção jurídica individual*”, em que se incluem os meios de salvaguarda da autonomia privada de civis como a proibição do efeito retroativo, do tribunal de exceção, entre outros. As três primeiras categorias de direitos fundamentais garantem a autonomia privada dos sujeitos de direitos. 4) “*à participação, em igualdade de oportunidades nos processos de formação da opinião e da vontade*”, ou seja, “*autonomia política*” que procura garantir uma aplicação reflexiva das categorias anteriormente apresentadas assim como da própria interpretação do direito quanto à autonomia privada e pública; e, finalmente, 5) “*a condições de vida asseguradas social, técnica e ecologicamente (...) para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos*” (HABERMAS, 1992. p. 155-157; HABERMAS, 2020, p.172-3) É importante observar que o conteúdo da quinta categoria encontra-se relacionado com o “*aproveitamento em igualdade de condições*” das quatro categorias anteriormente apresentadas e dessa forma no sistema jurídico habermasiano a igualdade material e o nível de proteção da igualdade material dependem dos efeitos da condição material das pessoas ao desfrute dos direitos das categorias anteriormente. Além disso, Habermas (2020, p. 173) afirma que as quatro primeiras categorias são fundamentadas de maneira absoluta, ao passo que a quinta é fundamentada de maneira relativa. Não me parece completamente claro as consequências dessa diferença no tipo de fundamentação das diferentes categorias de direitos, mas parece implicar que, caso a desigualdade material não tivesse efeito no desfrute das quatro primeiras categorias de direitos, não deveria ser enfrentada. Ou seja, em sociedades em

que o grau de desigualdade material existente não tem reflexos no exercício dos direitos individuais e no exercício dos direitos de participação política, a categoria poderia se tornar supérflua. Não por acaso em seu livro *Era das Transições*, Habermas apresenta novamente as categorias dos direitos fundamentais: 1) liberdades subjetivas; 2) de status de membro; 3) de proteção individual; 4) igualdade de condições na participação política. Contudo, Habermas não cita novamente a quinta categoria que trata especificamente dos direitos sociais. (HABERMAS, 2003, p. 169).

A relação de complementaridade entre direito e moral em Habermas em *Facticidade e validade*

Do ponto de vista funcional e não exatamente normativo, se poderia dizer que o direito moderno e a moral pós-convencional possuem uma relação de complementaridade no pensamento de Habermas. Como diz Habermas (2020, p. 155) em *Facticidade e validade* a moral e o direito se referem aos mesmos problemas, mas de maneira diferente. Primeiro, a moral pós-tradicional representa apenas uma forma de saber cultural; ao passo que o direito tem obrigatoriedade também no âmbito institucional; “O direito não é apenas um sistema simbólico, mas também um sistema de ação.” As normas gerais de ação se dividem em regras morais e regras jurídicas; são regras complementares, mas com independência uma da outra; por isso, Habermas formula primeiro um princípio discursivo que ainda é neutro do ponto de vista moral e jurídico, o princípio D: “São válidas apenas as normas de ação com as quais todos os possíveis concernidos poderiam concordar como participantes de discursos racionais.” (HABERMAS, 2020, p. 155) Habermas (2020, p. 156) defende que tanto o princípio discursivo moral quanto o princípio discursivo jurídico, que ele chama de princípio da democracia, surgem de especificações do princípio discursivo neutro. A moral tem a ver com a consideração simétrica de interesses de todos os concernidos, ao passo que o direito pode se justificar com base em argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais, não apenas os morais. É importante observar que Habermas reserva o termo ética [*Ethik* em alemão] para se referir aos valores que orientam a vida do indivíduo no espaço da esfera privada, no espaço criado pelo direito moderno pela sua independência em relação aos eticidades tradicionais, a ética diz respeito às concepções de vida boa ou às concepções abrangentes de bem, para empregar um termo que usa John Rawls em suas obras.

