

Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Filosofia e Ciências Humanas
Programa de Pós-Graduação em Filosofia

**Justificação e Aplicação:
Direito e Moral no Pensamento de Jürgen Habermas**

Orientador: Delamar José Volpato Dutra
Doutorando: Giovanne Henrique Bressan Schiavon

Florianópolis
- 2010 -

Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Filosofia e Ciências Humanas
Programa de Pós-Graduação em Filosofia

**Justificação e Aplicação:
Direito e Moral no Pensamento de Jürgen Habermas**

Tese apresentada ao programa de pós-graduação em filosofia, do Centro de Filosofia e Ciências Humanas, da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para obtenção do grau de doutor em filosofia.

Orientador: Delamar José Volpato Dutra.

Florianópolis

- 2010 -

AGRADECIMENTOS

O meu primeiro contato com a obra de Jürgen Habermas se deu mais de dez anos atrás, quando aluno de pós-graduação do programa de filosofia da Universidade Estadual de Londrina, e sou grato aos doutores Aylton Barbieri Durão e Gilvan Luiz Hansen por terem chamado minha atenção para a importância da obra de Habermas. Ao professor Aylton Barbieri Durão, agradeço especialmente, pelo encorajamento e apoio que recebi no momento da qualificação.

Agradeço aos doutores Denilson Luís Werle, Claudio Ladeira de Oliveira e Léo Afonso Staudt teceram preciosos comentários sobre os argumentos desta tese e suas sugestões me foram de grande valia. Ao professor Denilson Luís Werle agradeço especialmente pela sugestão da estrutura final do trabalho.

Agradeço ao doutor Delamar José Volpato Dutra especialmente pelo apoio profissional no trabalho de orientação. Tenho que reconhecer uma dívida especial para com ele, cuja crítica deixou evidente algumas confusões de pensamento e de estilo.

Dedico meu esforço aos meus pais, à minha esposa, Janaina, e aos meus filhos João Gabriel, Giovanna e Luiza.

**Justificação e Aplicação:
Direito e Moral no Pensamento de Jürgen Habermas**

Giovanne Henrique Bressan Schiavon

Tese para a obtenção do grau de

DOUTOR EM FILOSOFIA

área de concentração em ética e filosofia política, linha de pesquisa:
fundamentação da política e teorias da justiça do Centro de Filosofia e
Ciências Humanas da Universidade Federal de Santa Catarina.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra (orientador e presidente)

Prof. Dr. Aylton Barbieri Durão

Prof. Dr. Claudio Ladeira de Oliveira

Prof. Dr. Denílson Luis Werle

Prof. Dr. Gilvan Luiz Hansen

Prof. Dr. Léo Afonso Staudt

SCHIAVON, Giovanna Henrique Bressan. **Justificação e Aplicação: Direito e Moral no Pensamento de Jürgen Habermas.** (Tese de Doutorado). Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

RESUMO

Trata da relação direito e moral desenvolvida no livro “Faktizität und Geltung” do filósofo alemão Jürgen Habermas. Habermas reflete o direito contemporâneo a partir das promessas não satisfeitas do direito racional moderno. Apresenta que os argumentos morais na antiguidade eram utilizados com sentido de origem, de gênese, que fundamenta a ação social por derivação de modo estático. Houve o desencantamento do direito, uma vez que as ciências sociais indicaram que a associação do direito à moral além de impraticável era também funesta, pois confundiria os contornos da técnica jurídica ao tempo em que limitaria a crítica cidadã. Modelo sucedido pela concepção de sistema dinâmico, como exemplificado pela referência ao pensamento de Max Weber, Hans Kelsen e Herbert Hart. Naquele momento, o estabelecimento de concepção dinâmica do direito revigorou a separação da ação social em interna e externa, mas fechou o direito ao regramento da ação externa com justificativas sistêmicas. Então, a racionalidade do direito deixou de ser aberta a fundamentos morais. Desta feita, o estudo de Habermas argumenta, a partir das reflexões de John Rawls e de Ronald Dworkin, sobre a estrutura sócio-política inerente ao modelo da ética do discurso. Formula que a concepção dinâmica possui dois momentos: do observador e do participante e que essa dicotomia resulta em tensão ainda não resolvida entre facticidade e validade. Nesse diapasão, procurou corrigir a afirmação de que o entendimento era anterior às questões de deliberação prática e passou a tratar da co-originariade da política e do direito. Sugere a superação do enclausuramento da racionalidade moderna a elementos sistêmicos por meio da afirmação para o direito de um modelo discursivo. Nessa esteira devem conviver simultaneamente, de um lado, a justificação na perspectiva do observador formulada em sistema jurídico-constitucional e, de outro, quando a compreensão do direito se tornar problemática, deverão ser resgatadas as discussões dos participantes sobre a aplicação do direito numa sociedade complexa e plural.

Palavras-chave: ética, filosofia política, teoria geral do direito.

SCHIAVON, Giovane Henrique Bressan. **Justification and Application: Law and Morality in the thought of Jürgen Habermas.** (Tese de Doutorado). Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

ABSTRACT

This dissertation is about relationship between of law and morality developed in the book "Faktizität und Geltung" of the German philosopher Jürgen Habermas. He reflects the contemporary law on the basis of unfulfilled promises of modern rational law. His work presents the moral arguments that were used in antiquity with a sense of origin, genesis, which underlies the derivation of social action for static model. The static model was replaced by dynamic system, as exemplified by reference to the thought of Hans Kelsen and Herbert Hart. There was the disenchantment of the law, since the social sciences stated that the association of right to moral as well as impractical was also dismal, confused because the contours of the legal technique to the time limit the critical citizen. At that time, the establishment of dynamic conception of the law reinforced the separation of social action at home and abroad, but confined the right to regulation of external action. This time, the book "Faktizität und Geltung" represents the contribution of Habermas to the debates, as established by arguments of application on the thought of John Rawls and Ronald Dworkin. So the rationality of the law is no longer based on moral and shall include the dynamic design that has two phases: the observer and the participant, and force to study the principles underlying the legal system. Habermas points out that this dichotomy results in tension unresolved between facts and norms.

Key-words: ethics, political philosophy, general theory of law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
------------------	---

CAPÍTULO 1 – O DESENCANTAMENTO DO DIREITO

1.1 Considerações Iniciais	7
1.2 Críticas ao Referencial Normativo Do Direito	7
(a) Crítica marxiana	8
(b) Crítica funcionalista	10
1.2.1 A Justificação da Ação Social em um Mundo em Desencanto ...	12
(a) O sistema do direito de Max Weber	19
1.2.2 O sistema do direito de Hans Kelsen	29
(a) Elemento processual	30
(b) Elemento estrutural	34
(c) Elemento social	38
1.2.3 O sistema do direito de Herbert Hart	46
(a) A gramática específica da legislação	46
(b) O conceito de regra do direito	53

CAPÍTULO 2 – A RECONSTRUÇÃO DA NORMATIVIDADE DO DIREITO

2.1 Considerações Iniciais	69
2.2 A Fundamentação Normativa do Direito	69
2.2.1 Legalidade e moralidade no pensamento de Kant (Direitos humanos e soberania popular)	81
2.3 A Possibilidade de Justificação Normativa da Ação Social (A Teoria da Justiça de John Rawls e a Recepção Crítica da Teoria do Direito de Ronald Dworkin)	98

CAPÍTULO 3 - CAPÍTULO 3 – O SISTEMA DOS DIREITOS

3.1 Considerações Iniciais	118
3.2 A Revisão do Acento Normativo Presente na Teoria da Ação Comunicativa e a Complementariedade entre Direito e Moral	119
(a) Moral	128
(b) Ética	130
(c) Pragmática	135
3.2.1 Direito como caso especial da moral?	138

3.3 Estado de Direito e Democracia	147
3.3.1 Legitimidade a partir da legalidade?	148
(a) Questões cognitivas	149
(b) Questões motivacionais	154
(c) Questões organizatórias	155
3.3.2 Divisão da autonomia em pública e privada	156
CONCLUSÃO	176
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	190

INTRODUÇÃO

A teoria geral do direito é composta por argumentos extraídos da sociologia, da técnica jurídica e da filosofia. A sociologia discute o direito a partir de argumentos originados dos fatos, das considerações empíricas. A técnica jurídica, por sua vez, é desenvolvida sob argumentos daquilo que foi convencionado como próprio do direito, seus institutos, formas e processos. E, a filosofia discute as tensões entre a teoria e a prática com objetivo de esclarecer essa relação e tem a ligação direito e moral como seu tema central.

Cumprir advertir que os contornos dessas disciplinas não são tão precisos¹. Nas palavras de Jürgen Habermas: “Se as doutrinas filosóficas têm algo em comum é sua intenção de pensar o ser ou a unidade do mundo por via de uma explicação das experiências que faz a razão no trato consigo mesma (...)” e completa: “essas têm-se esforçado, desde as suas origens, para explicar o mundo em sua totalidade, refletindo a ‘razão’ de cada época”². Assim, manifesta: “a intenção crítica de abalar a falsa autoconsciência cientificista das ciências (...)”³ inclusive na teoria do direito. As normas jurídicas encontram-se organizadas entre si e constituídas como ordenamento⁴.

Jürgen Habermas reconstrói a crítica empreendida pelas ciências sociais a fim de demonstrar que a positivação do direito não elimina demandas por legitimação. Nesse passo, reafirma o projeto da filosofia

¹ Nobre explica que o paradigma explicativo da teoria crítica da Escola de Frankfurt consiste em: ...“fornecer uma solução para o ancoramento real da emancipação na configuração social atual e estabelecer um parâmetro crítico para avaliar tanto o conhecimento produzido quanto situações concretas, já que o *potencial comunicativo* inscrito na vida social jamais se realiza plenamente” (NOBRE, Marcos. *A teoria crítica*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 57-8). Seguindo a tese de Marcos Nobre não haveria diferenciação entre as abordagens sociológica e filosófica nos estudos desenvolvidos pela teoria crítica.

² HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Taurus, 1988, p. 15.

³ HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Trad. José Nicolau Heck. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987, p. 353-4. Werle resume em três questões a contribuição de Habermas à teoria crítica, reflexão sobre: os fundamentos normativos da crítica social, o conceito de verdade e a relação com as ciências, a vinculação do Estado de Direito à democracia (WERLE, Denilson Luís. *Justiça e democracia: Ensaios sobre John Rawls e Jürgen Habermas*. São Paulo: Singular/Esfera Pública, 2008, p.107).

⁴ Sobre os vários conceitos de sistema vd. LOSANO, Mario G. *Sistema e struttura nel diritto*. Torino: Giappichelli, 1968. vd. ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 138-9; BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccacia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 7; ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Sefia. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 14 e 89.

de explicar as condições de possibilidade do conhecimento. Então, a filosofia se contrapõe ao ceticismo, oriundo das formulações das ciências sociais, e fornece os argumentos para o resgate do caráter normativo do direito moderno em termos procedimental-discursivos.

Consoante a isso, a obra “Direito e Democracia” discute as justificativas do sistema jurídico contemporâneo presentes nas “Constituições históricas” do mundo moderno apontando a tensão não resolvida entre facticidade e validade. Parte das formulações extraídas das ciências sociais de que as promessas de emancipação que legitimaram a formação do direito moderno, não foram satisfeitas pelos sistemas do direito contemporâneo. Motivos pelos quais, expressa que os pressupostos comunicativos que poderiam ter sido considerados como fatores de racionalização do que é conhecido terminaram limitados como parte da explicação sistêmico-funcional e propõe sua reconstrução em prol do “sistema dos direitos”.

Como expresso no prefácio de “Direito e Democracia”, em referência aos capítulos III e IV, afirma: “convém notar, todavia, que atualmente eu não determino mais a relação complementar entre moral e direito seguindo a linha traçada nas *Tanner Lectures*”⁵. Desta sorte, a presente tese, tratará especificamente sobre a relação de complementariedade da moral e o direito e supõe que a mudança com a relação às “Tanner Lectures” tenha sido resultado da incorporação de argumentos do pensamento anglo-saxão. Na obra “Direito e Democracia”, Habermas explicitamente assume tratar o direito como sistema constituído por “regras secundárias no sentido de Herbert L. A. Hart”⁶, e supõe o conhecimento das implicações de tal opção metodológica, sobre os problemas inerentes à justificação e aplicação do direito serem estabelecidas de modo interno⁷.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. I, p. 10.

⁶ A opção de Habermas, no “Direito e Democracia” por investigar a tradição anglo-saxã do sistema do direito, fica explícita nas páginas 183 e 241-5 do primeiro volume de HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

⁷ Aqui é seguida a formulação da perspectiva do participante e do observador nos moldes sugeridos por Herbert Hart no “Conceito do Direito”. No mesmo sentido Robert Alexy explica que a perspectiva do participante é a daquele que em análise a um sistema jurídico participa numa argumentação sobre o quê neste sistema jurídico está ordenado, proibido e permitido ou autorizado. No centro da perspectiva do participante se encontra o juiz. Adota a perspectiva do observador aquele que não pergunta qual é a decisão correta em um determinado sistema jurídico mas como se decide de fato num determinado sistema jurídico; vd. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 21-2 e p. 31.

Vale desenvolver, no período da antigüidade vigorava modelo de fundamentação do direito de modo ontológico, por referência à origem normativa. Não se criava direito novo senão em nome da concretização ou restauração do bom direito. Naquele momento, o direito só podia cumprir suas funções de estabilização das condutas enquanto mantivesse ligado ao “ethos” com respeito à forma das tradições sacras. Ao mesmo tempo, o príncipe fazia uso do direito para o exercício do poder burocrático de modo instrumental. Desta maneira, era transmitida legitimidade divina ao poder profano.

Na contemporaneidade, a crítica das ciências sociais mostrará que à medida que as imagens religiosas do mundo se dissolviam em normas do direito objetivo contrapostas ao direito subjetivo, o “ethos” era absorvido pelo direito dos especialistas e o direito ficou reduzido à única dimensão: direito burocrático. O poder político do príncipe se emancipou do poder sacro e passou a expressar a soberania política. Legislação, administração e aplicação das leis são convertidas em três momentos dentro de um processo circular, orientado politicamente; e o seguem sendo, ainda depois de diferenciados institucionalmente em poderes estatais.

Então, embora a formulação do direito racional contivesse orientação normativa. Quaisquer propostas de abertura sistêmica quando problematizadas pela crítica das ciências sociais passarão a ser percebidas como desencantadas, o que acarretou no traslado da discussão a respeito da justiça da ação social em prol da reflexão a respeito da validade das normas de modo interno. Ou seja, a descrição do direito antigo de modo aberto a considerações morais, explicado de modo estático, terminará sucedida por conceitos dinâmicos, de modo interno (sem referência a considerações morais), dotados de normas fundamentais aptas a justificar sua existência.

Para compreender a orientação dinâmica do sistema, Habermas recorrerá ao pensamento da técnica jurídica contemporânea, de Max Weber, Hans Kelsen e Herbert Hart e ilustrará como, os juristas e a sociedade em geral, ao invés de investigarem as possibilidades do projeto de explicação democrática da ordem social ficaram satisfeitos com a afirmação de procedimentos manuseados por especialistas e impostos de modo coercitivo sob a suposição de serem aplicados em igual medida a todas as pessoas.

O paradoxo do direito burocrático que estabelece sua legitimação a partir de recursos próprios instiga Habermas a confrontar a idéia de que o direito seja composto por normas que estabelecem uma proposição regulatória, uma moldura, um fato típico estruturado em

termos do direito subjetivo contraposto à obrigação determinada pela interpretação jurídica. Um ato da vontade daquele que se obriga a fim de obter algum efeito jurídico. Nessa linha, o direito é descrito encerrando em seus postulados todos os argumentos necessários para sua aplicação e é privado de um caráter normativo, posto que definido exclusivamente em termos funcionais.

Tendo esse conceito em vista Habermas argumentará a partir do estudo de John Rawls sobre os princípios que seriam encontrados na sociedade bem ordenada. E, advertirá sobre o risco de que o conceito de sociedade bem ordenada se distanciar tanto da realidade da sociedade contemporânea, a ponto de não conseguir, no momento de especificar condições para a realização daqueles princípios, ser considerado como projeto factível. Por conseguinte, a intuição habermasiana trará que a validade da norma jurídica deve ser encontrada na sua facticidade ajustada com o procedimento de legitimação.

Então, a discussão contemporânea sobre as relações de legitimação estabelecidas entre a democracia e o estado de direito se manifestará especialmente em três momentos: (a).- na formulação do direito natural racional da modernidade; (b).- no debate sobre a relação entre os direitos subjetivos e o direito objetivo na dogmática do direito civil; (c).- na polêmica entre liberalismo e comunitarismo nos Estados Unidos em torno do conceito de justiça⁸.

Consoante a isso, a argumentação tratará da distinção entre sistema interno (fechado em seus próprios postulados) e sistema externo (aberto a considerações morais, éticas ou pragmáticas) e a classificação entre perspectiva do observador e perspectiva do participante. Recordará que sistema é um conjunto de argumentos organizados a partir de referencial comum e pode ser orientado de modo interno, quando encerrar em seus próprios argumentos todos os elementos necessários para a sua determinação, ou de modo externo, quando possuir abertura para buscar em outro sistema o argumento necessário para sua definição.

Seja orientado de modo interno ou externo, um sistema poderá ser explicado na perspectiva do observador ou do participante. A perspectiva do observador é própria do teórico, de alguém com olhos voltados para o passado, que pretende descrever, com pretensão de objetividade, os postulados presentes na técnica jurídica e até contemplar argumentos para sua correção segundo seus próprios fundamentos. Pode-se exemplificá-la pelo trabalho desenvolvido pelo

⁸ vd. DURÃO, Aylton Barbieri. La interpretación de Habermas sobre la tensión entre derechos humanos y soberanía popular en el pensamiento de Kant. *Doxa*, n. 23, p. 827-46, 2003.

sociólogo, ou mesmo pelas faculdades de direito, uma vez que esses descrevem, ou pretendem estabelecer, de modo objetivo os argumentos que justificam a ação a ser desenvolvida. A perspectiva do participante, por sua vez, é desenvolvida por alguém que pretende estabelecer a decisão, manusear os critérios que determinam a compreensão, pela aplicação dos argumentos internos ao sistema ou com a projeção de argumentos sistemáticos externos. Nesse passo, problematiza os argumentos buscando a solução ou as soluções que atendam às suas orientações. Na perspectiva do observador, um princípio esclarece o entendimento identificado de sorte a justificá-lo. Na perspectiva do participante, um princípio permite que se determine a ação, esclarece sua aplicação.

Com esses argumentos, a presente tese trata dos problemas da justificação e da aplicação no pensamento de Habermas e encontra-se dividida em três capítulos. O capítulo 1 trata da construção do conceito sistêmico de direito desligado de considerações morais com os desenvolvimentos da crítica empreendida pelas ciências sociais. A partir de então, o direito antes definido como garantidor dos valores seguirá para o papel de único mediador das relações humanas municiado pela autorização de uso exclusivo da força socialmente admitido.

Haverá, inclusive, a percepção de que o direito possui um caráter racionalizador frente aos demais modos de organização social. Pois, no século XX, firmar-se-á a compreensão de que as normas fundamentais constituem parte de uma metalinguagem apta a possibilitar a descrição objetiva sobre a comunicação inerente ao conhecimento jurídico.

O capítulo 2 apresenta que o sucesso da crítica empreendida pelas ciências sociais motivará a reação de resgate dos postulados do jusnaturalismo racional. Todavia, Habermas adverte que o resgate da filosofia prática não pode ignorar as críticas das ciências sociais, não há como repelir os argumentos críticos sob a ingênua aparência de recomeço. De outro lado, percebe que o movimento revisor expressa a intuição da necessidade de que o direito seja associado a um conceito de deliberação social, ainda quando aparentemente essa pretensão seja vítima do desencantamento sociológico do direito.

Nessa esteira, o Capítulo 3 trata das duas tarefas na empreitada teórica de Habermas: a superação do ceticismo frente à razão explicada de modo “instrumental” e o propósito de provar um nexos conceitual ou interno entre estado de direito e democracia, o qual não seria só histórico ou casual. Vale destacar, Habermas não postula a pretensão de determinar princípios substantivos de justiça – isso seria próprio aos cidadãos – mas a de esclarecer um certo ponto de vista moral imparcial,

por meio da reconstrução das condições de possibilidade dos discursos práticos e na análise dos aspectos formais (institucionais) e informais (sociológicos) de realização desses. Nesse passo, como explicar a afirmação de que com o “Direito e Democracia” teria corrigido o acento normativo presente em trabalhos anteriores? Em quais termos Habermas estabelece a relação de complementar entre direito e moral?

CAPÍTULO 1 – O DESENCANTAMENTO DO DIREITO

1.1 Considerações Iniciais

Este capítulo refaz o percurso da leitura de Habermas sobre o desencantamento do direito. Trata da crítica sociológica ao aspecto normativo das instituições sociais e culmina com o predomínio de modelos de legitimação formal do direito, como será evidenciado com a definição da perspectiva do observador ao lado da perspectiva do participante.