Habermas sustenta que a moral autônoma e o direito positivo mantêm uma relação de complementaridade em certos aspectos: 1. Cognitivo; 2. Motivacional; 3. Organizatório. A ideia básica é que o direito em sociedade complexas contemporâneas precisa suprir alguns déficits da moral. Conforme Habermas (2020, p. 154-5) o direito e a moral: 1- se distinguem do *ethos* social, da ética do ponto de vista sociológico, ou seja, mesmo que valores morais e normas jurídicas não deixem de sob certas circunstâncias se relacionar com os valores sociais, com o *ethos* de uma sociedade específica, em sociedades complexas, plurais e democráticas não existe uma relação de cópia ou identidade entre a esfera jurídica e a esfera moral. As questões de justiça (morais) e as questões legais transcendem os valores culturais e podem inclusive sob certos casos atentar contra tais valores, por exemplo, quando os valores culturais compartilhados violam valores morais ou legais fundamentais como a igualdade. Uma sociedade pode possuir uma cultura que ainda mantém aspectos preconceituosos em relação à gênero, etnia, classe, etc e as regras morais e jurídicas sustentarem que tais valores são equivocados e precisam ser mudados. 2 - as questões jurídicas se separam das questões éticas e morais do ponto de vista cultural, ou seja, o que é considerado uma questão ou um problema que precisa ser resolvido juridicamente, moralmente e eticamente não é idêntico; as questões éticas se tornam questões de foro íntimo e cabe aos cidadãos das sociedades democráticas constitucionais contemporâneas buscarem da maneira que considerarem mais apropriada o plano racional de vida que livremente escolheram; as questões éticas podem migrar ao direito e se transformar em normas coativas, mas caso tal não aconteça, a moral pós-convencional e racional enquanto apenas um saber cultural exige à consciência dos agentes certos comportamentos e seu cumprimento; o direito, por sua vez, é ao mesmo tempo um sistema de saber cultural e um sistema de ação e foca na coação como motivação da conduta, embora um conceito de democracia radical como o caso do modelo habermasiano também se preocupa com a necessidade dos sujeitos de direitos se compreenderem também como autores de direitos através da participação numa prática coletiva de tomada de decisão na esfera pública da sociedade; 3 - do ponto de vista institucional, questões jurídicas se separam de questões de costumes, ou seja, mesmo que conteúdos culturais (e a moral pós-convencional é um tipo de saber cultural) possam migrar via exercício discursivo da tomada de decisão ao direito e compor o conteúdo das normas jurídicas, como não se trata de um modelo de cópia platônica, não existe uma relação de necessidade entre costumes e valores culturais em geral e as normas jurídicas; 4 - questões morais e jurídicas se referem aos mesmos problemas, mas de pontos de vista diferentes e a moral pós-convencional assume a figura de um saber cultural, ao passo

que o direito ganha roupagem institucional e pode recorrer a todo aparato legal para cumprir suas exigências, ou seja, o direito não é apenas algo simbólico, o direito é também um sistema de ação (HABERMAS, 2020, p. 154-5).

No que diz respeito ao déficit cognitivo, a moral racional e pós-convencional com seus conteúdos mais abstratos e independentes da eticidade tradicional em sociedades imersas num contexto do pluralismo de cosmovisões sobrecarrega os cidadãos com problemas de aplicação de normas e leva à indeterminação cognitiva (HABERMAS, 2020, p. 164). Esse ônus cognitivo de resolver conflitos de ação é amenizado pelo legislador político e pelos tribunais. No que diz respeito ao déficit motivacional, Habermas aponta (2020, p. 162) que a moral racional se especializa em questões de justiça, universalizabilidade e por isso não gera a disposição para a ação correta e como todo saber fica no plano da cultura e por isso tem um déficit de força motivacional (HABERMAS, 2020, p. 163). Mas, como o direito é ao mesmo tempo um sistema de saber e sistema de ação pode suprir esse déficit, uma vez que “as instituições jurídicas podem garantir a efetividade das ações impondo as regras coercitivamente” (MELO; HULSHOF; KEINERT, 2008, p. 81). No que diz respeito ao déficit organizacional, Habermas está pensando aqui no cumprimento de deveres positivos relacionados com a ajuda humanitária, à beneficência, etc. que dificilmente seriam cumpridos, se de alguma forma seriam nas sociedades contemporâneas globalizadas e com comunicação imediata. Quando acontecem catástrofes e outros eventos que causam grande comoção pública, o Estado de direito coloca à disposição dos particulares todos um conjunto de instituições sociais que se responsabilizam pela coleta, transporte e entrega de doações, por exemplo. O ponto é que quanto mais complexa se torna uma sociedade mais exige esforços cooperativos e desempenho organizacional (HABERMAS, 2020, p. 165); por exemplo, impedir o próximo anônimo de morrer de fome; a ajuda caritativa exige vias organizacionais; transporte de alimentos; transporte de medicamentos; transporte de roupas; fornecimento de infraestrutura “que superam em muito a iniciativa e os âmbitos de ação dos indivíduos particulares” (HABERMAS, 2020, p. 166).

A crítica à fundamentação de Kant do conceito de direito moderno

Como já dito, Habermas considera que Kant tão resolveu de maneira inequívoca à questão da legitimidade das leis em sua obra *Doutrina do direito* (a primeira parte de *A metafísica dos costumes* de 1797) e não esclareceu devidamente como se dá a relação entre o

princípio da moral, o imperativo categórico (fórmula da universalidade, da humanidade e da autonomia) e o princípio do direito (que trata da compatibilidade formal dos arbítrios conforme uma lei universal) o princípio da democracia (acredito que Habermas está pensando aqui na ideia reguladora de contrato originário e a distinção entre formas de governo republicana e despótica). Se poderia dizer que aquilo que parece incomodar Habermas é que estes três princípios normativos de uma forma ou de outra “dão expressão, cada um à sua maneira, à mesma ideia de auto legislação” (HABERMAS, 2020, p. 136). Habermas dá também a entender que Kant deriva todos os direitos humanos do direito inato (não adquirido) da liberdade e isso é bastante controverso, uma vez que não é evidente que o filósofo de Königsberg incluiria muitos direitos humanos atuais como direitos derivados do direito inato e seguindo a própria visão genealógica dos direitos humanos desenvolvida por Habermas em *Sobre a constituição da Europa*, Kant se situa no contexto histórico de surgimento da primeira geração dos direitos humanos, a saber, os direitos liberais à liberdade e à propriedade privada, mas não na geração dos direitos de participação democrática e os direitos sociais e culturais (HABERMAS, 2012, p. 15). Com isso, não quero dizer que Kant tenha sido completamente avesso à alocação de recursos pelo Estado para suprir problemas de desigualdade material, uma vez que na Anotação geral - Dos efeitos jurídicos que decorrem da natureza da união civil, no ítem C, da *Doutrina do direito*, Kant reconhece que existe um direito de cobrar certos impostos do povo para a própria conversação da sociedade e aqui Kant não está pensando na manutenção apenas de forças militares e policiais para garantia da propriedade privada, mas na assistência aos pobres, nos orfanatos, nas instituições de caridade em geral (KANT, p. 199; AA MS 326).

Ao tratar de seu conceito de direito e da relação complementar entre direito e moral, Habermas retoma Kant e ressalta que ele chega ao conceito de direito por restrição do conceito moral: a) relação de arbítrios e não de vontades livres; b) relação externas apenas e não internas; c) autorização à coerção (HABERMAS, 2020, p. 153-4). Habermas sustenta que, ao restringir a dimensão jurídica diante das dimensão moral dessa maneira, Kant é herdeiro de uma certa visão platônica da ordem jurídica como imitação da ordem moral e que embora seja problemática de forma geral não é falsa em todos os aspectos, uma vez que “uma ordem jurídica só pode ser legítima se não contradiz princípios morais” (HABERMAS, 2020, p. 154) e acrescenta ainda que “essa referência moral não deve nos levar a posicioná-la acima do direito, no sentido de uma hierarquia entre duas ordens normativas”. De certa forma Habermas considera que existe alguma falta de clareza a respeito da relação entre três