1.2 Críticas ao Referencial Normativo do Direito

O desenvolvimento do pensamento jurídico através da história oscila, na análise do estado e da sociedade, acompanhando os altos e baixos das conjunturas científicas. Nesse quadro, o direito apareceu confundido com a moral, pois sua fundamentação era estabelecida em elementos metafísicos, e, em outro momento, foi sublimada a discussão a respeito da origem e destacada sua capacidade de mediar todas as relações sociais justificado no interesse de proteção dos bens.

Desta sorte, a especialização sistêmica do direito aparece como parte da transição do interesse jurídico em argumentos de fundamentação em prol dos argumentos de justificação. Estabeleceu que a referência aos interesses a serem resguardados seria suficiente para desenvolver o modelo de legitimação de uma sociedade bem ordenada. Logo, a sociedade correta era a organizada de acordo com um programa jurídico. Todavia, a própria positivação do direito natural não afastou os questionamentos sobre a capacidade de se reduzir os postulados éticos da vida social (os contextos naturais de práticas vitais, costumes e instituições) a uma reconstrução em termos do direito formal.

O projeto do direito racional foi objeto de duas classes de críticas: de um lado, (a).- contra a ordem da razão, cujos argumentos normativos ultrapassam as particularidades históricas e os dados sócio-culturais; de outro lado, (b).- contra o racionalismo que pretendia absorver a rede espontânea de relações costumeiras, de tradições, de interesses e de estruturas de classes profundamente arraigados e transformá-los em um sistema de regras, denuncia a valorização das formas em detrimento do “ethos”.

(a).- Crítica marxiana

A primeira crítica às formulações normativas do direito natural racional é identificada por Habermas com a consolidação na sociologia da perspectiva econômica, tal como empreendida por Karl Marx. Essa parece ter sido recepcionada com efeito de revelar o caráter abstrato dos interesses referidos, até porque a luta pelo poder faria com que a balança dos interesses pendesse em prol do grupo dominante. Nesse quadro, a reprodução da vida social é tida como complexa, não possibilitando sua apreensão pelas suposições normativas rígidas do direito racional. O que levou a Habermas a visualizar que os mecanismos próprios da integração social passaram a ser pensados como de origem não-normativa.

A análise de Marx é utilizada por Habermas como exemplo de estudo, dotado de pretensão de objetividade, que encara os mecanismos de socialização a partir de fora e termina por desacreditar toda a integração social que se dê através de valores, normas e processos de entendimento. Esse configura a estrutura social como uma totalidade interpretada de modo negativo, como complexo de coerção. E, a partir do momento em que o conhecimento da diferenciação progressiva e da crescente complexidade da sociedade proíbe essa relação, a teoria do sistema, delineada em termos de uma razão estratégico-instrumental, perde a sua ponta crítica e se desprende, ao mesmo tempo, da fixação filosófica em um mecanismo de socialização⁹.

O realismo marxiano é utilizado para ilustrar como ocorre a dissolução conceitual dos termos direito e política, os quais são referidos como parte da ideologia presente na estrutura social. Tal se dá a partir de dois argumentos, um questiona a segurança jurídica e outro a orientação do direito (sua finalidade). A reflexão a respeito da segurança jurídica propõe que se as decisões legais são parte do processo de disputa pelo poder presente nas relações de mercado, o direito produzido pelos antepassados perde relevância quando se evidencia o problema da indeterminação do direito. Vale ter presente que, a indeterminação pode vir pela ausência da norma, ante a mudança dos costumes, mas também pela dificuldade de se concretizar seu conteúdo quando da aplicação.

O desencantamento resultante da assimilação do pensamento marxiano parece evidenciar que o “modelo realista de uma socialização anônima não intencional, que se impõe sem a consciência dos atores, vai substituir o modelo idealista de uma associação intencional de parceiros

⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 70.

do direito”¹⁰. Nesse quadro, é alterado o escopo do direito, passa a valer como um instrumento do controle do comportamento a ser acionado para fins racionais, isto é, fins políticos fundamentados no bem-estar econômico do grupo dominante. Percebe Habermas que a impossibilidade do ordenamento prover “segurança jurídica” acarreta em renúncia por parte da teoria do direito à pretensão de estabilizar comportamentos de modo legítimo¹¹.

Isso porque, a redução do direito ao decisionismo, ao caráter inconstante e não uniforme de um voluntarismo, resulta em que o direito se dissolve em modelo político estruturado sob o argumento da autoridade obtida pela coação. Por outro lado, se dissolve igualmente o conceito de política. Pois, sob tal premissa, a dominação política já não pode ser entendida como poder legitimado. Pois, o direito esvaziado de legitimidade perde a capacidade de legitimar a política. Assim, perde-se os conceitos de direito e política subsumidos à dominação.

É verdade que a descrição do direito associado à luta de classes, enquanto mais um sistema gerado a partir do decisionismo, só consegue obter o seu sentido específico quando aceito que a diferenciação evolutiva do direito pode ser entendida como uma autonomização, que o transforma em um sistema autônomo, autopoietico. Então, o sistema jurídico – enquanto círculo interno, recursivamente fechado de comunicação – é determinado de modo auto-referencial em relação a seus mundos circundantes, de tal modo que passa a desenvolver as suas relações com o exterior apenas através de observações. Em compensação, o sistema do direito descreve seus próprios componentes em categorias jurídicas e aplica esta autotematização para constituir e reproduzir com meios próprios os atos jurídicos.

Nesse quadro, o sistema jurídico é mais um sistema autônomo, mas, seus componentes, permanecem entrelaçados com conceitos exteriores, à medida em que a dogmática relaciona as ações às normas. Outra abordagem crítica, o funcionalismo, não associa o sistema jurídico ao interesse econômico, mas às funções de integração que podem ser desenvolvidas pelo direito.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I., p. 68-9.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. Willian Rehg. Cambridge/Massachusetts: MIT Press, 1996, p. 201.

(b).- Crítica funcionalista

Seguindo a argumentação habermasiana, o segundo modelo que ilustra o desencantamento do direito é o sistêmico-funcional, esse apresenta um conceito de sociedade descentrada, diferenciada em funções e composto por muitos sistemas que tendem a se separar. Segundo esse, o cientista social se apercebe que tal ele qual sua ciência encontram-se subsumidos nessas relações, formando a própria sociologia mais um sistema ao lado de outros sistemas. Habermas aponta como exemplar da sociologia funcionalista, o pensamento de Niklas Luhmann, para quem o direito deve ser descrito somente sob o ponto de vista funcional da estabilização de expectativas de comportamento e encerra em sua descrição a valorização das formas em lugar do “ethos”.

Habermas interpreta que o pensamento de Luhmann descreve uma sociedade sem base e sem ponta, estilizada policentricamente, os muitos sistemas parciais recursivamente fechados e mantenedores de limites formam mundos circundantes uns para os outros. Os vários sistemas encontram-se situados de certa forma horizontal e se estabilizam, na medida em que se observam uns aos outros e refletem sobre sua relação, sem possibilidade de pontos de conexão¹².

Vale desenvolver, em sociedades funcionalmente diferenciadas, o direito se especializa em generalizar consensualmente expectativas na dimensão temporal, social e objetiva, permitindo uma solução de conflitos contingentes, de acordo com o seguinte código binário: lícito ou ilícito. Em perspectiva ampla, as estruturas do sistema jurídico abrangem todas as comunicações passíveis de serem orientadas pelo direito. E, em sentido estrito, o sistema jurídico é composto pela ficção dos atos jurídicos que estabelecem e modificam as situações do direito e, neste caso, retroalimentam procedimentos jurídicos institucionalizados, normas e interpretações dogmáticas do direito¹³.

Nesse quadro, o esclarecimento das estruturas e formas do direito evidencia o perigo de que os sistemas mercado (com sua finalidade econômica) e política (visando o poder), que são os mais influentes, terminarem por definirem as relações jurídicas. De um lado, os defensores do livre mercado argumentam que esse tem a capacidade de se auto-regular e produzir riqueza para todos. Em outro extremo há

¹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 70-1.

¹³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 72-4.

aqueles que sustentam que o sistema político deve eliminar as disfunções do mercado. De modo que, o mundo da vida se vê cada vez mais invadido, ora pelo mercado, ora pela política, ou por algum sistema que se autonomizou, como o próprio direito¹⁴.

Consoante a isso, Luhmann expressa o temor da extinção de todos os vestígios de autocompreensão normativa do sistema jurídico. A própria reinterpretação das expectativas normativas de comportamento, que passam a ser expectativas cognitivas mantidas de modo contrafático, apaga a dimensão deontológica da validade normativa e, com isso, a intencionalidade incorporada aos mandamentos e normas de ação. Tal reinterpretação empirista dos aspectos normativos do direito desconsidera as relações internas do direito com a moral e com a política. Essa prejulga, inclusive, a análise posterior, na medida em que o direito é reduzido à função especial da sua aplicação jurídica. E nisso passa despercebido o nexos interno entre o direito e a organização democrática-constitucional da gênese, justificação e aplicação do poder político.

Se o pensamento marxiano ilustrou a perda da compreensão normativa do direito e da política, a mesma consequência se segue da idéia de que o direito positivo poderia manter a sua autonomia por suas próprias forças, mediante operações dogmáticas de um sistema judicial fiel a lei, autonomizado frente à política e à moral. Quando a validade jurídica é associada à decisão do legislador sem relação com os aspectos de justiça, se torna difusa a identidade do direito mesmo. Pois se perdem então os pontos de vista legitimadores sob os quais o sistema jurídico justifica ver-se funcionalmente obrigado a manter determinada estrutura¹⁵.

Também as pesquisas realizadas no campo da teoria do direito sofreram efeitos do paradigma funcional. O sistema jurídico ou as estruturas que subjazem a esse passam a ser definidas de modo

¹⁴ Habermas aponta ainda para a existência de outros sistemas técnicos que intervêm no mundo da vida. Parece que o projeto da Modernidade resultou numa realidade cindida e irreconciliável consigo própria. Na obra "Teoria da Ação Comunicativa", expõe um desencanto, quanto à sociedade contemporânea, atomizada, individualista, perante a qual as relações sociais são funcionais e despersonalizadas. O desencanto aparece como um processo de racionalização que acarreta, entre outras consequências, a autonomização cognitiva do direito, é dizer, o desengate das idéias prático-morais, das doutrinas éticas jurídicas acerca das imagens do mundo em que inicialmente estavam insertas (vd. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo, 1a. ed, reimp., Madrid: Taurus, 1988, p. 219-20).

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. ¿Como es posible la legitimidad por via de la legalidad? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Universidad de Alicante, n. 5, p. 21-45, 1988, aqui especialmente p. 28.

autônomo. E mais, o direito deixa de ser considerado um sistema periférico reconquistando um sentido próprio. Entretanto, em sociedades descentradas, esse é constituído por argumentos cruzados com uma variedade de sistemas, aparentemente desconectados do saber intuitivo dos participantes. Permanece o sistema jurídico sob os olhares alienados do observador, que interpreta o contexto vital social na forma de uma segunda natureza, inacessível aos elementos normativos, sobre a qual se coleciona o saber contra-intuitivo das ciências naturais¹⁶. Abre-se espaço, assim, para ilustrar as repercussões da crítica social empreendida por Marx e Luhmann, de sorte a entender como as teorias do direito de Max Weber, Hans Kelsen e Herbert Hart, cada qual com argumentos próprios, repercutem os postulados críticos.

1.2.1 A Justificação da Ação Social no Mundo em Desencanto

A argumentação de Marx destaca que o direito exerce com exclusividade o uso socialmente admitido da força, enquanto Luhmann parece privilegiar o aspecto de que compete ao direito determinar o comportamento socialmente adequado. Outro caminho é desenvolvido por Max Weber, segundo quem, com a dissolução das teorias gerais e compreensivas restou ao direito garantir um novo “ethos” por meio do esclarecimento das relações sociais e suas demandas por legitimação¹⁷.

Max Weber percebe o direito como elemento central no contexto segundo o qual alguém precisa justificar sua ação em sociedade. Esclarece que a ação humana pode ser classificada como individual ou social. É individual se o motivo da ação for alguma necessidade do agente isoladamente considerado, ou social se o motivo for associado a uma necessidade pessoal considerando a presença de outros sujeitos. Dessa sorte, a atividade agrícola pode ser considerada social quando quem planta considera a possibilidade de vender os produtos e não será social se plantar para consumo próprio. Sob essas considerações, a ação social refere-se a um comportamento que nos motivos pode-se perceber alguma consideração aos outros. O uso de dinheiro, por exemplo, a troca

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 71-2.

¹⁷ Volpato Dutra adverte que a referência a Weber na obra de Habermas não surge no sentido de esclarecer seu pensamento, mas com o objetivo de estabelecer uma posição teórica em contraste com a qual sua própria posição. vd. VOLPATO DUTRA, Delamar José. Habermas e Weber: O modelo processual de moralização do direito ou como respeitar a autonomia da legitimidade do direito em relação à moral. *Cadernos da EMARF*, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, abr./set. 2009, aqui especialmente p. 20.

de mercadorias só é possível porque há confiança de que os outros também o aceitarão. Assim, é racional que alguém trabalhe em prol de salário, uma vez que, a posse de dinheiro tornar-lhe-á possível a aquisição de bens necessários à sua manutenção¹⁸.

Vale considerar que, na produção de Weber, o conceito de racional refere-se a um atributo que confere sentido a ação ao que é julgada por alguém em convívio com os outros ou com os objetos (ação instrumental). Desta feita, apresenta que a ação social pode ser descrita alternativamente como: a) comunitária convencional (modelo da ação explicada em “ethos” que tem seu paradigma no agir por prudência, tal o aristotélico); b) racional conforme fins (modelo que resulta na ação estratégico/instrumental); c) tradicional (modelo da ação explicada nos costumes - reflete a existência de “profetas jurídicos” que revelam a norma sobre a forma de proceder no futuro em todos os casos parecidos); d) afetiva (modelo da ação ditada pelo estado emotivo do agente, é definida por uma reação emocional do ator em determinadas circunstâncias, por exemplo, a mãe quando repreende seu filho por se comportar mal)¹⁹.

No agir estratégico, os participantes supõem que cada um decide de maneira egocêntrica, segundo o critério de seus próprios interesses, fundados na experiência ou não. Na ação normativa a ação é associada a uma norma relacionada à história ou tradição do grupo. Enquanto a ação normativa aparece pela idéia de certo/errado apontada pelos valores, a ação instrumental é justificada de modo empírico. De modo que, poucos questionam quando os estudiosos de economia afirmam que as regras econômicas obrigam a redução das taxas de juros em um período de

¹⁸ A formulação final do pensamento de Weber aparece com a publicação da obra póstuma “Economia e Sociedade”. Trata-se de um ambicioso trabalho desenvolvido em diferentes etapas e que deveria compor um projeto coletivo sob sua coordenação acadêmica que jamais foi concluído. A primeira etapa transcorreu entre 1910 e 1912, com a coleta de material. A segunda fase começa em 1913, mas teve de ser interrompida abruptamente por causa da guerra. Weber retoma o trabalho em 1919, utilizando os velhos manuscritos para escrever os novos, mas morre antes de finalizar a empreitada. É por isso que alguns comentadores sugerem que “Economia e Sociedade”, para ser melhor compreendida, seja lida de trás para a frente. Nessa, Weber delinea a descrição da burocratização como uma mudança da organização fundada em valores (a chamada autoridade tradicional) para uma organização justificada por objetivos (chamada legal-racional). Nessa mesma obra, aparece a sua “Sociologia do Direito”. vd. FARIA, José Eduardo. Prefácio. In. KRONMAN, Anthony. *Max Weber*. Trad. John Milton. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

¹⁹ WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 20-27. White considera que Habermas argumenta a partir de outros modelos, a saber: A). modelo teleológico; B). modelo guiado por normas; C). modelo dramaturgico; D). modelo comunicativo. (vd. WHITE, S. K. *Razão, justiça e modernidade: a obra recente de Jürgen Habermas*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 45-7.

recessão. A ação teleológica entre indivíduos pode ser resumida em duas determinações: a) a orientação como reação ao comportamento dos outros (ação estratégica) e; b) a orientação reflexiva de sujeitos que se autocompreendem como igualmente livres, ou seja, ações reciprocamente referidas (ação normativa)²⁰.

O direito formal burguês contempla pretensão de legitimação dupla. Simultaneamente, o direito é apresentado como compatível com uma ou outra modalidade razão prática associada à ação social. Quando o acordo normativo se apóia na tradição, Weber fala de ação comunitária convencional. À medida que a ação submetida a este tipo de ligação convencional é substituída por uma ação de tipo racional conforme fins e orientada para o êxito, se coloca o problema de como ordenar legitimamente, isto é, como deslindar entre si de forma normativamente vinculante esses âmbitos de ação interessada que se emancipou das convenções²¹.

O caso típico-ideal de regulação normativa da ação racional conforme fins é a criação livremente convencionalizada de um “estatuto” dotado de força jurídica (a lei). Importante considerar, seguindo o pensamento de Weber, que a ligação dos destinatários ao direito, embora seja um valor em si, termina por não ser justificado normativamente. Tem-se a norma como valor e não valor como norma. “Os atores não sentirão a coerção tênue de pretensões normativas como violência imposta a partir de fora se se apropriarem dela como coerção moral, isto é, se a traduzirem para motivos próprios”²². A norma existe para impor uma conduta, por isso sua observância é um valor em si.

Max Weber faz jus a esse nexos interno entre princípio de ordenação e de fundamentação no nível da teoria da ação, na medida em que analisa o agir regulado pelo direito seguindo o modelo do contrato

²⁰ VOLPATO DUTRA, Delamar José. Habermas e Weber: O modelo processual de moralização do direito ou como respeitar a autonomia da legitimidade do direito em relação à moral. *Cadernos da EMARF*, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, abr./set. 2009, aqui especialmente p. 29.

²¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1a. ed, reimp., Madrid: Taurus, 1988, p. 330-1.

²² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 95.

social que se apóia em regulamento racionalmente acordado. Nesse se pressupõe um acordo de legalidade, que reúne em si, de modo “ideal típico”, dois momentos: a norma vale porque foi estabelecida positivamente e racionalmente motivada em conformidade com o direito de associação. A racionalidade específica de tal estatuto consiste no fato de que os membros se sujeitam à coerção de normas sancionadas pelo estado, apoiando-se em consenso fundamentado²³.

Todavia, as normas não serão legítimas enquanto se apoiarem apenas na suposição de tal assentimento racionalmente obtido (na “dominação consentida”), Habermas percebe que a legitimidade deve assumir o papel de formação de um saber, posto que, os cidadãos devem estar aptos a concordar com as normas criadas com o seu consentimento. Se na perspectiva de fundamentação a legitimidade era encontrada na correspondência da ação com algum critério exterior à vontade, tal a moral como origem da obrigação social, na perspectiva de justificação a legitimidade aparece como um ato da vontade que, direta ou indiretamente, determina a ação a partir de máximas e essa se justifica inclusive a partir de alguma vantagem social.

Se as normas sociais só logram permanência quando legítimas, o direito contemporâneo tem de lidar com a exigência de justificação dos comportamentos. Vale esclarecer, com a positivação das normas sociais no direito é criada uma base motivacional para as orientações axiológicas dos indivíduos. Ainda que esse processo traga a noção da coação do direito, Habermas percebe que esse processo resulta em autoridade da consciência que traz consigo a noção de autonomia.

Para essa consciência o peculiar caráter da autoridade supõe um destinatário que se deixa obrigar voluntariamente. Por conseguinte, sustenta que a validade de uma norma significa mais do que uma simples regularidade determinada pelo “ethos” ou pelos interesses envolvidos por um agir social, uma vez que o “ethos” supõe a familiaridade compartilhada, quase mecânica, ao passo que o agir ordenado legitimamente exige a orientação consciente justificada no contrato social suposto²⁴.

Weber assevera, neste ponto, que os motivos concretamente considerados pelos quais se pode esperar o comportamento dos outros são indiferentes, destaca que no agir ordenado legitimamente, o

²³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 101.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, v. I., p. 95.

consentimento reciprocamente suposto está referido ao fato de que, ao lado de outros motivos, a observância da norma jurídica em si aparece aos olhos de uma parte dos indivíduos como um valor. De outro lado, uma ordem legítima não repousa em consentimento normativo, essa necessita de garantias externas. Tais são associadas ao estabelecimento de procedimentos de coação²⁵.

Nesta base mista de validade do consentimento que garante validade social a uma ordem e, assim, uma obediência prática a ser esperada, reflete-se a natureza ambivalente das instituições em geral. Interesses só podem ser satisfeitos a longo prazo quando ligados a idéias que justificam pretensões de validade; idéias, por sua vez, somente podem impor-se empiricamente, quando unidas a interesses que lhes emprestam força impulsionadora. Disso resulta a seguinte consequência metódica: ordens legítimas podem ser analisadas tanto “a partir de cima” como “a partir de baixo”. Desta maneira, o discurso sociológico do direito pode engatar-se também no discurso filosófico da justiça e, ao mesmo tempo, transcender os limites desse último²⁶.