princípios normativos da filosofia prática de Kant, a saber, o princípio moral fundamental ou imperativo categórico, o princípio universal do direito como princípio básico da filosofia do direito e as ideias de contrato originário e modo republicano de governar e por causa disso a concepção de direito kantiana estaria comprometida com “a uma não confessada relação de concorrência entre direitos humanos, fundamentados moralmente, e o princípio da soberania popular, encontrando tanto em Kant quanto em Rousseau” (HABERMAS, 2020, p. 141). Todavia, é importante observar que Habermas confunde de certa forma a terminologia kantiana em sua crítica, uma vez que Kant já havia traçado em sua *A Metafísica dos costumes* distinção entre moral, ética e direito. **Moral** [*Moral* em alemão] no pensamento de Kant não tem o sentido idêntico à **moral** [*Moral* em alemão] no pensamento de Habermas, uma vez que a moral em Kant é praticamente o sinônimo da **doutrina dos costumes** [*Sitten* em alemão] propriamente dita, uma vez que inclui as esferas da ética [*Ethik* em alemão] e do direito [*Recht* em alemão] como temas da *Doutrina da virtude* e da *Doutrina do direito*. Para fundamentar moralmente o Estado de direito como acusa Habermas, Kant teria que ter fundamentado o direito na ética e não na moral e como parte da moral o direito necessariamente seria alcançado por algum tipo de redução da primeira como Habermas sustenta que acontece no pensamento de Kant. É claro que Kant emprega o imperativo categórico em suas diferentes formulações tanto na *Fundamentação* (uma obra de moral no sentido amplo) quanto na *Doutrina da virtude* em que trata da moral no sentido estrito ou ética. Alguém também poderia dizer que de alguma forma o imperativo categórico kantiano, ao menos na fórmula da autonomia, como um princípio de auto legislação como denomina Habermas, opera também na filosofia do direito de Kant. E de fato Kant faz isso, recorre à ideia de autonomia tanto na esfera ética quanto na esfera jurídica, o que em si não sustenta a interpretação de Habermas, porque a autonomia é restringida em cada caso para lidar com os problemas específicos de cada esfera, ética enquanto autonomia interna da vontade, e jurídica enquanto autonomia externa do arbítrio em relação ao arbítrio dos demais cidadãos e cidadãs. Enfim, eu concordo que Kant chega a autonomia jurídica por redução da autonomia moral no sentido amplo, mas isso não acarreta sozinho a hipótese da subordinação do direito à moral no sentido estrito ou ética. Também é importante observar que a mesma oscilação que se encontra nos textos de Kant a respeito da aplicação das diferentes fórmulas do imperativo categórico não está ausente em Habermas. O sistema teórico habermasiano inclui um princípio discursivo neutro no que diz respeito aos campos da moral e do direito, que funciona como uma regra de argumentação com função similar ao princípio da indução no campo da

filosofia teórica, um princípio da ética do discurso propriamente dito que expressa o conteúdo de uma moral racional e um princípio da democracia que expressa o conteúdo de um direito moderno, que se emancipou das atividades tradicionais.

Além disso, a fim de comparar Habermas e Kant, é importante observar que Kant prioriza a fórmula da humanidade na *Doutrina da virtude* ou na ética, que é o tema da segunda parte de *A metafísica dos costumes*; na *Doutrina do direito*, que é a primeira parte de *A metafísica dos costumes*, ele prioriza a fórmula da autonomia nas ideias de contrato originário como ideia reguladora e princípio do direito. Habermas no campo da filosofia do direito prioriza o que chama de princípio da democracia em *Facticidade e validade* no direito, mas no próprio direito, principalmente no direito internacional não deixa de invocar a ideia de humanidade como um fim em si mesmo, o que seria um princípio que Kant usa bastante na ética, quando trata da ideia de dignidade e a utopia realista dos direitos humanos em *Sobre a constituição da Europa*, por exemplo, quando ele tenta realizar um tipo de estudo de gênese das diferentes categorias de direitos humanos como base na dobradiça conceitual da dignidade humana. O que não necessariamente poderia ser considerado algum tipo de contradição ou ambiguidade no pensamento de Habermas, uma vez que se poderia a perspectiva que ele adota nesse texto é muito mais genealógica do que fundacional, se trata muito mais de uma descrição de um processo do que de uma justificação ou fundamentação dos direitos humanos e por conseguinte são níveis distintos de reflexão e o recurso à moral não poderia ser considerado um tipo de platonismo tal como ele parece estar imputando à concepção de Kant. Habermas aqui está mais interessado no contexto de descoberta de diferentes categorias de direitos humanos no decorrer da história humana e procura mostrar que existe um tipo de motivação moral (ética no sentido de Kant) que leva os seres humanos enquanto espécie a se manifestarem e lutarem pela criação de novos direitos para proteger diferentes aspectos da dignidade humana. A experiência de sofrimento e violação da dignidade humana serve como mola propulsora do desenvolvimento de novos direitos. Enfim, não se trata de uma justificação ética de conteúdos jurídicos, mas de uma explicação de como ocorreu um processo de migração de conteúdos éticos através de procedimentos discursivos para o direito.