A classificação da ação social empreendida por Weber e o esclarecimento das demandas por legitimação permitem operar a distinção entre os níveis de consciência afetados. No primeiro nível da consciência moral (pré-discursivo) consegue-se dar um fundamento, apontado os motivos pelos quais, em uma determinada situação agiu-se ou avaliou-se dessa maneira. Nesse nível, a norma encontrada trata-se de um princípio de ação. Em um segundo nível, trata-se de justificar a norma geral de ação ou o princípio de ação, remetendo para princípios de entendimento ou para evidências relevantes capazes de sustentar o princípio de ação do qual se fez uso (estabelece um procedimento)²⁷.

As exigências do segundo nível da consciência moral só podem ser satisfeitas pelo direito em seu nível pós-tradicional. Por conseguinte, se o direito é resultado da atividade humana, e não deriva do direito natural, todas as normas jurídicas são em princípio suscetíveis de crítica e, pelo mesmo, é mister justificá-las. Opera assim a distinção entre normas jurídicas e princípios éticos. De um lado se tem, a idéia das regras normativamente vinculantes como resultantes de um convênio racional; de outro, um contrato social que outorga força normativa às

²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 97.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 97-8.

²⁷ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: Justificação e aplicação*. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 51-2.

relações contratuais concretas, a idéia de que a justificação das normas está conectada a forma geral e abstrata da lei.

No pensamento de Weber, a demanda por legitimação das normas jurídicas estabelece exigências sobre um acordo não forçado a que chegam (ou podem chegar) os afetados em seu papel de partes livres e iguais. E qualquer que seja a forma que se dê em concreto a esta idéia geral de validação, o relevante, segundo Habermas, é a percepção de que o direito contemporâneo revela pretensão de validação de modo consensual de tipo racional, em vez da validação de tipo tradicional²⁸. O recurso à razão destina-se a explicar por que aqueles motivos guiaram a ação escolhida e não a origem de tais motivos, sua justificação. Algo que anteriormente seria resolvido pela simples relação de identificação da ação com o direito natural²⁹.

Nesse passo, pode-se considerar que, ao destacar a presença de justificação em substituição a argumentos de fundamentação, Weber não pretende atacar a razão, mas questionar suas pretensões. Uma ilustração da Ilustração. Com a crítica weberiana não se exclui a necessidade da

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1a. ed, reimp., Madrid: Taurus, 1988, p. 337-8.

²⁹ Habermas se ressentido de que não apareça com suficiente clareza, na exposição de Weber, o paralelismo entre os processos da fundamentação motivacional e o da materialização institucional das idéias morais pós-tradicionais na constituição do direito moderno. Talvez isso se deva a que a aparição do direito natural racional não possa ser explicada só por meio da racionalização das imagens do mundo, mas também depende em boa parte do desenvolvimento da ciência moderna e, portanto, houvesse exigido uma análise da relação entre os componentes cognoscitivos e os componentes prático-morais das imagens do mundo, vd. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1a. ed, reimp., Madrid: Taurus, 1988, p. 265. Nas palavras de Habermas: “Para Weber, os tipos de direito servem em geral como fio condutor para a pesquisa dos tipos de dominação legítima; e aí o direito moderno entra a tal ponto num nexos funcional com a dominação burocrática da instituição estatal racional, que a função socialmente integradora, própria do direito, não é levada na devida conta. Segundo Weber, o Estado de direito obtém sua legitimação, em última instância, não da forma democrática da formação política da vontade, mas somente de premissas do exercício da dominação política conforme ao direito – a saber, da estrutura abstrata das regras e leis, da autonomia da jurisdição, bem como da vinculação jurídica e da construção ‘racional’ da administração (continuidade e escrituração dos negócios administrativos, organização dos serviços públicos segundo a competência, hierarquia dos cargos, instrução especialização dos funcionários, separação entre pessoa e cargo, separação entre meios administrativos e pessoal administrativo etc.)” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 101-2). Em síntese, Weber associa o surgimento do direito à renúncia da violência privada. O poder comunicativo que Habermas pretende sustentar é amparado no conceito de poder desenvolvido por Hannah Arendt segundo quem o surgimento do direito é justificado como expressão da vontade dos cidadãos (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p.185-90).

legitimidade para conferir legitimidade aos motivos da ação social, mas a apresenta com novas pretensões. Fica patente que, a explicação da positivação do direito na obra de Weber, possibilita a Habermas interpretar que houve a substituição da legitimidade em sentido de gênese (fundamentação) em prol da legitimidade em sentido de juízo (justificação). Se antes a razão prática em moldes normativos fundamentava sua legitimidade em valores idealmente definidos, na modernidade a razão estratégica justifica as relações de modo geral e abstrato no agir voluntário conforme os conceitos jurídicos positivados. Assim, a legitimidade é associada a um reconhecimento social de que a norma é vinculante e obrigatória.

Nesses termos, Max Weber apresenta a distinção entre o modo de ver sociológico e o jurídico. Enquanto um trata de uma prática regulada pelo direito, o outro tem a ver com o conteúdo significativo objetivo de proposições jurídicas. Então, o pensamento jurídico pode ser desenvolvido sob dupla perspectiva: na perspectiva interna, dirige-se aos conteúdos incorporados no substrato normativo, e às idéias a partir das quais é possível estabelecer a pretensão à legitimidade ou a validade da totalidade do sistema jurídico ou de normas em particular; na perspectiva externa, dirige-se à totalidade formada pela fé na legitimidade justificada em considerações sob a universalidade de sua aplicação de acordo com o direito³⁰.

A apontada distinção entre a perspectiva sociológica e jurídica inicia a sociologia do direito de Weber. O trabalho de reconstrução e análise dos conceitos é atribuição da ciência do direito; aqui ele não distingue suficientemente entre ciência jurídica (estudo da interpretação jurídica), teoria do direito (estudo sobre o sentido a ser atribuído aos seus institutos) e filosofia do direito. Ao atribuir a reconstrução das condições do sentido e da validade unicamente à dogmática jurídica, Weber sublinha mais a oposição entre essas duas perspectivas metódicas do que o nexa que ele julga estar pelo menos implícito.

Habermas aproveita o ponto de vista metódico segundo o qual a sociologia do direito não pode prescindir de uma reconstrução das condições de validade do acordo de legalidade. Nesta perspectiva, revela que a positivação do direito e a conseqüente diferenciação entre direito e moral são o resultado de um processo de racionalização, o qual, mesmo destruindo as garantias meta-sociais da ordem jurídica, não faz

³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, v. I., p. 98.

desaparecer o momento de indisponibilidade contido na pretensão de legitimidade do direito.

O desencantamento das imagens do mundo não traz apenas conseqüências negativas. Esse também pode levar a uma reorganização da validade do direito na medida em que transporta simultaneamente os conceitos fundamentais da moral e do direito para um nível de justificação que será percebida na teoria do direito de Ronald Dworkin: a distinção entre regras e princípios de ação. De fato, a positividade do direito pós-metafísico também pode significar que as ordens jurídicas só podem ser construídas e desenvolvidas à luz de princípios justificados racionalmente, portanto, universalistas³¹.

Em resumo, pode-se conceber que para Weber legítima é a regra resultante do procedimento que vincula o cidadão à norma. Vale explicitar, a legitimação do direito decorre de suas qualidades formais e, nesse sentido, sua autoridade não está associada a concepções ética ou moral, mas amparadas em garantias externas. Então, o direito pôde ser destacado das demais ordenações sociais. Comércio, religião e convívio passam a ser, com exclusividade, regulados por normas jurídicas. Estas, enquanto expressão de uma vontade social organizada, deixam de ser fundamentados em crenças, para serem justificados na forma de procedimentos socialmente aceitos do direito.

Consoante a isso, mais uma vez, aponta Habermas que a crítica sociológica em vez de valorizar os aspectos das demandas de legitimação do direito, terminará por descrevê-lo desconectado do complexo de racionalização prático-moral. Max Weber desviou de tal enfoque por uma proposta alternativa: a de considerar as racionalizações do direito exclusivamente sob o aspecto de racionalidade conforme fins. Isso porque, vislumbra Habermas, primeiro as estruturas tradicionais (da racionalidade comunitária convencional, da carismática, da afetiva) terminam unificadas em modelo da racionalidade conforme valores. E, então, a racionalidade conforme fins será reduzida à ação estratégico-instrumental desempenhada pelo familiar raciocínio “custo x benefício”.

(a) O sistema do direito de Max Weber

Ser organizado em sistema, eis o marco essencial da racionalidade do direito moderno para Weber. A linha de separação do direito e da moral conduz a que a racionalidade instrumental seja compreendida como a concepção dominante de razão prática. Tal

³¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, v. I., p. 98-101.

fenômeno é explicado a partir de características empíricas dos indivíduos e vinculado ao modo de atuação na vida social. O que a caracteriza é a sua motivação teleológica.

A ação é explicada como uma estratégia, na qual aquele que possui um objetivo age de modo a consegui-lo. Essa leva a recomendações, as quais, em casos simples, têm a forma de imperativos. Esses põem causas e efeitos em relação, segundo as metas determinadas.

O direito contemporâneo é marcadamente um direito de juristas. Com o juiz bacharel em direito e com servidores públicos especializados, a administração da justiça e a administração pública se profissionalizam. Não só a aplicação da lei, também a criação do direito fica cada vez mais ligada a procedimentos de tipo formal atribuídos a técnicos profissionais. Não se forma pela interpretação de tradições sagradas e reconhecidas, mas expressa a vontade de um legislador soberano, que, fazendo uso do meio de organização que é o direito, regula convencionalmente situações sociais³².

Vale considerar que, nesse contexto, o reconhecimento a validade do direito é obra de uma subjetividade (consciência que conhece) a partir de atos de vontade. A despeito de que, só os enunciados empíricos sejam suscetíveis de comprovação, e por isso verdadeiros, os enunciados normativos serão referidos à uma crença social, sua retidão³³.

É pressuposta a liberdade de arbítrio dos sujeitos de direito em um âmbito, eticamente neutralizado, de ações que são privadas, mas que acarretam conseqüências jurídicas. O espaço jurídico privado pode ser regulado negativamente por via de restrição das competências (e não por via de regulação positiva mediante deveres e mandatos materiais concretos). Neste âmbito está socialmente permitido tudo aquilo que não esteja juridicamente proibido e os cidadãos não podem exigir prestações positivas por parte do estado³⁴.

Do lado da autonomia pública, o critério distintivo é constituído pelo interesse de conservar o estado e a administração; do lado da autonomia privada, o interesse é constituído a partir de relações entre sujeitos situados no mesmo plano. A delimitação das respectivas esferas

³² HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1a. ed, reimp., Madrid: Taurus, 1988, p. 336.

³³ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo, 1a. ed, reimp., Madrid: Taurus, 1988, p. 253.

³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1a. ed, reimp., Madrid: Taurus, 1988, p. 336.

do público e do privado não é uniforme. De um lado as pretensões individuais são garantidas na forma de direitos subjetivos adquiridos. De outro há a legislação das normas jurídicas. Até onde essa situação chega, todo direito se reduz a fim da administração: do governo.

Do lado da autonomia privada, os particulares administram seus próprios negócios. À profissionalização da técnica jurídica, se soma determinações de precisão conceitual e rigor dedutivo: exigências de completude e de coerência interna. Nessa linha, o direito moderno não supõe aos sujeitos de direito nenhuma classe de motivação ética, fora de uma obediência geral ao direito e protege suas inclinações privadas dentro dos limites sancionados. Não se sancionam as más intenções, mas as ações que se desviam das normas (o que supõe as categorias de responsabilidade e de culpa).

Consoante a isso, no âmbito da autonomia pública, o círculo da administração encerra três classes de tarefas, a saber: a criação do direito, aplicação do mesmo e o que for atribuição do estado depois de se separar aquelas duas esferas. A administração remete à autonomia, ou seja, capacidade própria de definir as normas. O governo, por sua vez, é associado à estrutura burocrática de definição do direito.

Dessa sorte, há duplo aspecto na noção de governo: Pode achar-se ligado a legislação das normas jurídicas ou ser avaliado enquanto limitado por direitos subjetivos adquiridos. Mas há que distinguir: (1).- Aspecto positivo: o fundamento de legitimidade de suas atribuições. O governo se desenvolve sobre a base de uma competência legítima que, desde o ponto de vista jurídico, descansa, em última instância, em um poder concedido pelas normas constitucionais do instituto estatal. Mas, nesta sujeição ao direito vigente e limitação por direitos subjetivos adquiridos, encontra-se também: (2).- Aspecto negativo: os limites de sua liberdade de movimento, com os quais não pode deixar de contar.

Mas a essência específica do governo radica precisamente, no aspecto positivo, no qual não só tem por objeto o respeito ou realização do direito objetivo vigente porque vale como tal e serve de fundamento aos direitos subjetivos adquiridos, mas também a realização de outros fins de índole material: políticos, morais, utilitários ou de qualquer outra classe³⁵.

O titular originário, primordial, de todo governo é a autoridade. Na era contemporânea, pode-se dizer que, o regime administrativo resume-se a duas palavras apenas: prerrogativas e sujeições. Ao mesmo

³⁵ WEBER, Max. *Sociología del derecho*. Edição e estudo preliminar de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2001, p. 5-8.

tempo em que as prerrogativas colocam o governo em posição de supremacia perante a administração privada, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as restrições a que o governo está sujeito limitam a sua atividade a determinados fins que, se não observados, implicam desvio de poder e conseqüente nulidade dos atos do governo.

Quando estão incertos os limites entre a administração e governo o resultado pode ser: ou, a atividade judicial assume formal e objetivamente o caráter de governo e desenvolve como este, sem sujeição a formas e termos pré-estabelecidos, de acordo com considerações de conveniência e oportunidade, para culminar em simples decisões, ou mandatos do senhor dirigidos aos súditos; ou, pelo contrário, o governo assume a forma do procedimento judicial³⁶.

De qualquer sorte, a autonomia sistêmica do direito decorre de que: (1).- toda decisão jurídica concreta representa a aplicação de um preceito abstrato a um fato concreto; (2).- que seja possível encontrar, em relação com cada caso concreto, graças ao emprego da lógica jurídica, uma solução que se apóia nos preceitos abstratos em vigor; (3).- o direito objetivo vigente é um sistema sem lacunas de preceitos jurídicos ou encerra tal sistema no estado latente ou, pelo menos, tem que ser tratado como tal para os fins da aplicação do mesmo a casos singulares; (4).- tudo aquilo que não seja possível construir por referência às normas carece de relevância para o direito; (5).- a conduta dos homens que formam uma comunidade tem que ser necessariamente concebida como aplicação ou execução ou, pelo contrário, como infração a preceitos jurídicos³⁷.

A origem técnica, a vinculação da conduta social às leis e a estrutura formal desse direito, suas características estruturais, se referem ao modo de reconhecimento social da existência do direito, aos critérios de sua operação, dos conceitos de responsabilidade e de punibilidade e ao modo de sanção e ao tipo de organização da ação social

³⁶ WEBER, Max. *Sociología del derecho*. Edição e estudo preliminar de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2001, p. 9-10. Como apontado pelo realismo a oposição entre autonomia pública e autonomia privada se esvai igualmente quando a atividade de órgãos da associação política assume as mesmas formas que as socializações que têm lugar entre particulares. Isso porque, algumas vezes a Administração se coloca em pé de igualdade em relação aos particulares, adotando o Regime Jurídico de Direito Privado. Por exemplo, por vezes os contratos de locação de prédios particulares em que o Poder Público figura como locatário é firmado nos termos da Lei 8.245/91 (regime geral da Lei de Locações) em vez de seguir o trâmite da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Públicos).

³⁷ WEBER, Max. *Sociología del derecho*. Edição e estudo preliminar de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2001, p. 22-3.

juridicamente determinada, a relação jurídica. Constituem um sistema de ação no qual se supõe que os sujeitos se comportam estrategicamente, obedecendo, em primeiro lugar, as leis enquanto obrigações publicamente sancionadas mas que a qualquer momento podem ser legitimamente alteradas; perseguindo, em segundo lugar, seus próprios interesses sem atender a aspectos éticos e, em terceiro lugar, celebrando contratos sob a proteção do direito. Com outras palavras: se supõe que os sujeitos do direito fazem uso de sua autonomia de modo racional conforme fins, tendo em conta as conseqüências jurídicas previsíveis³⁸.

Nesses moldes, o sistema do direito de Weber possibilita a especialização da criação e da aplicação do direito. É constituído por de determinações gerais integradas pelas normas de direito e explica sua aplicação como a determinação do conteúdo da norma jurídica pela subsunção a essa dos fatos concretos³⁹.

Desta feita, cumpre fazer dois destaques: (a).- O primeiro é a distinção da fonte formal, a norma enunciada, da norma em si considerada, o conteúdo interpretado. (b).- O segundo é que a validade do direito depende da instituição de um sistema de aplicação que garanta o caráter geral das normas por meio de sanções⁴⁰.

(a).- A distinção operada entre fonte formal e norma decorre da implantação da sociedade moderna e da dissolução dos projetos de vida em formas de vida complexas, a ponto de que o conceito de estado restou desligado de qualquer fundamento moral ou ético. Nesse ponto o argumento esposado por Weber apresenta uma oposição entre o direito contemporâneo em sentido estrito, que descansaria tão só no argumento de positivização, e o direito racional que não se tornou plenamente formal (e ainda descansaria sobre argumentos de fundamentação). Vale destacar, a seu juízo, o direito contemporâneo há de ser entendido como estabelecido pela decisão e que é por completo alheio a acordos racionais e a idéias de fundamentação, por formais que estas possam ser⁴¹.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1. ed, reimp., Madrid: Taurus, 1988, p. 336-7.

³⁹ WEBER, Max. *Sociología del derecho*. Edição e estudo preliminar de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2001, p. 18.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 97.

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo, 1. ed, reimp., Madrid: Taurus, 1988, p. 342.

(b).- Então, ao tempo em que apresenta a presença da legitimidade como componente do direito, Weber expressa a tese da perda de sentido normativo da ação social. Com essa, o processo de esclarecimento das estruturas de consciência modernas leva a que a razão se dissocie em uma pluralidade de esferas de valor que termina por destruir sua própria universalidade. Esta perda de sentido é interpretada por Weber como o desafio existencial, ante o qual se vê o indivíduo, de reconstruir no âmbito de sua própria biografia, pois, dentro da sociedade moderna já não se encontra nenhuma outra ordem legítima capaz de garantir a reprodução cultural das correspondentes orientações valorativas e das correspondentes disposições à ação⁴².

A técnica jurídica se limita a constatar o quê pode considerar-se válido segundo seus próprios postulados, se limita a justificar quando devem ser aplicadas determinadas normas jurídicas. Mas não se pergunta qual direito deve existir. Só pode indicar que, se se quer conseguir tal o qual resultado, o meio mais adequado para obtê-lo, de acordo com o pensamento jurídico, é tal ou qual norma jurídica⁴³.

Na “Teoria da Ação Comunicativa”, Habermas chama a atenção, para o fato de Weber destacar a positividade, a legalidade e o formalismo enquanto características gerais da institucionalização do direito. Naquele momento, visualiza que tais conceitos explicitam o modo de atuação do direito em ambiente econômico regulado através de mercados.

Em outras palavras, positividade, legalidade e o formalismo definem um sistema jurídico que permite que a ação racional conforme fins se generalize, mas não implica em neutralização do direito. O sistema jurídico poderia ter sido entendido como uma ordem da vida e não como um sistema formal de colonização das relações cotidianas. Por conseguinte o sistema jurídico se conformaria a esfera de valor prático-moral e, tal afirmação, possibilitaria a racionalização sob critérios da retidão normativa⁴⁴.

⁴² HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1. ed, reimp., Madrid: Taurus, 1988, p. 321.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1a. ed, reimp., Madrid: Taurus, 1988, p. 326-8.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1. ed, reimp., Madrid: Taurus, 1988, p. 337. Aquí Habermas afirma a primazia da esfera de valor prático-moral sobre a esfera jurídica. Esse pensamento será revisto no “Direito e Democracia”.

Entretanto, a separação entre moralidade e legalidade trouxe consigo o problema de que a legalidade em seu conjunto deverá ser objeto de uma justificação prática. Ou seja, a justificação que deve ser oferecida ao sistema que embora descrito como moralmente neutro não exime de exigir dos sujeitos a obediência.

Desta sorte, o efeito específico da positivação da ordem jurídica consiste no deslocamento dos problemas de fundamentação para os de justificação. Vale dizer, o manejo técnico do direito soluciona os problemas de fundamentação; mas não os elimina. Nesse particular, enxerga a conexão do direito positivo ao catálogo de direito fundamentais das Constituições burguesas. O qual vincula a faculdade de legislar a uma compreensão democrática da tomada de decisões coletivas.

Por conseguinte, à medida que o direito se converte em meio organizativo da dominação política, vale dizer, da dominação legal exercida pelo governo, esta há mister de uma legitimação que satisfaça a necessidade de justificação que o direito contemporâneo estruturalmente tem. A esta legitimação serve, por exemplo, uma constituição que possa interpretar-se como expressão de um acordo racional de todos os cidadãos.

Mas, critica Habermas, Weber associa de forma conceitualmente tão estreita direito e dominação legal, que o “princípio de que o direito necessita justificação se desvanece e fica somente o princípio de positivação (“Satzungprinzip”)⁴⁵. Então, o conceito de direito indica que, na era contemporânea, parece prestigiar a autonomia privada em detrimento à autonomia pública. O direito contemporâneo resta constituído por normas originadas da vontade humana de sorte a regularem os comportamentos com consideração de igual espaço e respeito.

Pode-se identificar aqui a presença de dois pontos a serem destacados: um sistêmico e outro de justificação. O problema sistêmico resulta do fato de que a definição da validade jurídica pressupõe que a origem das normas possa ser juridicamente definida. O direito é constituído conforme o direito e, neste sentido, parece ser circular. Pois, de que outra maneira pode-se dizer o que é um “órgão competente” ou que uma legislação “foi ditada conforme ao procedimento previsto”? Este problema conduz à afirmação procedimental do direito (da “norma

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1. ed, reimp., Madrid: Taurus, 1988, p. 338-9.

fundamental”). O problema de justificação consiste na explicação do conteúdo atribuído à norma considerada, da sua legitimação.

Weber pretende a síntese das dimensões sistêmica e de justificação, por meio da afirmação da “legitimação mediante procedimento”. Legitimação mediante procedimento não significa aqui que se recorra às condições formais de justificação prático-moral da legislação jurídica (respeito ao ideal de universalização), mas a observância das regras procedimentais estabelecidas para a criação, interpretação e aplicação do direito. A legitimidade descansa então “na fé na legalidade das ordens estatuídas e do poder de mando daqueles aos quais essas ordens facultam para o exercício do poder”⁴⁶.

Desta sorte, nos “conceitos sociológicos fundamentais” de Weber, Habermas lê que a legalidade pode ser considerada legítima em virtude de: (a).- um convênio dos interessados; (b).- uma imposição e da correspondente obediência. Em nenhum dos dois casos é a legalidade como tal a fonte de legitimação, pois: o acordo racional já subjaz a ordem jurídica, ou o domínio já foi legitimado por outra via. Nesta via, a transição entre ordenamento pactuado e ordenamento imposto é sutil. Mas por fluídos que sejam seus contornos, Habermas distingue analiticamente bem as duas fontes de legitimidade das quais a fé na legalidade depende: um “convênio fundado ou a imposição por uma vontade poderosa”⁴⁷.

Nesse particular, Habermas questiona: se legalidade não deveria significar algo além do que a concordância com uma ordem jurídica faticamente vigente, e se este, como direito estatuído que por sua vez é, não resulta acessível a uma justificação de tipo prático-moral, então de onde poderia extrair a fé na legalidade sua força legitimadora? Não vê como da fé na legalidade possa derivar legitimidade, isso quando se supõe já a legitimidade da ordem jurídica que determina o quê é legal. A

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1. ed, reimp., Madrid: Taurus, 1988, p. 342-3.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1. ed, reimp., Madrid: Taurus, 1988, p. 343-4. Poder na obra de Weber: “... significa a probabilidade de impor a própria vontade, dentro de uma relação social, mesmo contra toda a resistência e qualquer que seja o fundamento desta probabilidade...” vd. VOLPATO DUTRA, Delamar José. Habermas e Weber: O modelo processual de moralização do direito ou como respeitar a autonomia da legitimidade do direito em relação à moral. *Cadernos da EMARF*, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, abr./set. 2009, p. 22.

partir dos argumentos de Weber não lhe parece possível romper esse círculo⁴⁸.

A fé na legalidade de um procedimento não pode engendrar legitimidade “per se”, isto é, pela única virtude da correção procedimental do próprio estabelecimento positivo - o que inclusive se segue da análise lógica das expressões legalidade e legitimidade. Habermas demonstra desconforto ante a algo que a seu juízo é tão evidente, que alguém poderia se perguntar como pode Weber chegar a considerar a dominação legal como uma forma independente da dominação legítima.

Especula quanto à possibilidade de se tratar a fé na legalidade como um caso especial de um fenômeno mais geral. Aqueles que manejam ou obedecem diariamente técnicas ou regulamentos gerados de forma racional, normalmente não se perguntam já pelos fundamentos sobre quais estas se assentam. A validade empírica de uma ordem racional, precisamente por sê-lo, volta a ter seu ponto de apoio no acordo e obediência habitual, àquele no qual alguém crê e tenha sido educado, ao que se repete sempre.

Habermas adverte que o progresso da diferenciação e racionalização sociais tem normalmente como resultante global um alheamento dos indivíduos, quanto mais às bases racionais das técnicas e sistemas, em conjunto, lhes resultam mais inexpugnáveis que ao selvagem o sentido dos ritos de seus magos. Ainda que se pretenda afirmar que o sentido da universalização da ação comunitária tenha como efeito a racionalização desta, seu efeito é quase sempre o contrário⁴⁹.

Weber apela a algo como um tradicionalismo, para a elucidação dos complicados pressupostos sobre os quais se assentam as instituições em que se materializam as estruturas de racionalidade. A fé na legalidade poderia entender-se então como expressão, desse efeito de tradições. Mas ainda neste caso, o que converte à legalidade de uma decisão em elemento legítimo é precisamente a confiança que se tem nos fundamentos racionais que globalmente se supõe ao ordenamento jurídico.

⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1. ed, reimp., Madrid: Taurus, 1988, p. 342-3.

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1. ed, reimp., Madrid: Taurus, 1988, p. 344.

Um sistema jurídico se apresentaria, pois, com a pretensão de ser válida no sentido de um acordo racional, ainda quando os participantes aceitam que só os especialistas saberiam dar boas razões em favor de sua existência, na hipótese dos leigos em direito não estarem em condições de fazê-lo⁵⁰.

Por mais volta que se dê ao assunto, a legalidade que só se baseie na correção procedimental do positivamente estatuído pode ser reflexo de uma legitimidade subjacente, mas não pode substituí-la. Habermas relaciona a inconsistência da afirmação da legitimidade a partir da legalidade às críticas à racionalidade do direito moderno.

Pois, enquanto a racionalização do direito fica reinterpretada nestes termos, e convertida em uma questão de organização racional conforme fins da ação econômica ou da administração racional, as questões relativas à materialização institucional da racionalidade prático-moral podem ser convertidas exatamente no oposto: essas questões aparecem então como fonte de irracionalidade, ou em todo caso, “motivos que debilitam o racionalismo formal do direito”⁵¹.

Certo é que o desconhecimento pela parte dos leigos de um direito cujo conteúdo técnico se incha cada dia mais alivia a administração pública de pressões por legitimação. Mas tal dilatação das vias de legitimação não significa que a fé na legalidade possa substituir em conjunto à fé na legitimidade do sistema jurídico. Não é empiricamente sustentável a hipótese operada pelo positivismo jurídico, e que o funcionalismo sociológico leva adiante, de que as pretensões de validade normativa poderiam atrofiar-se na consciência dos membros do sistema sem que isso tivesse conseqüências notáveis para a sobrevivência do sistema jurídico⁵².

De qualquer sorte, o pensamento de Weber repercutiu sensivelmente na obra de Hans Kelsen e de Herbert Hart.

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1. ed, reimp., Madrid: Taurus, 1988, p. 345.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1a. ed, reimp., Madrid: Taurus, 1988, p. 346.

⁵² HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1a. ed, reimp., Madrid: Taurus, 1988, p. 348.

1.2.2 O direito como sistema dinâmico de Hans Kelsen

Como sabido, por volta da década de 60, quando Habermas inicia seus estudos, o pensamento anglo-americano estava dominado pelas concepções do empirismo lógico propugnado pelo “Círculo de Viena”. Fundado por Schlick em 1929 entre seus postulados básicos encontrava-se o da especificação do conhecimento científico de modo objetivo através de desenvolvimentos da lógica e da epistemologia.

Naquele contexto, Hans Kelsen afirmou a separação do direito e moral. Vale dizer que, moralidade e legalidade aparecem como sistemas distintos e independentes⁵³. Argumentou que tal decorria da inexistência objetiva de uma moral absoluta e, ainda que essa fosse presente, sua aplicação forçada pelo direito levaria à impossibilidade de crítica social frente às disposições jurídicas estabelecidas como um dever de modo estático⁵⁴.

Desta feita, delimitará de modo preciso a separação da “teoria do direito” da “filosofia do direito”. A filosofia do direito tem por objeto a reflexão sobre a justificação do direito abstratamente considerado, da relação direito e moral. Desta sorte, trata da relação entre juízos de valor e juízos de fato. Uma teoria do direito, de outro lado, tem por objeto explicar o conceito do sistema jurídico. Procede pela especulação a respeito da coordenação existente entre os diversos institutos presentes no sistema abstratamente considerado. Trata da estrutura da norma, entendida como proposição e dos problemas específicos das relações formais entre as normas (unidade e completude) e entre ordenamentos. Pode destacar os aspectos técnico-estrutural, técnico-social ou técnico-normativo. Juntas, filosofia do direito e teoria do direito, formam o quadro da “teoria geral do direito”. No pensamento de Kelsen o problema do sistema real, e a conseqüente justificação do direito concretamente aplicado, terminam por constituir um problema da política⁵⁵.

⁵³ HART, Herbert L. A. Visita a Kelsen. *Lua Nova*, São Paulo, n. 64, pp. 153-88, abr. 2005, aqui especialmente p. 169.

⁵⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 78. A despeito da noção de sistema poder ser estabelecida na perspectiva da norma (estático) ou do ordenamento (dinâmico), a “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen representou um marco na afirmação de que a pesquisa jurídica deve ser desenvolvida pelas discussões sobre os problemas do ordenamento, da coerência e da completude sem referência à moral.

⁵⁵ Kelsen se valeu dos desenvolvimentos operados por Max Weber na obra “sociologia do direito”. Com essa, Weber aperfeiçoa a noção dos “tipos ideais” e possibilita a diferenciação da perspectiva política (moral), dogmática e sociológica.

Nesse passo, o conceito de norma é central na “Teoria Pura do Direito” (“Reine Rechtslehre”⁵⁶) de Hans Kelsen. Há três elementos constitucionais na sua formulação: (a).- o primeiro é processual, (b).- o segundo é estrutural, e (c).- o terceiro é social. O ingrediente processual consiste na percepção de que o direito é constituído por normas, estruturas de “dever ser” fundamentadas em normas anteriores até chegar à norma fundamental. O ingrediente estrutural afirma que as normas são imperativos, isto é, são, sempre, previsões de coação. O terceiro ingrediente, social, descreve a existência das normas jurídicas como uma específica técnica social. A vinculação do fato à consequência, de acordo com um princípio da imputação, é ato de vontade e não evento da natureza.

(a) Elemento processual

No pensamento de Kelsen, a norma fundamental (“grundnorm”) determina a obediência à Constituição. Essa soluciona a questão do fundamento último de validade das normas jurídicas. Existe como o princípio dinâmico pressuposto pela afirmação do sistema. De modo que, o caráter sistêmico do direito decorre das qualidades formais derivadas dessa. O direito é constituído conforme o direito e, neste sentido, sua estrutura é circular. Pois, de que outra maneira há de dizer-se o que é um órgão competente ou que uma norma foi ditada conforme ao procedimento previsto?

Própria de um sistema com orientação interna, uma norma fundamental define a validade de todas as normas de um sistema jurídico, fora a própria. Essa é identificada na vivência fática, no

⁵⁶ A Teoria Pura do Direito conheceu em sua trajetória quatro edições diferentes. A primeira em 1933 e a última em 1960. A rigor, a primeira edição saiu em língua espanhola, traduzida do alemão por Luiz Legaz y Lacambra. Foi publicada na Revista de Derecho Privado com o título de “El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho”, e continha 73 páginas. A segunda edição – a primeira em língua alemã – foi publicada em 1934, já com o título de “Teoria Pura do Direito. Introdução à problemática científica do direito” (“Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik”), contando com 147 páginas (o dobro da primeira versão espanhola). Esse texto foi traduzido para o português em 2001 por J. Cretella Jr. e Agnes Cretella e editado pela Revista dos Tribunais. A terceira edição foi publicada em francês na Suíça, no ano de 1953 por Henri Thévenaz, com o título “Théorie Pure Du Droit. Introduction à la Science du Droit”. A obra passou a contar com 194 páginas. E finalmente a quarta edição e segunda em língua alemã, publicada em Viena em 1960 e 520 páginas, com o título de “Teoria Pura do Direito” (“Reine Rechtslehre”) tão-somente. Esta última edição foi traduzida do português no ano 1962 por João Baptista Machado, e edição em 1985 pela editora Martins Fontes. Para a evolução e o aprimoramento da teoria, foram também importantes os livros “Teoria Geral do Direito e do Estado” (“General Theory of Law and State”), de 1945, e a sua obra póstuma “Teoria Geral das Normas” (“Allgemeine Theorie der Normen”), publicada em 1979 pelo Instituto Hans Kelsen, de Viena.

presenciado. Para se chegar a essa, basta perguntar um par de vezes por quê?. No exemplo de Kelsen, são postas lado a lado a ordem de um assaltante para que se lhe entregue uma determinada soma em dinheiro e a determinação do tesouro nacional para que se realize a mesma prestação.

Por que a determinação do servidor da receita federal é considerada uma norma individual juridicamente válida, sob a forma de um ato administrativo, enquanto a ordem do assaltante é considerada criminosa? O quê as diferencia? A resposta é que o órgão administrativo pode invocar uma autorização legal enquanto o assaltante não. Mas, como justificar a validade das leis que apóiam o serviço da receita?

A resposta encontrada repousa na previsão da Constituição que atribui competência ao legislador para ditar tal lei. E então, como justificar a validade da Constituição? Kelsen argumenta que a Constituição vale porque foi promulgada e é socialmente eficaz. A partir desse ponto, vaticina, já não há mais nada a dizer⁵⁷.

O esclarecimento do conceito da validade do direito é crucial para a definição do sistema do direito. Enquanto no período da antigüidade o direito existia confundido com a moralidade e com a eticidade. Era, até então, compreendido ou como fenômeno natural ou como disposições privadas apoiadas na autonomia contratual. Na antigüidade, a explicação das normas era caracterizada por uma concepção estática, perquiria somente quanto à qualidade do seu conteúdo. A fonte material (direito natural) originava o direito em sentido ontológico, enquanto o direito existente era o que refletia sua fonte material, ou a repetia⁵⁸.

O pensamento de Kelsen evidencia uma segunda possibilidade. Antes a organização do sistema de normas era provida relacionando-as a partir de seus conteúdos (de argumentos de gênese) e Kelsen desenvolve o sistema a partir das normas de competência e as demais reguladoras da sua produção (de argumentos de justificação). No primeiro caso vislumbra-se um sistema estático e no segundo, um sistema dinâmico.

O modelo estático serviu até que a legislação foi concebida a partir do direito originário dos sujeitos à liberdade que pertence a todos em virtude unicamente de sua humanidade e garantida pelo uso

⁵⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 48-55.

⁵⁸ Por exemplo, para Agostinho a justiça que orienta o direito positivo é a busca para alcançar o pensamento de Deus, vd. WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho: Derecho natural y justicia material*. Trad. Felipe González Vicen. 2ª ed. Madrid: Aguilar, 1974.

socialmente permitido da força⁵⁹. A confusão do direito com força fez com que o direito natural fosse substituído pelo direito convencional da era contemporânea. Desta sorte, o fundamento no direito de humanidade foi substituído pelo direito de petição aos órgãos estatais para que atuem como garantidores dos interesses sociais através da sanção estatal.

Somente a partir da formulação do direito racional, foi possível um conceito de direito com autonomia, quer dizer, o estabelecimento de um sistema com normas e justificações distintas de outros sistemas sociais. A partir do qual o direito pôde ser descrito como: “Uma ‘ordem’ ... um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade⁶⁰”.

Nesses termos, a explicação do sistema jurídico de Kelsen aproveita a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico (“Stufentheorie”) de Adolf Merkl⁶¹. Em cada grau normativo do ordenamento são encontradas normas de conduta e normas de estrutura, isto é, normas dirigidas diretamente a regular a conduta das pessoas e normas destinadas a regular a produção de outras normas. Por exemplo, as normas de competência instituídas no texto constitucional, essas

⁵⁹ A validação do direito a partir da sanção pode ser refutada sob vários argumentos, mas talvez as páginas mais expressivas sejam coletadas por Norberto Bobbio no início “Do contrato social” de Rousseau em um capítulo justamente intitulado Do direito do mais forte: “A força é uma potência física: não vejo qual moralidade possa derivar dela. Ceder à força é um ato de necessidade, não de vontade: quando muito, um ato de prudência. Em que sentido poderia ser um dever?... Admitindo-se que é a força que cria o direito, o efeito muda com a causa: toda força que supera a primeira tem direito de sucedê-la. Admitindo-se que se pode desobedecer impunemente, então pode-se fazê-lo legitimamente e, uma vez que o mais forte tem sempre razão, trata-se somente de se fazer o mais forte. Se é preciso obedecer por força, não o é por dever, e se não somos mais forçados a obedecer, tampouco somos obrigados” (BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, p. 62).

⁶⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 33.

⁶¹ A “stufentheorie” é importante elemento da concepção dinâmica do sistema, pois presta-se a dar explicação sobre a unidade na construção de um ordenamento jurídico complexo: “... de acuerdo con la cual el orden jurídico consiste de normas superiores e inferiores, as primeras de las cuales son aquellas que determinan la creación de otras, y las inferiores, aquellas que se corresponden, i.e., que son creadas con fundamento en las superiores” (KELSEN, Hans. *Qué es un acto jurídico? Isonomia*, n. 4, 1996). Os manuais de teoria do direito comumente representam a construção escalonada do sistema do direito através de uma pirâmide. Nesta o vértice é ocupado pela norma fundamental; a base é constituída pelos atos executivos. Ao olhar-se de cima para baixo, ver-se-á uma série de processos de produção jurídica; ao olhar-se de baixo para cima ver-se-á, ao contrário, uma série de processos de execução jurídica. Nos graus intermediários, estão a produção e a execução; nos graus extremos, ou só produção (norma fundamental) ou só execução (atos executivos). Sobre a importância do pensamento de Adolf Julius Merkl vd. PAULSON, Stanley L. *Gesammelte Schriften. Ratio Iuris*. V. 17. n. 2, pp. 263-7, jun. 2004.

determinam os processos através dos quais o Parlamento, a Administração e o Judiciário podem exercer funções legislativa, executiva e jurisdicional.

Veja-se, a ilustração apresentada por Norberto Bobbio sobre o que se passa no interior de uma família: Ao se considerar a organização da família como uma espécie de ordenamento simples (isto é, como o ordenamento no qual só existe uma fonte de produção normativa), pode-se afirmar que, nessa família, não existirá senão uma norma sobre a produção jurídica, a qual pode ser formulada deste modo: “o pai tem a autoridade de regular a vida familiar”. Mas, considere que o pai não se disponha a regular diretamente um setor da vida familiar, como o da vida escolar dos filhos, e confie à mãe o poder de regulá-lo. Aparecerá, nesse ordenamento, uma segunda norma sobre a produção jurídica que poderá ser formulada assim: “A mãe tem autoridade atribuída pelo pai, de regular a vida escolar dos filhos”. Como se vê, essa segunda norma nada esclarece sobre o modo como os filhos devem cumprir suas obrigações escolares; diz simplesmente a quem cabe estabelecer estas obrigações, isto é, faz existir uma fonte de direito⁶².

Houve a instituição da lei como a principal fonte formal do direito. Pode-se dizer que, a teoria do direito assumiu que a validade do direito limitar-se-ia a um esclarecimento formal de sua origem fundamental. Quando o próprio ordenamento jurídico institui suas fontes materiais por meio do documento denominado Constituição, o juízo de adequação entre o direito positivo e fonte material passa a ser um juízo de validade em sentido metodológico, não mais ontológico⁶³.

A validade da norma jurídica é, assim, associada a três pressupostos: (a).- competência da autoridade que a editou, derivada da norma hipotética fundamental; (b).- mínimo de eficácia, sendo irrelevante a sua inobservância episódica ou temporária; (c).- eficácia global da ordem de que é componente.

Atente-se para a precisão do conceito kelseniano: a validade não se confunde com a eficácia, esta é apenas condição daquela. Ou seja,

⁶² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 6 ed., Brasília: UnB, 1995, p. 46-7.