Sobre a relação entre moral e direito na esfera internacional

Após a publicação de *Facticidade e validade*, Habermas inicia um processo de internacionalização de sua concepção discursiva do direito em obras como *A inclusão do*

outro, Ocidente dividido, A constelação pós-nacional, entre outras. O desenvolvimento da concepção de direito internacional habermasiana ocorre num debate com a visão de Kant em *À paz perpétua* (1795) e com outros eventos atuais na esfera internacional como a implementação de regime continental no continente europeu e outros eventos geopolíticos como guerras. Na formulação da concepção discursiva de direito internacional, um papel importante ocupa a noção de direitos humanos, que em *Facticidade e validade* é aproximada da noção de direitos fundamentais das democracias constitucionais nacionais. Quando trata dos direitos humanos, é importante observar que Habermas vincula os direitos humanos não a uma interpretação moral, mas a noção moderna de direitos subjetivos e com os direitos fundamentais de sociedades nacionais, a saber, direitos capazes de ser exigidos coativamente; ou seja, vincula os direitos humanos à tradição do direito liberal moderno de Locke e Rousseau e começa a abordar o tema de uma expansão desse sistema de direitos a uma ordem cosmopolita, ao direito internacional e não apenas restrita a um estado democrático constitucional. Um texto importante quanto a esse ponto é aquele que ele escreve em comemoração ao bicentenário da publicação de *À paz perpétua* de Immanuel Kant e que está publicado na obra *A inclusão do outro*. Nesse texto Habermas realiza um tipo de diagnóstico dos aspectos que são ainda atuais dos aspectos que se tornaram ultrapassados após dois séculos da formulação da proposta. Além disso, ao tratar do direito internacional, Habermas busca responder à crítica realista aos direitos humanos seja reinterpretando os direitos humanos como não apenas morais, mas também apontando para as condições institucionais e históricas que poderiam fazer com que a crítica perdesse muito de sua plausibilidade. Ele particularmente quer mostrar que pode ser falsa a asserção que a política dos direitos humanos tem que necessariamente produzir guerras, que disfarçadas de ações policiais, que poderiam assumir uma qualidade moral. A natureza dos direitos humanos como ao mesmo tempo direitos morais e direitos jurídicos torna problemática este tipo de asserção, que os direitos humanos são nada além de armas políticas empregadas na esfera internacional para demonizar a imagem de adversários na geopolítica e abrir livre vazão à violência contra eles através de intervenções militares (atos políticos de guerras camuflados de ações humanitárias). O ponto de Habermas é que a incorporação dos direitos humanos em uma ordem jurídica internacional através de julgamento de guerra como o Julgamento de Nuremberg e Kyoto, mostra que tais direitos não são meramente morais, mas também possuem uma dimensão jurídica e vinculada a procedimentos legais e sanções, e por isso, a base de justificação das intervenções com base nos direitos humanos, somente podem ser aplicadas sob a suposição de tais direitos também

são direitos legais, são direitos estabelecidos nas constituições internacionais e não apenas como direitos morais. Claro que a suposição de Habermas aqui é que as cartas e os documentos internacionais assim como as decisões dos tribunais penais internacionais não são anomalias jurídicas, mas atos jurídicos na esfera internacional que estabelecem direitos legais. Outro aspecto da crítica realista aos direitos humanos, que Habermas pretende refutar, é a afirmação que os direitos humanos precisam servir necessariamente como estratégia de moralização das relações internacionais que implica numa classificação dos opositores na esfera internacional como inimigos de modo a abrir rédeas largas à desumanidade, ou seja, a lógica de diferenciar todos na arena política internacional entre amigos e inimigos e justificar com base nessa diferenciação aqueles contra os quais a violência, entenda-se aqui a intervenção externa (diplomática, comercial e militar), pode agir sem restrições. Qualquer violência está justificada contra um inimigo comum injusto. Contra isso Habermas sustenta que, uma vez que tiver sido estabelecido um tribunal justo e imparcial de litígios na esfera internacional, razão pela qual Habermas defende reformas no Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, o estabelecimento de um Parlamento Global, entre outras propostas de reformas institucionais, a fim de garantir o máximo de imparcialidade no julgamento sobre o direito à intervenção externa e com isso evitar o uso ideologicamente carregado do discurso dos direitos humanos para justificar a guerra. Além disso, Habermas entende que a política dos direitos humanos não se reduz à imposição de uma moral parcial, de uma moral de um grupo de países ou de um único país contra outros, mas sim são parte de uma moral universalista. Habermas defende que os direitos humanos remontam à cartas constitucionais (1776, 1789), da Independência dos Estados Unidos da América e da Revolução Francesa, e que essas cartas são inspiradas no conceito de direito racional de Locke e Rousseau e, por conseguinte, os direitos humanos, mesmo que só possam ser considerados como efetivos no âmbito de uma ordem jurídica nacionais ainda são direitos legais e não meramente morais, que protegem a todas as pessoas do mundo e não apenas os cidadãos de um unidade nacional, desde a sua origem nessas cartas constitucionais internacionais. Fazem parte do processo de constitucionalização do direito internacional. Por conseguinte, a despeito de sua proveniência jurídica, acredita Habermas, os direitos humanos têm um ‘caráter duplo’ [uma face de Janus]: enquanto normas constitucionais tem validade positiva, mas como direito que se vincula a cada ser humano (não apenas aos cidadãos de um estado em particular) eles têm validade também supra positiva; portanto, tem uma face voltada ao direito e outra voltada a moral universalista. Por outro lado, a respeito da natureza