⁶³ Segundo o constitucionalista José Afonso da Silva esclarece, através da Constituição se organiza os elementos essenciais do Estado: um conjunto de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 39-40). Alexy interpreta que as normas da Constituição que autorizam a promulgação de normas seriam a – em si mesma complexa – “norma fundamental” (vd. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 89 e 96).

pode-se sintetizar seu argumento na assertiva de que a ineficácia absoluta compromete a validade da norma jurídica, mas não a do sistema. Qualquer outra relação entre validade e eficácia não se pode estabelecer prontamente nos quadrantes da teoria pura do direito⁶⁴.

Os estudos de Hans Kelsen são exemplo de abordagem que refuta a conexão do direito a elementos exteriores, até por que entende que tal operação denota um sincretismo metodológico. Pretende desenvolver uma teoria pura a partir do que é próprio ao conhecimento jurídico. Nas suas palavras: “isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema Moral”⁶⁵.

Assim, o conceito da validade jurídica define que o direito é composto por normas e essas valem juridicamente quando são ditadas pelo órgão competente, de acordo com o procedimento previsto; dito brevemente: quando são ditadas conforme ao sistema determinado por uma “norma fundamental” de organização comum.

(b) elemento estrutural

A noção de norma tem como premissa a distinção entre as categorias do “ser” e do “dever ser”, que ele vai buscar no neokantismo de sua época. Normas, nestes termos, são prescrições de “dever ser”, essas conferem ao comportamento humano um sentido, o sentido prescritivo. Assim, no exemplo de Tércio Sampaio Ferraz Jr., levantar o braço em assembléia pode ter um sentido descritivo (fulano levantou o braço) ou um sentido prescritivo (levantar o braço deve ser entendido como voto a favor de uma proposta). Enquanto prescrição, a norma é o produto de um ato de vontade, que proíbe, obriga ou permite um comportamento⁶⁶.

Denota-se que Hans Kelsen, embora não tenha sido membro do Círculo de Viena, foi influenciado pela sua primeira fase de estudos de um de seus membros: Ludwig Wittgenstein. Segundo a qual, a análise

⁶⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 33.

⁶⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 76.

⁶⁶ FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. Por que ler Kelsen hoje? In. COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. XVI. Tendo em vista estas considerações, o conceito de responsabilidade (“zurechnungsfähig”) significa que a sanção pode ser imposta a um sujeito; o conceito de irresponsabilidade (“unzurechnungsfähig”) significa que a sanção não pode ser imposta a um sujeito (louco, doente mental, menor, incapaz por surdez...). Assim, a causalidade (ciências naturais) e imputação (ciências sociais) são as grandes categorias a partir das quais Kelsen estrutura seu pensamento. O dever-ser jurídico não é condicionado por nada o que possa perverter sua natureza de puro dever-ser.

lógica mostra que há dois tipos de proposições: uma classe inclui declarações redutíveis a simples afirmações sobre o que é empiricamente dado (locucionário), a outra classe inclui declarações que não podem ser reduzidas às afirmações sobre a experiência e, portanto estão desprovidas de sentido. Entre as fontes dos erros lógicos, Wittgenstein aponta a linguagem ordinária incorporada à metafísica⁶⁷.

Originada de um ato de vontade, a norma jurídica não se confunde com esse, nem tem sua existência desse dependente. Mesmo porque o autor da norma já pode ter desaparecido, sem que o mesmo suceda com a norma. Sua existência não é um fato natural, como a vida do seu autor⁶⁸.

Uma vez reconhecidas conforme o processo socialmente definido, normas jurídicas valem. Sua existência específica é sua validade. Deste modo, Kelsen torna a ciência jurídica uma ciência pura de normas, que as investiga como entidades no seu encadeamento sistêmico. Cada norma vale, não porque seja justa, ou porque seja eficaz, mas porque está ligada a normas superiores por laços processuais, em série finita que culmina na norma fundamental (“grundnorm”).

Para Kelsen, tal autonomia não implica na existência acrítica do direito, sem possibilitar o recurso a um padrão externo referente, mas que o próprio conceito do direito deve dar conta do controle de sua justificação. Em seu pensamento, o termo validade significa a pertinência a um sistema. Não existem normas isoladas. Toda norma existe enquanto elemento de um sistema de normas. Ou seja, deve-se, com recurso aos postulados do sistema, ser possível saber se uma norma pertence ao mesmo. Aquela que pertence a um ordenamento é válida, do ponto de vista interno a este sistema⁶⁹.

⁶⁷ Como será desenvolvido, o esforço de Kelsen em distinguir a interpretação autêntica da não autêntica pode ser associada a divisão da natureza das proposições.

⁶⁸ FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. Por que ler Kelsen hoje?. In. COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. XVI e XVII. Embora possa se falar de um ordenamento constituído por uma única fonte: “tudo é proibido”, ou “tudo é permitido”, em sociedades concretas os ordenamentos são complexos, ou constituído por diversas fontes, tal no sentido material (dos conteúdos que informam o sistema), qual no sentido formal (suas estruturas, leis, costumes, contratos...).

⁶⁹ Para Kelsen, explica Tércio Sampaio Ferraz Jr., validade é o modo de existência específico das normas: “A questão da validade das normas jurídicas é tema de muitas facetas. Nele estão implicados problemas relativos ao fundamento da ordem jurídica, que revelam, por sua vez, discussões em torno dos conceitos de legalidade e legitimidade. Validade também se toma no sentido de efetividade, de cumprimento e de aplicação das normas... A dogmática Jurídica, por seu lado, costuma assumir o termo nas suas implicações práticas, girando suas discussões em torno da capacidade da norma em resolver tais e tais conflitos, criando-se, então, conceitos

A complexidade também é presente na estrutura da norma jurídica. Nessa é encontrada a distinção entre a norma primária, dirigida aos indivíduos, como por exemplo, “É proibido roubar”, e a norma secundária, dirigida aos órgãos do estado, como por exemplo: “Quem roubar deverá ser punido com reclusão”. A norma primária esclarece qual é a conduta que evita a coação (cumprimento forçado da sanção). A norma voltada para os órgãos do estado é norma jurídica secundária⁷⁰.

A primeira define um comportamento esperado, enquanto a secundária define de modo restrito o uso da força por parte do estado. O direito é composto por determinações para o comportamento humano. No pensamento de Kelsen, o direito responde a prática de um comportamento socialmente prejudicial (“sozial schädliche”) e, conseqüentemente, não desejado (“unerwünschte”), com um mal (“Übel”). Esse mal, a restrição de um direito, que, por exemplo, pode consistir na privação da vida ou da liberdade, é imposto ao condenado em procedimento judicial mesmo contra sua vontade e, se for o caso, mediante o uso da força, aplicando a coação.

Nesse passo a norma jurídica aparece como “ordem coativa”. Na construção teórica destas normas – aparentemente simples – existem divergências anteriores a própria formulação kelseniana. Alguns opinavam que, atendo à importância do elemento coativo, o prescrito era somente a aplicação da sanção, enquanto o chamado comportamento socialmente descrito era só a condição para a aplicação dessa.

Vale desenvolver, o prescrito era, primariamente, o comportamento socialmente desejado e, subsidiariamente, no caso de descumprimento, se ordena a aplicação de um ato de coação. As ordens são dirigidas, em primeiro, ao indivíduo e, só depois, ao órgão, quando o indivíduo não cumpre o ordenamento prescrito⁷¹.

como direito vigente, direito eficaz, normas em vigor, suspensão da vigência, da eficácia, que procuram enquadrar questões como a do âmbito de aplicação, retroatividade e irretroatividade, nulidade e anulabilidade, etc.” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 94), vd. LOSANO, Mario G. *La nozione di sistema giuridico in Hans Kelsen*. AmaliensträBler Heft n. 4, Milano: Cuesp, 1998.

⁷⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 86-7. É possível afirmar que a norma jurídica diretamente obriga o estado e indiretamente obriga os cidadãos. Vale esclarecer, se for considerado que a instituição do direito decorre da necessidade de se controlar o uso social da força. Nessa perspectiva, o direito encontra-se voltado para o estabelecimento das hipóteses segundo as quais o estado deverá fazer o uso da força socialmente admitido.

⁷¹ vd. KUCSKO-STADLMAYER, Gabriele. *El concepto de la norma jurídica y sus tipos*. Disponível em www.derecho.unam.mx Consultado em 12 maio 2009.

As reflexões de Kelsen sobre a descrição conceitual das normas coativas oscilam entre duas concepções. Na primeira edição da “Teoria Pura do Direito” e da “Teoria Geral do Direito e do Estado” sustenta a tese da norma primária e secundária. O primário é o ato coativo a ser aplicado; e o secundário é a regulação do comportamento social que evita o ato coativo. E enfatiza a insignificância da norma secundária, a primária é genuína e a secundária é supérflua. A existência da secundária é acessória à norma primária, na qual encontra-se contida. O cometimento de um crime representa a condição da sanção. Daí que, uma “violação do direito” só pode ser cometida pelo órgão público.

Na segunda edição da “Teoria Pura do Direito” e na obra póstuma “Teoria geral das normas”, Kelsen não sustenta mais a idéia de uma norma “secundária”. Porém, só se pode considerar prescrito um comportamento, na medida em que esteja associado – como condição – a uma sanção. O comportamento prescrito não é, portanto, o devido. O devido é a sanção. Essas explicações contemplam que aparentemente normas sem sanção teriam negado o estatuto de norma jurídica, ainda quando criadas segundo o procedimento previsto na Constituição, e indicarem os limites da atuação estatal.

Nas palavras de Habermas:

Segundo Kelsen, a autorização subjetiva é garantida através da vontade de um detentor do poder e revestida de uma validade deontológica (“Sollgeltung”) – as proposições do direito estabelecem liberdades de ação devidas. Esse “dever ser” é compreendido de modo empírico, não deontológico, como a validade que o legislador político confere às suas decisões, acoplando normas penais ao direito legislado. O poder da sanção estatal eleva a vontade do legislador ao nível de “vontade do Estado”⁷².

Os sujeitos do direito:

⁷² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 118. Nas palavras de Kelsen: “... o Direito positivo é essencialmente uma ordem de coerção. Ao contrário das regras do direito natural, as suas regras derivam da vontade arbitrária de uma autoridade humana e, por esse motivo, simplesmente por causa da natureza de sua fonte, elas não podem ter a qualidade da auto-evidência imediata. O conteúdo das regras do Direito positivo carece da necessidade “interna” que é peculiar às regras do direito natural em virtude de sua origem [...] a doutrina que declara a coerção como característica essencial do Direito é uma doutrina positivista e se ocupa unicamente com o Direito positivo” (KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 559).

... desfrutam da proteção do Estado enquanto perseguem seus interesses privados dentro de limites traçados pelas leis e isto inclui também a proteção perante às atuações estatais que vão além das reservas legais de intervenção. Os direitos subjetivos são direitos negativos que garantem um âmbito de eleição dentro do qual as pessoas jurídicas estão livres de coações externas⁷³.

A ordem jurídica faz, segundo Kelsen, do portador de um direito o objeto normatizado de um comportamento alheio, de modo que é logicamente supérfluo conferir-lhe um estatuto próprio ou lhe atribuir uma qualificação subjetiva. Pois, como esclarece Heck, sujeito nesta relação é apenas quem está obrigado, isto é, aquele cuja conduta pode violar ou cumprir a obrigação. O indivíduo que goza do direito, isto é, aquele perante o qual esta conduta deve ter lugar, é apenas objeto da conduta⁷⁴.

O direito, assim, aparece como reflexo da obrigação imposta a algum outro sujeito por meio da norma no momento em que essa prescreve uma conduta e a define sanções para a conduta oposta. Se o direito constitui obrigações, essas se encontram determinadas de modo negativo pela sanção.

(c) elemento social

Então, a norma jurídica é constituída por proposições jurídicas de validade referida umas às outras. Na definição de Kelsen “proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que [...] sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento fixado”⁷⁵.

Nesta perspectiva, Hans Kelsen pode afirmar que um ato jurídico é uma situação da vida social regulada pelo direito. Vale dizer, a norma jurídica não estabelece a relação, mas uma “moldura” na qual a vontade humana deve encaixar-se para obter a proteção do estado. No ato jurídico há a manifestação de vontade do sujeito que declara, restringe ou altera um direito ou obrigação. Kelsen não deixa de reconhecer

⁷³ HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro: Estudios de teoría política*. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo e Gerard Vilar Roca. Barcelona, Paidós: 1999, p. 232-3. [tradução nossa]

⁷⁴ HECK, José N. *Direito subjetivo e dever jurídico interno em Kant*. Disponível em <ftp://logica.cle.unicamp.br/pub/kant-e-prints/vol.1,n.4,2002.pdf> Consultado em 12 maio 2009.

⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 78-9.

outros sistemas, como a religião ou a moral prevêm também sanções. Porém somente as normas jurídicas são compostas por atos coativos da comunidade socialmente organizada⁷⁶.

Importa considerar as diferenças entre “ser” e “dever ser” no conhecimento da norma. De um lado, prescreve a sanção que se deve aplicar contra os agentes de condutas ilícitas. De outro, afirma a conduta descrita na lei. Nessa ordem, a imposição do direito estabelece a norma (o “ser”), que contém uma ordem (de “dever ser”). A forma de exteriorização do enunciado (a proposição) não é essencial; o que importa, realmente, é o seu sentido (a norma).

Determinada a norma fundamental, as normas dessa decorrente, tal a criação da Constituição, são consideradas como atos de aplicação da norma fundamental, qual a criação da legislação infraconstitucional é considerada como uma aplicação da Constituição. A norma jurídica, editada pela autoridade tem caráter prescritivo (interpretação autêntica), enquanto a proposição jurídica, emanada da doutrina tem natureza descritiva (interpretação doutrinária). Aquela resulta de ato de vontade e esta última decorre de ato de conhecimento.

Consoante a isso, Kelsen tem a aplicação do direito como uma das espécies de produção do direito, qual seja, a produção do mesmo no caso concreto⁷⁷. Nas palavras de Kelsen: “a aplicação do direito é simultaneamente produção do Direito [...] é errado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito [...] A aplicação do Direito é, por conseguinte, criação de uma norma inferior com base em norma superior”⁷⁸.

Torna-se possível, assim, distinguir duas modalidades de interpretação: uma interpretação científica, cuja função é estabelecer os possíveis significados de uma norma e a interpretação jurídico-política do operador do direito (autêntica) que escolhe uma das interpretações para que o direito seja criado daquele modo. A diferença entre a

⁷⁶ vd. KUCSKO-STADLMAYER, Gabriele. *El concepto de la norma jurídica y sus tipos*. Disponível em www.derecho.unam.mx Consultado em 12 maio 2009. Hart explica que a moral não é percebida por Kelsen como um sistema de normas relevante do ponto de vista jurídico e vice-versa. O moralista por igual também ignora o direito enquanto tal. Não há possibilidade lógica de se estabelecer um conflito entre normas pertencentes a dois sistemas distintos (HART, Herbert L. A. Visita a Kelsen. *Lua Nova*, São Paulo, n. 64, pp. 153-88, abr. 2005, aqui especialmente p. 170).

⁷⁷ VOLPATO DUTRA, Delamar José. Da problemática na aplicação do direito: A recepção habermasiana da teoria do direito de Dworkin. *Dissertatio*, n. 21, inverno de 2005, pp. 61-88.

⁷⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 253. Volpato Dutra vislumbra duas exceções a essa regra: a execução de ato coercitivo [aplicação pura] e a norma fundamental [criação pura].

interpretação não autêntica produzida pela ciência jurídica e a autêntica está ligada à natureza do ato.

A primeira se realiza através do conhecimento, é ato cognoscitivo, enquanto a segunda traduz o exercício da competência jurídica. Há, por assim dizer, um momento cognoscitivo na interpretação autêntica, mas ela é essencialmente ato de manifestação de vontade⁷⁹. Dessa sorte, torna-se compreensível a argumentação presente em procedimento judicial, as partes adotam os argumentos (dentre os vários possíveis) que melhor contemplem seus interesses, competindo ao julgador determinar qual prevalecerá⁸⁰.

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sem e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação correta. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal só é realizável aproximadamente⁸¹.

Não há diferença qualitativa entre o processo desenvolvido pelo Poder Legislativo e o desenvolvido pelo Poder Judiciário. O primeiro estabelece normas gerais enquanto o segundo determina as normas individuais. A aplicação do direito não se trata da descoberta de um direito (ou sua declaração) para um caso concreto, mas é um ato constitutivo para o caso particular: “a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é apenas a continuação do processo de criação jurídica”⁸².

Pode-se considerar que a jurisdição atua de modo restrito determinando a norma individual para o caso particular. Na passagem de um grau superior a outro inferior dentro do ordenamento permite que se diferencie: a) um momento de descoberta de significados internos dentro da moldura (interpretação científica); b) um momento volitivo de

⁷⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 58-9.

⁸⁰ VOLPATO DUTRA, Delamar José. Da problemática na aplicação do direito: A recepção habermasiana da teoria do direito de Dworkin. *Dissertatio*, n. 21, inverno de 2005, p. 66; COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 56-7.

⁸¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 396.

⁸² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 256-7.

escolha, por parte do órgão competente, do significado “melhor” do ponto de vista político⁸³:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível⁸⁴.

A norma individual que resulta da aplicação da norma abstrata é resultado do processo de determinação da mesma rumo à singularidade. Porém, Kelsen discorda que a interpretação de uma lei conduza a uma única solução correta⁸⁵:

... a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente⁸⁶.

Não há a norma individual dentro da moldura, mas uma norma individual que se torna direito positivo pela decisão do tribunal. Não há, nessa perspectiva, interpreta Volpato Dutra, como construir uma estratégia que leve a única hipótese de preenchimento perfeito da moldura. Essa formulação reduziria o preenchimento da moldura a uma

⁸³ SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*: São Paulo, ano 16, n. 64, pp.88-126, jul.-set./2008, aqui especialmente p. 100-1.

⁸⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 391.

⁸⁵ Santos Neto noticia que antes da edição de 1960, “A Teoria Pura do Direito”, expressava um ceticismo moderado por parte da teoria da interpretação de Kelsen. Porém, rendendo-se a experiências pessoais quanto à possibilidade concreta de decisão completamente fora da moldura, teria abandonado qualquer pretensão de racionalidade no trabalho de aplicação do direito. Consta que teria elaborado um extenso comentário acerca da Carta das Nações Unidas e teria interpretado os poderes do Conselho de Segurança da Organização de modo restrito. Ocorre que o próprio Conselho, com apenas um voto dissidente, adotou interpretação tida como impossível, assumindo funções não previstas (SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*: São Paulo, ano 16, n. 64, pp.88-126, jul.-set./2008; vd. PAULSON, Stanley. Kelsen on legal interpretation. *Legal Studies*, ano 10, n. 2, pp. 136-152, jul. 1990).

⁸⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 391.

atividade puramente intelectual e vinculada. Desconsiderando a vontade do órgão aplicador e, portanto, a sua discricionariedade⁸⁷:

A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada) e que a justeza (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de inteligência, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo⁸⁸.

Querer tirar da moldura da lei a única decisão correta é como querer tirar da norma fundamental a única Constituição justa. Esta, para Kelsen, é uma tarefa contraditória, pois se se compreender a interpretação como o conhecimento pelo qual se chega à única decisão correta, então, não haveria necessidade de interpretar⁸⁹. A aplicação do direito é, portanto, uma questão de escolha entre várias possibilidades⁹⁰.

Posicionamento que enfraquece o ideal de segurança jurídica. A segurança jurídica é o postulado que expressa o ideal político de que “todos são iguais perante a lei” de sorte que os julgamentos devem ser constantes e uniformes. À constância pode-se associar o ideal de generalização, ou a característica da norma determinada ser repetida para os demais sujeitos, e à uniformidade pode-se associar a abstração, ou a característica segundo a qual o enunciado da norma define uma ação em seu contorno amplo deixando ao intérprete a sua identificação, ou não, a um caso particular. Daí aqueles que operam sob o ponto de

⁸⁷ VOLPATO DUTRA, Delamar José. Da problemática na aplicação do direito: A recepção habermasiana da teoria do direito de Dworkin. *Dissertatio*, n. 21, pp. 69-88, inverno de 2005, p. 66.

⁸⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 391.

⁸⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 368.

⁹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 369.

vista da segurança jurídica estabelecerem que o enunciado das normas, a norma, deve existir de modo inequívoco.

Entretanto, Kelsen destaca, seja por considerações empíricas, ou mesmo porque nenhum caso é perfeitamente igual a outro, o sistema exige alguma flexibilidade em nome da justiça e conforme aumenta a flexibilidade diminui a segurança⁹¹. A existência de uma margem de indeterminação relativa, por outro lado, é inerente à posituação de normas jurídicas e o conseqüente caráter artificial de um direito que se desprende do “ethos” socialmente compartilhado. Quer dizer, a autoridade superior, ao baixar norma geral, não pode, não consegue predeterminar todo o conteúdo das normas individuais correspondentes à aplicação da vontade normatizada. Sempre haverá matérias a serem decididas pela autoridade inferior⁹².

A Constituição não consegue determinar, de modo completo e exaustivo, o conteúdo da lei e esta não pode vincular, em termos absolutos, o conteúdo da decisão judicial. Verifica-se tanto a hipótese de indeterminação intencional, em que concede-se à autoridade, com competência para aplicar a norma, o poder para resolver certas questões, como também a de indeterminação não intencional, assim a derivada da pluralidade de significações das palavras, da distância entre a real vontade da autoridade competente e a expressão lingüística da norma ou ainda de antinomias⁹³.

A particularidade da explicação da interpretação do direito de Kelsen se revela na afirmação da pluralidade de significações cientificamente pertinentes de cada norma jurídica. Rejeita, com

⁹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 268-9. A proposta de Kelsen, segundo Volpato Dutra, é um meio-termo entre um sistema rígido e um flexível. Segundo esse sistema misto, os julgados têm o poder não só de fixar normas jurídicas individuais dentro do quadro das normas gerais, mas também o poder de fixar normas individuais fora deste quadro ou mesmo normas gerais [p. 271], vd. VOLPATO DUTRA, Delamar José. Da problemática na aplicação do direito: A recepção habermasiana da teoria do direito de Dworkin. *Dissertatio*, n. 21, pp. 69-88, inverno de 2005.

⁹² Kelsen exemplifica: assim: um órgão A determina que o órgão B detenha o sujeito C. O órgão responsável por efetuar a prisão deverá decidir, com base em seus próprios critérios, quando, onde e como deverá executar tal ordem. Circunstâncias concretas não previstas pelo órgão ordenador (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de J. Cretella Jr.; Agnes Cretella. 4 ed. rev. da ed. de 1934, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 113). Herbert Hart apreciando tal passagem formula o exemplo de um intérprete inglês num campo de concentração alemão. Tal intérprete ao ouvir do comandante nazista a determinação de que os confinados devem recolher a palha para evitar o risco de incêndio, pode traduzir que os confinados devem recolher a palha e todo o material inflamável (vd. HART, Herbert L. A. Visita a Kelsen. *Lua Nova*, São Paulo, n. 64, pp. 153-88, abr. 2005, aqui especialmente p. 162).

⁹³ COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 57-8.

firmeza, a possibilidade de a ciência construir o sentido da norma. A interpretação tradicional – chama-a assim – reduz-se à discussão sobre o método de interpretação é mais adequado para se alcançar a verdade contida na norma, algumas vertentes propondo a pesquisa dos fatores históricos, outras pressupondo o caráter lógico do sistema normativo etc. Kelsen desqualifica tal discussão. Todas as significações reunidas na moldura relativa à norma têm rigorosamente igual valor, para a ciência jurídica. Quando o órgão aplicador do direito opta por atribuir à norma uma das significações emolduradas, não realiza ato de conhecimento, mas manifesta sua vontade⁹⁴.

Pode-se dizer que Kelsen reconhece que a indeterminação do âmbito jurídico fornece ao juiz a oportunidade de proceder livremente a uma interpretação da lei, sendo esta resultante de uma escolha exercida por sua vontade. Para Kelsen a racionalidade ficaria adstrita ao domínio teórico, dedicado à descrição objetiva do mundo. Enquanto a ação social pertence ao domínio da vontade⁹⁵. Como se cuida de ato de vontade, o órgão aplicador do direito pode atribuir à norma até mesmo um sentido não compreendido na moldura delineada pela ciência jurídica; pode, com efeito, interpretar a norma de modo absolutamente rejeitado pelos cientistas do direito. A interpretação autêntica não está limitada pela cognoscitiva⁹⁶.

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa⁹⁷.

Diante da constatação de que certa autoridade interpretou a lei de forma indevida, as pessoas estão habituadas a apontar o recurso ao Judiciário como o meio de corrigir a distorção. Ora, outros juízes também podem eventualmente interpretar a lei no mesmo sentido, e a decisão, uma vez transitada em julgado, tornar-se-á definitiva e

⁹⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 59.

⁹⁵ PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 93.

⁹⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 60.

⁹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 395.

inquestionável. Também eles estão exercendo uma competência e expressando vontade. Por revelar alguma imperfeição na obra legislativa, tal, indiretamente pode até ser considerado como contribuição para o aumento da segurança jurídica⁹⁸.

Sobre a teoria do direito de Kelsen, Habermas adverte que a confusão entre a atividade parlamentar (que trata da generalidade procedimental) e a atividade jurisdicional (que deve garantir a qualidade semântica) traz como consequência o prejuízo as suposições que justificaram o estabelecimento do próprio sistema jurídico. Isso porque, ainda que se considere que a instituição de procedimentos garante a qualidade do trabalho legiferante, as leis (se trate ou não do direito regulador que caracteriza o estado social) não tem nunca uma forma semântica tal que dessa resulte uma determinação que só deixe ao juiz uma aplicação algorítmica.

Nessa linha, o sistema jurídico de Kelsen, autônomo, não consegue manter uma troca direta com seus mundos circundantes, nem influir nesses de modo regulatório. Na base da construção de ambientes próprios, o contato com eventos situados além dos limites do sistema, produzido pelas observações, oferece apenas ocasiões para o sistema jurídico fechado autopoieticamente influir sobre si mesmo. Esse não pode assumir funções de orientação na sociedade como um todo. Quando muito, o direito pode regular a sociedade em sentido metafórico: na medida em que se modifica a si mesmo, esse se apresenta a outros sistemas como um mundo circundante modificado, em relação ao qual os outros podem reagir do mesmo modo indireto⁹⁹.

Daí que o problema da racionalidade procedimental deve ser colocado de novo de forma distinta para a prática das decisões judiciais e para a dogmática jurídica. No contexto da teoria geral do direito, tal como definida por Kelsen, a teoria do direito e a filosofia do direito possuem argumentos próprios. Para Kelsen a teoria do direito situa-se ao lado da filosofia do direito, da política e da sociologia.

Porém, para Herbert Hart, a teoria do direito deve ser compreendida como ramificação da filosofia, ou seja, deve desenvolver as idéias e métodos filosóficos para análise e crítica conceitual do direito. Consoante a isso, a teoria do direito não é dirigida a fornecer instruções sobre o uso de termos jurídicos, mas investigar as relações existentes entre os conceitos e a sociedade a qual se aplicam. Entender

⁹⁸ COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 60-1.

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I., p. 73.

que se trata de buscar definições seria perder de vista a finalidade e o sentido do direito enquanto instituição social. A análise de Hart parece indicar que a filosofia é anterior à teoria do direito, então esta é estabelecida a partir daquela¹⁰⁰.

Vale destacar, a “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen nega decididamente o caráter de verdade epistêmica aos postulados jurídicos, atribuindo-lhes um sentido de correção cognitiva, enquanto a regra de reconhecimento de Herbert Hart, diferente da “norma fundamental” de Kelsen, combinará o aspecto sistêmico com a aceitação das regras em hipotético grupo social. Nesse sentido, o sistema do direito sob a perspectiva da justificação, pode significar, em sentido interno, que a regra corresponde aos critérios técnicos mediados por elementos sociais.

1.2.3 A facticidade do direito de Herbert Hart

Herbert L. A. Hart é considerado o mais influente teórico do direito de língua inglesa do século XX. Isso por ter confrontado a teoria ética utilitarista de Jeremy Bentham e o positivismo de John Austin com os postulados do estudo da linguagem desenvolvido por John Langshaw Austin e figurar em dois dos mais interessantes debates desenvolvidos no período: o primeiro com Lon Fuller sobre a relação direito e moral e o segundo com Ronald Dworkin a respeito dos princípios jurídicos.

Em síntese, o pensamento de Hart problematiza os postulados sobre a distinção do direito que “é” do direito que “deve ser” a partir de dois problemas: (a).- o primeiro é que um estudo puramente analítico dos conceitos jurídicos, o estudo do significado do vocabulário próprio do direito, é tão vital para a compreensão da natureza deste, como os estudos históricos e sociológicos, ainda que não possa substituí-los; (b).- o segundo é o conceito de regra do direito.

(a) A gramática específica da legislação

Sobre o primeiro postulado, a filosofia analítica de Hart assume que as condições de possibilidade do conhecimento podem e dever ser identificadas nos contornos da linguagem. Nesse passo, o conceito de racional se refere a um atributo do entendimento com o qual o ouvinte consegue entender o falante. Algo como um raciocínio de causa e efeito

¹⁰⁰ vd. GUERREIRO, Mario A. L. Herbert Hart e a instauração da filosofia analítica do direito. *Crítica*. Londrina, v. 6, n. 22, p. 237-268, jan./mar. 2001, aqui especialmente as pp. 240-241 e MacCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Trad. Claudia Santana Martins. Rev. Carla Henriete Beviláqua. Apres. Dimitri Dimoulis. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 19.

aplicado à comunicação. Consoante a isso, um conceito, o sentido atribuído a um sinal, é obtido a partir da semântica da comunicação própria do direito.

Até então, os estudos filosóficos eram marcados pela tradição de se definir conceitos a partir das suas próprias implicações. Nessa linha, o esclarecimento conceitual consiste em substituir a expressão contendo o termo em jogo por uma expressão equivalente que não o contenha. Hart, por sua vez, tratou de produzir reflexões a partir de um contexto sentencial (semântico), ou seja: em vez de definir um “direito”, trata de esclarecer o que significa dizer: “A tem o direito x”, “B tem o direito y”, etc. Em que A, B, C, etc. representam titulares de direitos e x, y, z, etc. representam direitos determinados¹⁰¹.

Sob tais argumentos, Hart desenvolverá a tradução da teoria do direito para a concepção segundo a qual a razão prática é entendida a partir de “jogos de linguagem”. Se os conceitos existem na comunicação, seu uso comporta múltiplos significados, ele incorporou a metodologia de estabelecer as condições dentro das quais a sentença em jogo revela-se verdadeira ou falsa.

Vale esclarecer, pode-se conceber uma linguagem como ordinária ou como artificial. Uma linguagem artificial é estruturada por meio de um princípio da identidade e dos métodos da indução ou dedução. A linguagem ordinária assume outro pressuposto, um princípio do movimento. Conforme a teoria dos jogos de linguagem, esse jogo é aprendido conforme se joga (vive). Daí porque o sentido da eficácia social, da validade da regra, deixa de ser estritamente uma questão da sua presença formal no sistema, mas demanda em certa medida a análise da eficácia social, de discussão a respeito dos motivos ou razões¹⁰².

¹⁰¹ Pode-se identificar aqui a influência da obra “The Concept of Mind” de Gilbert Ryle sobre Hart. Nessa, Ryle desenvolve que a maneira como os filósofos abordavam a questão da existência e do funcionamento da mente era, em si, a fonte dos problemas que buscavam responder. A resposta então seria começar do zero com novas perguntas, vd. MacCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Trad. Claudia Santana Martins. Rev. Carla Henriete Beviláqua. Apres. Dimitri Dimoulis. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 26-7.

¹⁰² Hart integrou o corpo docente de Oxford e aproveitou também a segunda fase do pensamento de Ludwig Wittgenstein (1889-1951) desenvolvido na Universidade de Cambridge. Posto que esse tratou a filosofia em abordagem consonante a de J. L. Austin, precocemente falecido. O trabalho de Wittgenstein se tornou conhecido de modo geral com a publicação das “Investigações Filosóficas”. Nessas revê seu pensamento anteriormente esposado, não satisfeito com sua teoria “fotográfica” da linguagem exposta no “Tractatus”. Nas “Investigações” dirige sua atenção aos usos cotidianos da linguagem. Quando se fala uma linguagem, sustenta, não é para realizar uma série de reproduções verbais de “fatos”. Cada linguagem expressa uma forma de vida: a colaboração de indivíduos por compartilhar modos de ação estabelecidos por convenções entendidas comumente. Wittgenstein afirma que a

Nesse particular, houve o aproveitamento dos desenvolvimentos produzidos a respeito do enfoque performativo (realizativo) na Universidade de Oxford pelo professor John Langshaw Austin. Segundo o qual falar é fazer, diferenciando atos de meras descrições, porque nada descreviam, nada relatavam. Sobre o “performativo”, Austin apresentou uma teoria que transformava os atos em felizes ou infelizes, ligando o ato da fala a circunstâncias ideais de proferimento. Enquanto os enunciados constatativos possuem a propriedade de serem verdadeiros ou falsos, expressam conteúdo locucionário, os enunciados performativos são usados para desempenhar ações, ou melhor: ao proferir um destes enunciados há o desempenho de uma ação, como, por exemplo os efeitos de um “sim” dito diante de um juiz de paz ou de um sacerdote em cerimônia de casamento, expressa conteúdo ilocucionário. Então o conteúdo ilocucionário pode ser associado a uma finalidade específica e, nesse passo, expressar um conteúdo perlocucionário, segundo o qual o sentido da comunicação só é presente quando esclarecido o fim almejado.

A partir do esclarecimento sobre os usos da linguagem, os enunciados de regras ou das obrigações, podem ser avaliados como verdadeiros ou falsos, mas as condições de verdade desses enunciados decorrem da facticidade de determinadas práticas sociais. As proposições ilocucionárias (normativas), se diferenciam das proposições locucionárias (descritivas), uma vez que, as proposições descritivas utilizam o critério de verdade ou falsidade de modo diferente da proposição prescritiva (pela qual se distingue proposição verdadeiras e válidas de proposições falsas ou inválidas) e por isso o sentido adequado da norma jurídica só aparece com o juízo de interpretação.

No quadro das tradições recebidas, as regras sociais nada mais são que regularidades de conduta amplamente acatadas em determinada

perplexidade que o indivíduo sente sobre o significado das palavras pode ser eliminada se se pergunta a si mesmo: “Em qual ocasião, para qual propósito, diz-se isto?”. Seu propósito é mostrar que a função e o significado dos conceitos não pertencem a reino intangível da mente, mas são: “formas da vida humana” (vd. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Hart y la teoría jurídica analítica*. In.: HART, Herbert L. A. *Post Scriptum al concepto del derecho*. Editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. Universidad Nacional Autónoma de México: México, 2000, pp. XX-XXI; GUERREIRO, Mario A. L. Herbert Hart e a instauração da filosofia analítica do direito. *Crítica*: Londrina, v. 6, n. 22, p. 237-68, jan./mar. 2001, aqui especialmente p. 237-8 e p. 249). Nas palavras de Hart: “The rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact.” (HART, Herbert L. A. *The concept of law*. Oxford, 1961, p. 107 apud HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. Willian Rehg. Cambridge/Massachusetts: MIT Press, 1996, p. 202).

comunidade cujos membros assumem como justificada sua obrigação de submeter-se a essas¹⁰³. No âmbito da prática social, se há comunicação de algum modo com os demais, e se, como é o caso das formas mais elementares do direito, tem-se de expressar justificativas (fins) para que certo tipo de conduta esteja regrado por regras, então é necessário que as palavras gerais usadas tenham algum exemplo típico a respeito do qual não existam dúvidas sobre a aplicação daquelas: “Tiene que haber un núcleo de significado establecido, pero también habrá una penumbra de casos discutibles en los que las palabras no resultan obviamente aplicables ni obviamente no aplicables”¹⁰⁴.

Mas e quando o próprio significado do direito parece incerto? Isso porque, antes de expressar uma verdade moral, o direito racional moderno é explicado como constituído por palavras que desempenham pretensão de transmissão de sentido sobre um comportamento esperado e compreensível a partir dos propósitos (interesses), as disposições do direito possuem “textura aberta” (“open texture”)¹⁰⁵.

A textura aberta da norma pode ser estabelecida a partir de dois impedimentos: O primeiro consiste no conhecimento relativamente restrito que além pode chegar a respeito dos fatos efetivos e, por isso, ao estabelecer uma regra não se consegue prever todas as possíveis combinações dos sinais característicos de situações isoladas de aplicação; O segundo é associado à impossibilidade de antecipar experiências futuras¹⁰⁶.

¹⁰³ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge/Massachusetts: MIT Press, 1996, p. 195.

¹⁰⁴ HART, Herbert L. A. El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral. In. HART, Herbert L. A. *Derecho y moral: Contribuciones a su análisis*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Depalma, 1962, p. 25-6.

¹⁰⁵ Hart considera que a linguagem utilizada pelo direito é ordinária, não é formal, de modo que, pode haver problemas de penumbra (pela ausência de certeza quanto ao sentido correto a ser atribuído à regra). Nessa situação um julgamento poderia se valer de elementos externos, como a política, moral, economia. Vale destacar que o direito sempre é decidido após o problema ocorrer, assim, a ciência jurídica existe sempre a reboque da sociedade enquanto esta e a prática jurídica seguem adiante. O emprego da metodologia analítica levou Hart a considerar que as expressões mais gerais presentes no discurso jurídico (“direitos”, “deveres”, “regras”, “propriedade”, “acordo”, etc.) não são especificamente jurídicas: em geral são extraídas do meio corrente em que tem lugar a maior parte do discurso normativo, da vivência social. Por isto desenvolve a investigação das características específicas da moralidade envolvendo não só o direito como as boas maneiras e outras esferas normativas especiais. (GUERREIRO, Mario A. L. Herbert Hart e a instauração da filosofia analítica do direito. *Crítica*. Londrina, v. 6, n. 22, p. 237-268, jan./mar. 2001, aqui especialmente p. 243).

¹⁰⁶ O argumento da indeterminação da linguagem pode levar a afirmação de que as regras jurídicas não podem assumir a forma positiva, mas tão só a negativa, isso porque se uma teoria científica é verdadeira até que se prove que é errada, assim, nunca se terá a certeza se a teoria é correta, somente que não é falsa. Desse modo, só seria possível dizer que o comportamento é

A questão da textura aberta, no pensamento de Hart, define a eficácia jurídica como uma questão de “grau”. Veja o seguinte exemplo: em parque no qual é proibida a entrada de veículos, e o fiscal seria o primeiro juiz, surge a questão da amplitude do termo “veículo”. O fiscal é confrontado com situações de ter de interpretar a proibição, no que diz respeito aos carrinhos de bebês ou então aos carros eletrônicos das crianças, ou ainda, no caso de alguém passar mal e uma ambulância ser chamada para entrar no parque e efetuar o atendimento, ou então um taxi que vem para socorrer uma mulher em trabalho de parto, são todos “veículos”?¹⁰⁷.

Os “problemas da penumbra”, os casos difíceis, surgem fora do núcleo rígido de exemplos típicos ou de significado estabelecido. Se todas as regras de direito estão circundadas por uma penumbra de indeterminação, então a aplicação do direito não pode ser matéria de dedução lógica. O próprio Kelsen ao diferenciar a interpretação autêntica da não autêntica esclareceu que o raciocínio dedutivo não pode servir como modelo do que os juízes, ou em realidade qualquer outro sujeito, farão ao colocar os casos particulares sob regras gerais. Kelsen terminou afirmando a existência de certo decisionismo na prática jurídica.

Hart, por sua vez, afirma que as decisões jurídicas sobre questões de penumbra tem de ser racionais, mas que sua racionalidade tem que sustentar-se em algo distinto de uma relação lógica com as premissas. De tal modo, sim pode ser racional ou justificado sustentar e decidir que aos fins desta regra um avião não é veículo, porém esta alegação não será dotada de respaldo lógico.

O que significa precisamente dizer que um juiz é formalista? Um erro de formalismo é composto pela má compreensão do processo judicial derivada da ignorância frente aos problemas de penumbra, e que considera a interpretação presente no processo judicial como um

inadequado, nunca que é adequado, vd. POPPER, Karl R. *Conhecimento Objetivo: Uma abordagem evolucionária*. Tradução de Milton Amaro. São Paulo/Belo Horizonte: USP/Itatiaia, 1975, p. 18.

¹⁰⁷ HART, Herbert L. A. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. Na situação proposta por Karl Engisch, se numa determinada estação ferroviária instalar-se uma placa com os dizeres: “É proibida a entrada de cães”. À luz dessa, um agente ferroviário ao avistar uma pessoa trazendo um urso selvagem não poderia impedi-lo de adentrar ao prédio. Mas, um cego guiado por seu cão deverá ser impedido. Isso porque, para uma concepção formalista, a norma representa exatamente o que as palavras enunciam. A única hipótese de resultado diverso seria a existência de outra norma que excetuasse a aplicação da primeira (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001).

raciocínio dedutivo. Um juiz que tenha de aplicar uma regra a um caso concreto. Por exemplo, a regra de que não está permitido transportar um “veículo” subtraído cruzando a linha divisória entre dois estados. Neste caso, foi subtraído um avião. O juiz não adverte ou não é esperada sua advertência de que enfrenta uma decisão que não está controlada pelas convenções lingüísticas.