moral dos direitos humanos, suposta na objeção realista, Habermas entende que isso é falso porque está baseado numa premissa falsa, uma vez que é falsa a afirmação que **os direitos humanos são de natureza moral** e que realizar uma imposição dos direitos humanos precisa necessariamente implicar num tipo de moralização, porque os direitos humanos são desde sua origem também de natureza jurídica, o que dá a impressão que os direitos humanos sejam direitos morais é o tipo de validade vinculada a eles. Não obstante, mesmo que Habermas procure mostrar a natureza moral e jurídica dos direitos humanos, em *Sobre a constituição da Europa*, ele parece comprometido com uma dimensão mais carregada moralmente dos direitos humanos, quando trata da utopia dos direitos humanos e a noção de dignidade humana. Nessa obra, provavelmente influenciado pelo pensamento de autores como Axel Honneth e Hans Joas, Habermas se devota a uma perspectiva genealógica dos direitos humanos. Ou seja, em vez de procurar conceituar direitos humanos e reconstruir o sistema de direito moderno, estratégia na qual os direitos humanos surgem como direitos fundamentais de Estados de direito democráticos nacionais, ele foca numa reconstrução histórica do processo de geração das diferentes gerações de direitos humanos, desde as cartas constitucionais da Revolução Americana e da Revolução Francesa até os dias atuais, com o advento das tecnologias genéticas propiciadas pelo Projeto Genoma Humano. Em suas próprias palavras, ele pretende mostrar “a origem dos direitos humanos a partir da fonte moral da dignidade humana explica a força política explosiva de uma utopia concreta” (HABERMAS, 2012, p. 12), dessa maneira, a dignidade humana é aquilo através do qual o conteúdo igualitário universalista da moral migra ao direito e que a tomada de consciência disso seria algo tardio.

É importante ressaltar também que com isso Habermas não quer incorrer no que chama de um ‘mal-entendido positivista’ acerca dos direitos humanos, ou seja, a ideia que tudo aquilo que for estabelecido pelo legislador de uma comunidade jurídica particular seja um direito humano, mesmo que tenha que reconhecer que como direitos jurídicos não se pode evitar que possam ser alterados ou suspensos com a mudanças do regime de governo. Mas quer chamar a atenção para o fato que, na medida em que também são direitos jurídicos em ordens democráticas constitucionais, tais direitos desfrutam de um duplo sentido de validade: eles são entendidos tanto como normas positivadas baseadas na capacidade de sanção ao não cumprimento [*Gültigkeit*] de comportamentos desviantes quanto como normas que reivindicam legitimidade ideal, passíveis de serem justificadas racionalmente [*Legitimität*] diante de uma comunidade universal de pessoas capazes de falar e agir (HABERMAS, 2002,