Esse juiz ignora ou não vê que se encontra na área da penumbra e que não está tratando com um caso típico. Toma o sentido que mais obviamente sugere a palavra ao homem comum, em contextos ordinários não jurídicos, ou bem toma um significado que a palavra tem recebido em algum outro contexto jurídico, ou, ainda pior, pensa em caso típico e de forma arbitrária destaca certos aspectos desse, como, no caso de um veículo, (1).- que se usa normalmente para andar pela superfície; (2).- que pode transportar um ser humano; (3).- que pode mover com propulsão própria; e trata estas notas como condicionantes sempre necessárias e suficientes para o uso da palavra veículo em todos os contextos, sem se preocupar pelas conseqüências sociais que resultam de assinar-lhe esta interpretação.

Esta eleição, que não é lógica, forçaria ao juiz coerentemente a incluir um automóvel de brinquedo, sempre que tiver propulsão elétrica, e a excluir as bicicletas e os aviões. Em tudo isto há possivelmente enorme estupidez, mas não mais nem menos lógica do que no caso da interpretação dada a um termo geral e a aplicação de alguma regra geral a um caso particular controlada conscientemente por algum objetivo social reconhecido¹⁰⁸.

O quê é que faz então com que tais decisões sejam corretas ou pelo menos melhores que as decisões alternativas? Ante a uma decisão feita de um modo tão cego - se merece o tal nome - tanto valeria aplicar a regra jogando ao ar uma moeda. Aqui, de novo, pode parecer que a racionalidade do direito só seria possível se esse fosse associado a algum conteúdo ético ou moral.

Porém Hart entende que não se trata de uma “intersecção necessária entre o direito e a moral”. Resulta que a demonstração dos erros do formalismo há de servir para aperfeiçoar a explicação a respeito da interpretação judicial. Em lugar de expressá-la dizendo que para que uma decisão judicial seja racional há de ser elaborada à luz de algumas concepções do que “deve ser”. Diz que os objetivos, os critérios de

¹⁰⁸ HART, Herbert L. A. El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral. In. HART, Herbert L. A. *Derecho y moral: Contribuciones a su análisis*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Depalma, 1962, p. 26-33.

conveniência social e os propósitos aos quais devem recorrer os juízes se suas decisões, não de ser racionais, devem ser considerados em si como partes integrantes do direito, em algum significado adequadamente amplo de direito.

O positivismo de Hart aceita que em sistemas jurídicos reais apareçam na regra de reconhecimento certos princípios morais, mas nega a existência de elo conceitual necessário entre o sistema jurídico e a moral. De fato, Hart assume o argumento de Kelsen a respeito da separação, reconhece que essa possibilita a crítica social frente ao direito. Nesse particular, a tese da separação torna todos responsáveis por rejeitar a hipótese de que a existência de qualquer lei pode em si determinar a questão de qual é a maneira correta de agir¹⁰⁹.

No lugar de afirmar que os casos difíceis demonstram a incompletude das regras jurídicas, e que se não servem para determinar uma decisão dos juízes, os quais se vêem instados a exercer atividade criadora entre alternativas, Hart afirma que os critérios de conveniência social aptos a orientar a eleição dos juízes estão ali para serem aplicados. Os julgadores devem se limitar a extrair da regra jurídica o que, se a entende adequadamente, está latente nessa.

Chamar a isto atividade criadora dos juízes ou legislação judicial, para Hart, é obscurecer alguma continuidade essencial entre os casos claros de aplicação da regra e as decisões na área de penumbra. Vale dizer, ele só admite atividade criadora dos juízes quando houver casos insolúveis com recurso às disposições do ordenamento. Somente no caso de lacuna deve o juiz elaborar a norma fazendo uso de seu poder discricionário¹¹⁰.

Então, ainda que aparentemente uma decisão judicial seja sempre alcançada por referência a alguma concepção do que “deve ser”. Hart não extrai daí que se esteja na presença de uma união do direito e a moral. Para ele a expressão “deve ser” reflete meramente a presença de algum padrão para a crítica. Um destes padrões é o moral, mas nem todos os padrões resumem-se ao moral. Pode-se dizer a alguém “não deve mentir” e isto pode ser, por certo, um juízo moral, mas há de se recordar que o envenenador frustrado pode pensar: “Devia ter-lhe dado

¹⁰⁹ vd. Cap. 9, do “Conceito de Direito” de Hart; e, MacCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Trad. Claudia Santana Martins. Rev. Carla Henriete Beviláqua. Apres. Dimitri Dimoulis. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 41.

¹¹⁰ HART, Herbert L. A. El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral. In. HART, Herbert L. A. *Derecho y moral: Contribuciones a su análisis*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Depalma, 1962, p. 34-5.

uma segunda dose”. Mas será julgado pelo resultado que produziu e não pelo que desejava produzir.

O ponto é este: as “decisões inteligentes” que podem ser opostas às formais não são necessariamente idênticas às decisões que podem ser defendidas com fundamentos universais. E, é exatamente por isso que houve a emancipação das considerações pragmáticas e éticas da moral. Pode-se dizer de muitas decisões: “Sim, está bem; é o que deve ser”, e significar com isso simplesmente que algum propósito ou algum critério aceito recebeu dessa maneira aplicação, sem haver a adesão moral do critério ou da decisão.

O contraste entre a decisão mecânica e a decisão inteligente é próprio do sistema jurídico justo ou injusto. Atenuar a distinção, afirmar misteriosamente que existe alguma identidade confusa entre o direito que “é” e o direito que “deve ser”, é sugerir que todas as questões jurídicas são fundamentalmente semelhantes a aquelas situadas na zona de penumbra. É afirmar que não existe nenhum elemento central do direito, nenhum “princípio geral do direito”, vigente que possa ser visto como um núcleo de significado central das regras, que na natureza de uma regra não existe nada incompatível com que todas as questões estão abertas a reconsideração à luz dos critérios da conveniência social. E, vaticina, por suposto que corresponde que o problema da penumbra deverá ser enfrentado. Mas ocupar-se da penumbra é uma coisa e ficar obcecado por essa é outra.

(b) O conceito de regra do direito

A sentença inteligente é definida por regras. Uma regra é composta pela proposição que define a sua própria hipótese de aplicação. Hart argumenta que se é verdade que a sentença inteligente sobre as causas que estão situadas na zona de penumbra não se faz de forma mecânica, mas à luz de propósitos, objetivos e critérios de conveniência, ainda que não necessariamente à luz de algo que deva ser chamado princípio moral, é sensato expressar este importante fato dizendo que deve-se abandonar a firme distinção dos utilitarista entre o direito que “é” e o direito que “deve ser”?

Talvez a pretensão de que é sensato fazê-lo não pode ser teoricamente refutada, porque essa é, de fato, um convite a revisar o conceito do que é uma regra jurídica. É um convite a incluir na regra os critérios de conveniência e finalidades à luz dos quais se decidem casos situados em sua zona de penumbra, e isso em razão de que estas finalidades também podem ser chamadas de direito, a exemplo do núcleo de regras jurídicas de significado estabelecido.

Mas ainda que um convite não possa ser refutado, pode ser recusado, e Hart apresenta dois argumentos para recusar o convite. Primeiro, tudo quanto se tem ensinado sobre o processo judicial pode ser exposto de outro modo menos misterioso. Pode-se dizer que as regras padecem de uma incurável insuficiência e que se tem de decidir racionalmente os casos da zona de penumbra tendo em mira fins sociais. Segundo, insistir na distinção dos utilitaristas é deixar de lado que o núcleo fixo de significado estabelecido é direito em sentido de algum modo centralmente importante, e que se bem há fronteiras, nem tudo é zona de fronteira. Se isto não for assim, a noção de regras que controlam as decisões dos tribunais careceria de sentido¹¹¹.

Desta sorte, quando aparece a afirmação de que a regra jurídica é uma proposição, pode-se entender que essa é composta por um conjunto de palavras que têm o significado de indicar uma ação pretendida em um dado contexto que será avaliado pelo intérprete, ou comunidade de intérpretes. Em outras palavras, não desrespeita as espécies de relações havidas entre os sujeitos: relação objetiva, relação subjetiva e relação intersubjetiva.

É sabido que, no “O conceito de direito”, Hart desenvolve que a validade da regra jurídica não pode ser explicada somente pela atuação da coerção estatal, posto que a crítica social ante aqueles que não observam o direito é difusa. Para tanto reformula a explicação do direito enquanto sistema dinâmico, redefine o significado da distinção entre regras primárias e secundárias e culmina com o estabelecimento de um sistema orientado pela idéia de autoridade de caráter social.

Na tradição anglo-saxã, John Austin associava o direito a um hábito de obediência do súdito para com o soberano. Então, o direito era explicado como ordem e a imperatividade era a característica essencial e específica do direito. Um imperativo, nessa linha, é uma expressão por parte de uma pessoa do desejo de que outra faça ou se abstenha de fazer algo, acompanhada por uma ameaça de que a desobediência será provavelmente seguida de castigo¹¹².

¹¹¹ HART, Herbert L. A. El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral. In: Hart, Herbert L. A. *Derecho y moral: Contribuciones a su análisis*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Depalma, 1962, p. 35-40.

¹¹² Nas palavras de Austin: “[a] command is distinguished from others significations of desire, not by the style in which the desire is signified, but by the power and the purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desire be disregarded” (AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 21, vd. SCHAUER, Frederick. Was Austin Right After All? On the role of sanctions in a theory of law. *Ratio Juris*. V. 23, n. 1, March 2010, pp. 1-21).

As ordens são normas jurídicas se forem gerais e emanarem de uma pessoa ou grupo de pessoas que recebem obediência habitual da maioria dos componentes da sociedade e que, por sua vez, não devem obediência a outros. Estas pessoas são seus soberanos. Assim, o direito é a ordem dos que ordenam sem receber ordens na sociedade, a criação da vontade juridicamente não limitada ao soberano, que está, por definição, fora do direito¹¹³.

Pode-se ver facilmente que está versão de um sistema jurídico é precária. Um exemplo pode ajudar a esclarecer, tome a situação de um assaltante que diz a sua vítima “a bolsa ou a vida” e o estado que define por suas leis a obrigação de que o cidadão pague tributo sob pena de sanção. Se o direito fosse tomado como ordem imperativa, a única diferença que poderia ser identificada nessas duas situações é que no caso de um sistema jurídico o assaltante se dirige a um número grande de pessoas que estão acostumadas a intimidação e habitualmente lhe prestam obediência. Por suposto o direito não deve ser entendido como um “revolver” na mão do estado, e a cobrança de tributos não é a atividade de assalto em escala maior, nem a ordem jurídica pode ser identificada com a compulsão¹¹⁴.

Uma teoria que explica o direito composto por comandos, não consegue explicar por exemplo a eficácia do direito em situações nas quais o próprio estado aparece como infrator às determinações jurídicas. Isso porque com o aumento da complexidade da vida social, o próprio estado moderno deixa de atuar exclusivamente como garantidor dos direitos subjetivos privados e passa participar das relações como sujeito de direito. Veja por exemplo, o caso das multas por infrações ao meio-ambiente lavradas contra a empresa estatal de petróleo, a Petrobrás. Essa é freqüentemente autuada e persiste nas práticas tidas como atentatórias ao direito ambiental.

Por perceber o dilema entre a definição da regra e órgão público que deve se sujeitar ao seu enunciado. Hart parte de argumentos funcionais e extrai do fático a distinção entre as regras primárias, as que enunciam as formas de ação ou comportamento socialmente desejável, e as regras secundárias, com natureza adjetiva, ou instrumental, para a disciplina de processos técnicos de identificação, de modificação e de

¹¹³ HART, Herbert L. A. El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral. In. HART, Herbert L. A. *Derecho y moral: Contribuciones a su análisis*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Depalma, 1962, p. 17-8.

¹¹⁴ HART, Herbert L. A. El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral. In. HART, Herbert L. A. *Derecho y moral: Contribuciones a su análisis*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Depalma, 1962, p. 18.

aplicação do direito e regras primárias aptas a determinar a conduta socialmente desejável.

Seguindo o exemplo encontrado em Guerreiro, um enunciado moral tal como: “Os pais têm obrigação de cuidar dos filhos” é verdadeiro se existe – na comunidade a que pertence quem a proferiu – a prática de que os pais têm a referida obrigação. E Hart acrescenta o enunciado expressa além do reconhecimento, o acolhimento de quem vivencia essa regra, seu desejo de ser guiado por ela e a exigência de que outros também sejam guiados. E é justamente este segundo componente, de caráter não-cognitivo, que expressa o elemento normativo do enunciado¹¹⁵.

A conduta exigida pela regra ainda que explicada em termos universais pode ser contrária ao dever. Aqui, o direito positivo pode e deve ser descrito sem referência a juízos morais, ainda que esse modo de análise possa ser avaliado como verdadeiro ou falso. Obrigações e deveres geralmente implicam em renúncia e por isso é freqüente que esses existam em conflito. Desta sorte, Hart considera que o problema da identificação do direito é totalmente independente da natureza, objetiva ou subjetiva, dos juízos morais ou da associação da legislação a esses¹¹⁶.

Consoante a isso, pode-se entender que Hart considera que a crença de que um indivíduo está sujeito a um determinado padrão de conduta – que tenha sido aceito e seja empregado para mediar sua conduta – não é o mesmo que ter um sentimento de compulsão interno, nem consiste em estar em certo estado emotivo. Expressar enunciados normativos também não equivale a dar ordens aos outros para fazer isto ou aquilo ou mesmo a “dar ordens para si próprio”,¹¹⁷.

Para Hart, os enunciados normativos podem ser empregados como exortações, recomendações, críticas, etc., mas o que há de comum nestes distintos atos de fala (“speech acts”), e que caracteriza a

¹¹⁵ GUERREIRO, Mario A. L. Herbert Hart e a instauração da filosofia analítica do direito. *Crítica*. Londrina, v. 6, n. 22, p. 237-268, jan./mar. 2001, aqui especialmente p. 245.

¹¹⁶ HART, Herbert L. A. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 109.

¹¹⁷ Sobre a idéia de autolegislação, Hart afirma que à primeira vista, a idéia de um indivíduo dar uma ordem para si mesmo parece algo tão insólito quanto dar uma ordem a quem, por sua natureza, não tem condição de obedecer: uma árvore ou a uma pedra. Mas que dizer quando um indivíduo – sem experimentar qualquer forma de coerção externa – impõe a si mesmo determinado padrão de conduta? Não estaria ele dando uma ordem para si mesmo? A ação do imperativo categórico kantiano pressupõe esta possibilidade de um indivíduo dar ordens para si mesmo ou, mais precisamente, da consciência moral individual se impor em relação a apetites e inclinações provenientes da consciência. Desta sorte, o esclarecimento do conceito de regra visa superar o aparente paradoxo.

normatividade dos enunciados jurídicos, é que eles expressam – para aquele que os emite – o reconhecimento e o acolhimento de determinado padrão de conduta¹¹⁸.

Alguém pode entregar dinheiro a um assaltante por se entender “obrigado” para não sofrer conseqüências desagradáveis. Em tal caso ante ao que poderia acontecer-lhe pareceu-lhe que conservar o direito é uma ação menos preferível. Então, o sentir-se obrigado possui um sentido psicológico. De outra sorte, o “estar obrigado” remete à “forma jurídica”. Essa expressa uma situação social distinta, que diferente da situação do assaltante, inclui a existência de regras sociais. Essas existem em combinação de conduta regular com uma atitude distintiva dessa conduta enquanto pauta o modelo de comportamento que denota a presença de “regras”¹¹⁹.

Desta sorte, no sistema hartiano o comportamento não é exclusivamente orientado pela sanção, ou cálculo de risco de receber um castigo. Isso porque, para se institucionalizar o sistema legal considera a existência de regras secundárias capazes de auto-aplicar o direito na medida em que institui e confere poderes de autoridade para elaborar, aplicar e implementar o direito.

Isso porque, apesar dos pontos de óbvia analogia que existem entre regra jurídica e ordem, este esquema omite alguns dos elementos mais característicos do direito. Deixe que sejam citados uns poucos. É equivocado conceber uma legislatura (e com maior razão a um eleitorado), de composição cambiante, como um grupo de pessoas habitualmente obedecidas: esta idéia simples se adéqua somente a um monarca que tenha reinado o suficiente para que se gere um “hábito”. Deixada de lado essa objeção, nada do que os legisladores fazem é direito, a menos que dêem cumprimento a certas regras fundamentais aceitas, que especificam os procedimentos básicos da legislação¹²⁰.

Herbert Hart aponta um segundo defeito na explicação da norma como “imperativo”. O quadro da vida sob o direito que essa teoria pressupõe é o de uma simples relação entre aquele que ordena e os que recebem ordens, entre o superior e os inferiores, entre a parte de cima e a parte de baixo; se estabelece uma relação vertical entre os que dão

¹¹⁸ GUERREIRO, Mario A. L. Herbert Hart e a instauração da filosofia analítica do direito. *Crítica*. Londrina, v. 6, n. 22, p. 237-268, jan./mar. 2001, aqui especialmente p. 250-1.

¹¹⁹ HART, Herbert L. A. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 103-6.

¹²⁰ HART, Herbert L. A. El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral. In. HART, Herbert L. A. *Derecho y moral: Contribuciones a su análisis*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Depalma, 1962, p. 18-9.

ordens, ou seja os criadores do direito, concebidos como essencialmente fora dele, e aqueles que recebem as ordens e que estão submetidos ao direito. Neste quadro não há cabimento, ou só há em forma acidental e subordinada para distinção entre regras jurídicas que são de fato radicalmente diferentes.

Identifica, então, a presença de duas classes de regras. Algumas regras obrigam aos homens a atuar de certo modo ou a abster-se de atuar, queiram ou não. O direito penal é constituído em grande parte por normas deste tipo. Da mesma maneira que os imperativos essas regras são simplesmente “obedecidas”, ou “desobedecidas”.

Mas há outras regras jurídicas que se apresentam à sociedade de modo diferente e que tem funções distintas. Essas acordam possibilidades mais ou menos elaboradas para que os indivíduos criem estruturas de direitos e deveres para fins da condução da vida dentro do quadro coercitivo do direito. Tais são as regras que habilitam aos indivíduos celebrar contratos, outorgar testamentos, instituir pessoas jurídicas, em geral, para moldar suas relações jurídicas com os demais.

As regras secundárias, diferentemente das do direito penal (regras primárias), não são fatores endereçados a prevenir desejos e condutas de natureza anti-sociais. Pelo contrário, essas regras facilitam a realização de desejos e eleições. Essas não determinam (como os imperativos) “faça isto queira ou não”, mas são estabelecidos como estruturas que definem espaços de ação: “se fizer isto, será sancionado com aquilo”.

Então, o direito define comportamentos, se desejar fazer algo, eis aqui a maneira de fazê-lo. De acordo com estas regras os direitos são feitos valer a partir da vontade dos sujeitos. Essas são regras que estão, por assim dizer, colocadas à disposição dos indivíduos de um modo que não aparecem nas normas primárias.

Muito esforço se voltou para a tarefa de reduzir as regras desta segunda espécie (secundárias) a alguma variante complexa das regras da primeira classe (primárias). O esforço para demonstrar que as normas que conferem direito são em realidade só estipulações condicionais de sanções a serem impostas sobre aqueles que se encontrem sob um dever jurídico caracteriza boa parte da obra de Kelsen¹²¹.

Se aceito que uma regra jurídica é composta por estrutura proposicional que define uma obrigação a partir de procedimentos socialmente reconhecidos e que expressa pretensão de ver realizado o

¹²¹ HART, Herbert L. A. El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral. In. HART, Herbert L. A. *Derecho y moral: Contribuciones a su análisis*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Depalma, 1962, p. 20-2.

conteúdo ilocucionário, pode-se considerar que, esse conteúdo pode ser enunciado mediante um ou mais sinais entre si correlacionados.

Diferente de Kelsen, para quem a norma secundária é entendida como a prescrição que determina a atuação da sanção por parte do estado, no pensamento de Hart as regras primárias estatuem obrigações para os sujeitos e as regras secundárias estabelecem poderes e dizem respeito à identificação, alteração e aplicação das regras primárias. As regras primárias impõem um determinado comportamento socialmente exigível a categorias de pessoas ou à totalidade dos cidadãos. Enquanto as regras secundárias são faticamente determinadas e surgem a partir de deficiências do sistema que não podem ser atendidas pelas regras primárias¹²². Tais regras secundárias abrangem três tipos de normas: de reconhecimento, de modificação e de julgamento.