p. 214). Por fim, é importante apontar que o conceito de direito reconstruído bom base na teoria do agir comunicativo e numa interlocução com os clássicos do direito como Hobbes, Rousseau e Kant envolve um novo paradigma jurídico (o tema do capítulo IX – Paradigmas do direito de *Facticidade e validade*), em que Habermas mostra as vantagens explicativas do paradigma discursivo diante dos paradigmas liberal (míope as demandas sociais de certos grupos, por exemplo, ao focar apenas na igualdade formal de direitos) e do Estado bem-estar social (que é capaz de identificar as desigualdades fáticas de grupos discriminados, mas é paternalista na estratégia de solução da patologia social envolvida). Além disso, a proposta de Habermas envolve uma concepção de esfera pública e circulação do poder político da esfera pública informal (movimentos sociais e deliberações no espaço público não institucional) para a esfera pública institucional (representantes políticos eleitos e suas deliberações nos espaços institucionais). O conceito de direito assim reconstruído e o modelo de circulação de poder compõem a concepção de democracia radical habermasiana que se apresenta como uma alternativa tanto ao modelo de democracia liberal (que restringe à participação política aos pleitos eleitorais regulares) e ao modelo republicano (que expande o espaço de participação política, mas se mostra muito dependente de virtudes cívicas dos cidadãos, algo que não pode ser garantido em sociedades marcadas pelo pluralismo axiológico).

Considerações finais

Como foi possível observar, o conceito de direito habermasiano se desenvolve numa interlocução com o conceito de direito moderno de uma vertente kantiana buscando evitar certos comprometimentos com um tipo de platonismo que Habermas atribui (de certa forma injustamente) ao pensamento de Immanuel Kant. Além disso, Habermas compreende que o direito moderno contém uma relação de complementaridade para com a moral universalista, uma vez que o aumento da complexidade das sociedades pluralistas contemporâneas acarreta um aumento do ônus cognitivo, organizacional e motivacional. Na esfera internacional, a distinção entre direito e moral é relevante à própria conceitualização dos direitos humanos no pensamento habermasiano, que são compreendidos do ponto de vista conceitual como dotados de uma face de Janus, uma face volta ao direito e uma face volta à moral. Do ponto de vista genealógico um valor moral, a noção kantiana de dignidade da pessoa humana, ocupa um papel relevante na explicação da gênese das diferentes categorias de direitos humanos. Do ponto de vista da interpretação das relações internacionais a distinção entre direito e moral e a correspondente concepção dos direitos humanos como ao mesmo tempo morais e jurídicos

fornece ao filósofo e sociólogo alemão os recursos para responder as críticas realistas políticas ao pretensão caráter meramente moral dos direitos humanos.

Referências bibliográficas

BAXTER, H. *Habermas. The Discourse Theory of Law and Democracy*. Stanford: Stanford University Press, 2011.

DIEHL, F. L. O. Habermas crítico de Hobbes em Direito e democracia. In: DUTRA, D. J.V. & FELDHAUS, C. *Habermas e Interlocuções*, 2012, pp. 245-264.

FELDHAUS, C. A crítica de Habermas à fundamentação hobbesiana do Estado. *Revista Paradigmas: Filosofia, Realidade e Arte*. vol. 1, pp. 14-20, 2003.

FELDHAUS, C. Habermas e o projeto kantiano de uma paz perpétua. In: FELDHAUS, C. & DUTRA, D. J. V. *Habermas e interlocuções*. São Paulo: DWW, 2012.

KANT, I. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. José Lamago. Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua. Um projeto filosófico*. Tradução de Bruno Cunha. Petrópolis: Editora Vozes, 2020.

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

HABERMAS, J. *A Inclusão do outro. Estudos de Teoria Política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, J. *Era das Transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, J. *O Futuro da Natureza Humana*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, J. *O Ocidente dividido*. Tradução de Luciana Villas Boas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

HABERMAS, J. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora da Unesp, 2011.

HABERMAS, J. *Sobre a constituição da europa. Um ensaio*. Tradução de Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

HABERMAS, J. *Facticidade e validade. Contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução de Felipe Gonçalves e Rúrion Melo. São Paulo: Editora da Unesp, 2020.

HART, H. *O conceito de direito*. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RÚRION, S. M; HULSHOF, M; KEINERT, M. Diferenciação e complementaridade entre direito e moral. In: Marcos Nobre & Ricardo Terra. *Direito e democracia. Uma guia de leitura de Habermas*. Malheiros Editores: São Paulo, 2008.

SCHERER, F. Notas sobre a efetividade da doutrina kantiana do direito. *Cadernos de ética e filosofia política*, Vol. 17, n. 2, 2010, pp. 173-187.

SCHERER, F. O ‘sistema da política’ segundo fundamentos da filosofia crítica de Kant. *Ethic@ - Revista Internacional de Filosofia Moral*. Vol. 21, n. 2, 2022, pp. 360-373.