A exemplo de Kelsen, também para Hart, a validade é uma “categoria social”¹²³. Faz uso desse termo porque, para ele, a explicação

¹²² Seguindo Hart a explicação dinâmica com o estabelecimento da diferenciação das regras primárias e secundárias decorre de três deficiências do sistema jurídico composto exclusivamente por normas primárias: A primeira deficiência é a incerteza. Não há como resolver as dúvidas acerca da existência de uma regra. As regras de obrigação não podem indicar o modo de identificação das regras que são vigentes para o grupo. Para sanar esse defeito, faz-se necessário uma regra de reconhecimento que determine as características que uma regra deve apresentar para ser considerada vigente. Um segundo defeito é o caráter estático desse sistema. O único modo de alteração é a evolução gradual por meio da mudança nos hábitos do grupo. Não há como introduzir novos padrões de comportamento, pois as regras de obrigação não indicam nem a autoridade nem o procedimento que permitiriam introduzir novas regras. Esse defeito é superado com a adoção de regras de alteração, que facultam a uma autoridade legislativa, a introdução de novos padrões de comportamento. Um terceiro defeito é a ineficácia da pressão social difusa pela qual são mantidas as regras da comunidade. Como as regras de obrigação não indicam uma pessoa ou conjunto de pessoas que estejam investidas de poder para aplicar sanções àqueles que violam a regras, surgem dois graves inconvenientes: a perda de tempo por parte do grupo, que fará uma série de esforços não-organizados no intuito de manter as regras, e a escalada de violência provocada pela autotutela. Essa deficiência é superada com a aceitação de regras de julgamento que confiem a um órgão a função de determinar se uma regra foi violada e a sanção para os culpados (HART, Herbert L. A. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 115-6; vd. BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 112-3).

¹²³ Poderia haver uma norma fundamental que dela seria deduzida as outras normas? Kelsen propõe o seguinte silogismo: se a Constituição existe e é eficaz então é um dever obedecê-la. Hart assume um raciocínio similar quando afirma que a norma existente é a elaborada pelo Parlamento e aprovada pela Rainha. O dado característico desses argumentos é que essas premissas são factuais, ou seja aspiram ser a reprodução do que de fato ocorre. Consoante a isso, uma das preocupações deve ser a de diferenciar a regra de reconhecimento de Hart da norma fundamental de Kelsen. Esta última, como Kelsen não cansa de repetir, é uma norma pressuposta. Em sua teoria geral do direito, Hans Kelsen objetivou formular um conceito do direito além dos limites éticos e sociais da era moderna. De tal sorte, a sua explicação da relação jurídica, por exemplo, supõe um contexto neutro e o direito enquanto sistema. Hart, por

sistêmica do direito também visa responder a ao problema de quais são as regras jurídicas de um determinado grupo social? A resposta dessa pergunta aparece com uma modalidade de regra secundária, a “regra de reconhecimento”, a qual especifica os critérios de validade aceitos faticamente pelo grupo. Esses dizem respeito, substancialmente, ao modo faticamente aceito de produção das regras.

Da divisão das regras Hart extrai que a formulação do sistema do direito pode ser desenvolvida em duas perspectivas: a do participante e a do observador. Ambas aparecem como perspectivas de reflexão sobre a vigência e eficácia do direito, enfim de sua validade. Para esclarecê-las, Neil MacCormick relembra uma antiga anedota: “O quê Deus nunca vê, o Rei vê raramente e as pessoas comuns vêem todos os dias?” a versão oficial da resposta: “seu igual”.

Há também uma versão irônica: “uma piada”. A piada gira em torno do ponto de que em relação à descrição de objetos, uma descrição produzida por alguém que não os utilizou, somente considerando sua aparência ou sons produzidos, conduz a uma classe de percepções. Por outro lado, a aparência não é o todo da realidade humana, nem a descrição física mais meticulosa de cada engrenagem e de suas interconexões, nem mesmo com o acréscimo da mais meticulosa descrição de cada ato relacionado ao objeto equivaleriam uma compreensão, do fato crucial, sua função¹²⁴.

Somente o participante sabe (ou consegue identificar), enquanto o observador não sabe (ou não tem como identificar com segurança). Veja o exemplo: um manual de regras sobre o jogo de futebol esclarece o que não pode ser feito, o que pode ser entendido por falta, estabelece as regras de impedimento, ... Mas, não determina o objetivo de “roubar a bola do adversário”. Imagine o absurdo que seria se alguém se pusesse a

sua vez, percebe que o ente estatal além de garantir os ajustes entre os sujeitos, também participa das relações como parte. Hart reconhece que em certos pontos seu pensamento se assemelha ao desenvolvido por Kelsen, porém, adota terminologia distinta por discordar de alguns de seus postulados. Sobre a questão da existência duma regra de reconhecimento e de seu conteúdo, isto é, quais são os critérios de validade dum sistema jurídico determinado, Hart trata como uma questão empírica, ainda que relativa a fatos complexos. Remete aos feitos, isto é, à prática efetiva dos tribunais e funcionários do sistema ao identificar o direito aplicável ao caso concreto. A terminologia de Kelsen, segundo a qual a norma básica é qualificada de “hipótese jurídica”, de “hipotética”, de “regra última postulada”, ... obscurece, se não contradiz, a argumentação de Hart; vd. HART, Herbert L. A. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 310-1; BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 115-6.

¹²⁴ MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 360.

jogar futebol considerando que cada um dos jogadores teria a sua vez de fazer o gol. Em tal leitura, ninguém deveria roubar a bola do adversário, pois “roubar é errado”.

Outro argumento que auxilia na compreensão da distinção entre o participante e o observador parte da ilustração de que a maioria dos veículos pára no semáforo quando a luz está vermelha e pode-se dizer que em boa parte desses, seus motoristas, mexem no rádio. A partir dessa descrição pode-se afirmar a existência de uma regra obrigando parar no semáforo quando a luz está vermelha? E quanto ao rádio? Em síntese, os citados argumentos estabelecem que a existência (ou não) da regra ainda que possa ser identificada com a moral, não é expressa pela mera observância, mas do reconhecimento social da regra e o resultado pode ser diferente segundo se adote a perspectiva de um participante ou de um observador¹²⁵.

Adota a perspectiva do participante aquele sujeito que aplica o sistema, participa na argumentação sobre o que neste sistema jurídico está ordenado, proibido e permitido ou autorizado. No centro dessa perspectiva se encontra o juiz. Adota a perspectiva do observador aquele que não pergunta qual é a decisão correta em determinado sistema jurídico mas como se decide de fato em determinado sistema jurídico. Vale esclarecer, a perspectiva do observador expressa a existência da regra registrada por alguém que não a utiliza para firmar relações jurídicas. Exemplo: “No Brasil é reconhecido como direito qualquer lei sancionada pelo Presidente com observância do procedimento legislativo constitucionalmente definido”.

Porém, um observador não sabe distinguir o que se pratica por rotina, ou conveniência, daquilo que é feito por obrigação. Por oposição a esse, alguém que está submetido a regra, mas constata a sua aplicação em determinado contexto, irá expressar o seu ponto de vista do participante com o seguinte enunciado: “O direito dispõe que...”. Essa abordagem estabelece a compreensão da regra que decorre da prática

¹²⁵ HART, Herbert. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 128-9. Hart destacou ainda a distinção entre liberdade legal e o valor desta para os indivíduos, da qual também se serviu Rawls. No exemplo de MacCormick: “Uma lei assegurando a liberdade de imprensa, ..., pode ser estruturada em seus termos de forma a ser absolutamente universal e, assim, conferir uma liberdade idêntica e igual a todos os cidadãos. Mas, na verdade, essa liberdade significará mais e terá mais valor para aqueles que foram alfabetizados graças à educação e que podem comprar livros e jornais e ter tempo livre para lê-los do que para aqueles que não possuem qualquer um ou nenhum desses benefícios. Aqueles que possuem e controlam jornais e editoras são, por outro lado, ainda mais favorecidos”. MacCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Trad. Cláudia Santana Martins. Rev. Carla Henriete Beviláqua. Apres. Dimitri Dimoulis. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 22.

social. No comportamento uniforme e regular que um observador poderia registrar. A primeira afirmação é uma afirmação do observador: expressa um fato; a segunda é uma afirmação do participante: expressa uma regra social¹²⁶.

Pode-se exemplificar as distintas motivações que informam o observador e o participante lembrando que o Código de Trânsito brasileiro determina que os motoristas parem quando o semáforo está vermelho e isto é certo na visão do teórico. Porém, em algumas localidades não é seguro parar em semáforos de madrugada (há o risco de assalto). Logo, na perspectiva do participante o adequado é, com cautela, passar no sinal vermelho. Entender de modo diverso, acarretaria na impossibilidade de se conceder recurso da multa sob considerações de que o motorista que avança o sinal vermelho sob alegação de auto-preservação, deve estar disposto a pagar a multa, pois em seu juízo o dispêndio do valor da multa é um mal menor do que ser assaltado.

Outra situação que indica as diferentes perspectivas surge quando se recorda o caso do “surfista de trem” que durante a sua prática cai da condução e tem sua perna decepada. Considerando que o ato de seguir sob a cabine do trem consiste em infração de trânsito punível com multa e considerando que pessoas portadoras de deficiências físicas (não importando sua origem, mas tão só o estado de carência econômica) são beneficiárias de prestações por parte da previdência social.

Argumenta-se: na visão do formalismo esse sujeito que perdeu a perna em infração de trânsito deve ser multado pela prática do ilícito administrativo. Na perspectiva do participante poderá parecer paradoxal que o estado aplique uma sanção pecuniária a quem já sofrendo de consequência física decorrente da conduta proibida é sustentado por benefício previdenciário provido pelo mesmo estado.

Por conseguinte, a regra de reconhecimento não é pressuposta, mas envolve dois pressupostos: a aceitação por parte daquele que faz um juízo de validade da regra; em segundo, a aceitação de tal regra por parte dos estudiosos do sistema. Essas “pressuposições” formam o contexto normal da regra de reconhecimento¹²⁷. A qual descreve como o direito é faticamente produzido e explica sua legitimidade, mais uma vez, com recurso às suas qualidades formais de universalização. Deste modo, a

¹²⁶ HART, Herbert. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 128-9.

¹²⁷ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 116.

produção do direito é submetida a regras aptas a dar conta à tensão existente entre a facticidade e a validade do direito.

Mas, vale insistir, no contexto da diferenciação de Hart as duas esferas não são estanques. Enfim, no contexto da diferenciação entre afirmações do participante e do observador, Hart situa o problema da validade jurídica. A afirmação da validade de uma regra pode ser um problema de alguém que participa do sistema.

Essa significa declarar que a regra corresponde aos critérios técnicos mediados por elementos sociais ou éticos expressos pela regra de reconhecimento. Ou de alguém que a observa, quando a regra de reconhecimento é constituída pela constatação de uma prática de identificação do direito por estudiosos do sistema, a qual é aceita pela generalidade dos cidadãos. Nesse sentido, as lições encontradas nas faculdades de direito são exemplos da abordagem do observador¹²⁸.

Hart afirma que a correta compreensão do conteúdo das regras (a norma) só é possível tendo presente a adequação sistêmica, a um juízo de correção captado das convenções sociais compartilhadas. Consoante a isso, justificar um ato “x”, consiste em dizer que é correto e adequado fazer “x”.

Porém, tendo presente que o conceito de justiça é extremamente controvertido, Hart termina por afirmar que os juízes precisam “fazer justiça de acordo com a lei”, não a justiça pura e simples. Nesse ponto se socorre em John Rawls e opera a distinção entre o conceito de justiça e concepções específicas de justiça. Talvez por isso não tenha se preocupado em tratar dos elementos cognitivos e volitivos que podem influenciar a abordagem do participante¹²⁹.

Cumprido esclarecer, Hart no “O Conceito de Direito” assume expressamente o intento de refletir filosoficamente sobre o conceito de

¹²⁸ Por entender que falta à explicação do ponto de vista interno oferecida por Hart desenvolvimento sobre elementos psíquicos internos do agente, Robert Alexy, afirma que essa classificação é ambígua. Desta sorte, Alexy destaca que a “obediência” exigível frente a normas jurídicas pode alcançar simplesmente o comportamento externo como pressupor determinados conhecimentos ou motivos que são dados para que possa se falar da obediência; vd. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 32 e 87.

¹²⁹ MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins fontes, 2006, p. 93 e 368. MacCormick considera que embora os elementos psíquicos não estejam excluídos da explicação desenvolvida por Hart, este tampouco os desenvolveu ou destacou. Nesse sentido, deixa de lado a interpretação de que o aspecto interno pode perquirir sobre o estado psíquico do participante e considera que o conceito interno refere-se a aspectos de adequação sistêmica, enquanto que reserva a abordagem externa a elementos de justificação do conteúdo identificado na regra jurídica. (vd. MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 359-81).

direito. Nesse sentido, a distinção entre perspectiva externa e interna reproduz o dualismo presente na filosofia do direito, voltado para justiça, e a teoria do direito, voltado para a determinação das regras.

Dworkin, por sua vez, nega que Hart tenha conseguido realizar uma neutra descrição da prática legal, pelo contrário vê ali uma interpretação da prática jurídica com pretensões de justificá-la na perspectiva do participante: ... “show why the practice is valuable and how it should be conducted so as to protect and enhance that value”¹³⁰. Então, nega a própria classificação proposta por Hart de teoria geral do direito na perspectiva do participante e na perspectiva do observador¹³¹.

Em sua contribuição final, no pós-escrito ao “O Conceito de Direito”, Hart responde a Dworkin, considerando que as suas formulações convergem. Ainda que sob argumentos distintos, ambos tratariam os mesmos problemas na perspectiva do observador e se complementam. Identifica que o termo “teoria geral do direito” na obra “O império do direito” também é utilizado para designar um conjunto de estudos gerais acerca do direito enquanto sistema, ou seja, de um ordenamento, que não se limita à mera exposição das regras vigentes em uma comunidade determinada. Entretanto, Hart reconhece que em seu livro não desenvolveu uma teoria da argumentação jurídica e que devia ter melhor esclarecido o papel dos princípios nessa. Dworkin, por sua vez, sustenta não conseguir ver como convergentes propostas que produzem resultados tão distintos quando aplicadas às questões concretas¹³².

Deve-se reconhecer que a teoria do direito de Hart, se propõe a descrever o sistema jurídico fechado a determinações normativas externas, restando plenamente vinculado às suas próprias determinações. Tal formulação respeitaria a divisão de poderes do estado de direito e garantiria o princípio da segurança. Porém, apresenta um tipo de direito decisionista, uma vez que esclarece a legislação, mas não a jurisdição.

Para Hart o direito ainda que expresso em linguagem ordinária permanece como construção artificial. É uma linguagem construída a partir de uma regra de reconhecimento, que pode conter elementos

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 24, n. I, pp. 1-37, 2004, aqui especialmente p. 2.

¹³¹ Sobre a teoria da verdade vd. DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: you’d better believed it. *Philosophy & Public Affairs* 25, no. 2, pp. 87-139, Spring, 1996.

¹³² vd. HART, Herbert. *Post Scriptum al concepto del derecho*. Editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. Universidad Nacional Autónoma de México: México, 2000, especialmente pp. 14 e 38 e DWORKIN, Ronald. Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 24, n. I, pp. 1-37, 2004, especialmente pp. 1-5.

normativos, mas tal conexão não é apresentada como necessária. Reside aqui uma das dificuldades dessa teoria, como denunciado pelo “Critical legal studies” os termos jurídicos são originadas de múltiplas fontes, por vezes contraditórias¹³³, e sua linguagem comporta múltiplos significados, de modo que, como anteriormente definido por Aristóteles, as regras não conseguem definir de modo certo sua hipótese de aplicação.

Nesse quadro, o final de um longo processo de desencantamento das ciências sociais, de um lado, a teoria sociológica do sistema acabou com os derradeiros vestígios de normatividade do direito racional. Do ângulo sociológico alienante, o direito, que se retirou para um sistema autopoietico, é despido de todas as conotações normativas, que se referiam, em última instância, à auto-organização de uma comunidade de direito. Do lado da teoria do direito, a identificada textura aberta das regras, ou seja, do caráter da regra existente não ser suficiente para a exata definição do caso, os juízes terminam por atuar de acordo com sua própria discricionariedade. Nesses casos, preenchem a margem de indeterminação com conteúdo extra-legal de sua preferência e orientam suas decisões, se necessário, com conteúdos morais não contemplados pela autoridade legisladora¹³⁴.

Sob a descrição de um sistema especializado, o direito só pode reagir a problemas próprios, que podem, quando muito, ser provocados a partir de fora. Por isso, esse não pode levar a sério nem elaborar problemas que oneram o sistema da sociedade como um todo. Ao mesmo tempo, esse precisa, de acordo com sua Constituição autônoma, desempenhar todas as tarefas servindo-se de suas próprias fontes¹³⁵.

A indiferença recíproca entre o direito e outros sistemas funcionais da sociedade não coincide com as interdependências empiricamente observáveis. Ao se insistir na descrição autopoietica do sistema jurídico, a comunicação sobre o que seja jurídico e antijurídico perde o seu sentido social-integrador. Não há como supor que as normas

¹³³ A pluralidade de fontes leva a situações insólitas. Veja-se: De acordo com a Portaria do Ministério da Previdência Social n. 350 de 30/12/2009 o valor do auxílio reclusão a ser pago para a família sem condições de prover seu sustento face a prisão do seu arrimo é de R\$.-798,30 (setecentos e noventa e oito reais e trinta centavos). Valor superior ao salário mínimo federal somado ao “bolsa família”. De sorte que, aparentemente para o pai de família carente afrontar a lei pode levar a aumento da renda familiar. (fonte: Jornal de Londrina, disponível em <http://portal.rpc.com.br/jl/edicaoodia/conteudo.phtml?id=972697> consultado em 11/02/2010).

¹³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. Willian Rehg. Cambridge/Massachusetts: MIT Press, 1996, p. 202-3.

¹³⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I., p. 76.

e os atos jurídicos possam ser processos de entendimento motivados racionalmente no interior de uma associação de membros do direito. Na medida em que a função integradora do direito seja descrita como realização sistêmica, passa a ser assimilada ao modelo de uma socialização não intencional. Com isso, as próprias pretensões de validade e os argumentos expressos em discursos jurídicos perdem seu valor intrínseco. A função dos argumentos jurídicos consiste em elevar o nível de aceitação real de decisões motivadas, diminuindo o seu caráter de surpresa.

Na visão do observador, aquilo que conta aos olhos dos participantes como institutos jurídicos encolhe-se, assumindo o formato de ficções. Sob ponto de vista funcional, só contam os efeitos perlocucionários, que podem ser visados com argumentos: esses são meios com os quais o sistema jurídico se convence das próprias decisões. Quando, porém, os argumentos não encaixam mais na cultura argumentativa, como Luhmann designa, transforma-se em enigma¹³⁶.

A despeito das críticas, a obra de Hart permite que a teoria geral do direito siga para uma nova ordem de problemas. Isso porque, fixado o problema da justificação do conteúdo atribuído (ou a ser atribuído) a uma norma por meio da “norma de reconhecimento”. Essa pode ser identificada a partir da inteligência que resulta de exigências funcionais. Nesse caso, abre-se espaço para duas reflexões: (1).- a reflexão acerca do problema de como determinar a norma aplicável ao caso concreto, sendo inevitável uma referência a um discurso no âmbito do aplicação; e, (2).- como o participante pode entender o sentido de melhor compreensão do conteúdo das normas¹³⁷.

O enfrentamento desses problemas, que apareceram anteriormente na sociologia de Max Weber, exige a reinterpretação das justificativas a respeito da legitimação social do direito e pode auxiliar o resgate da normatividade perdida do direito. Então, no “Direito e Democracia”, Habermas recorrerá à teoria sociológica de Talcott Parsons¹³⁸ para lembrar que, na Antigüidade o direito existia interligado a outros complexos normativos permanecendo difuso, mas com a

¹³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 74-5.

¹³⁷ O primeiro problema derivou na seqüência de obras na perspectiva de aplicação, por todas cite-se: “Levando os direitos à sério” de Ronald Dworkin. O segundo problema reavivou a discussão a respeito da relação direito e moral passando pelo conceito de justiça, v.g., “Uma teoria da justiça” de John Rawls.

¹³⁸ PARSONS, Talcott. *Sociedades: perspectivas evolutivas e comparativas*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1969.

instituição do estado-nação houve a configuração de processos jurisdicionais de imposição de um direito estruturado na separação de poderes formatados hierarquicamente em cargos e funções e legitimado através da forma jurídica do exercício administrativo do poder.

É certo que, a progressiva inclusão dos indivíduos à sociedade pode ser creditada ao universalismo moral sustentado por Kant e que as formas tradicionais de comunidade modernizam-se na figura de uma sociedade civil que se distancia dos próprios sistemas culturais. Como evidenciado por Parsons, esses processos de diferenciação acarretam em que, os complexos interacionais que antes eram resolvidos eticamente, na base do costume, da lealdade ou da confiança, agora são reorganizados de tal maneira que os participantes em litígio podem apelar para pretensões de direito. Consoante a isso, há a universalização de um status de cidadão, dotado de direitos de participação política definidos como direitos fundamentais e protegidos pelos espaços públicos de comunicação estabelecidos por meios de comunicação de massas. Da positivação do direito segue para a racionalização das bases de sua legitimação¹³⁹.

Enquanto, na análise de Parsons, os sistemas de direito são marcados pela generalização e concretização do status de cidadão. De sorte que, destaca a importância da distribuição das oportunidades de educação e da superação do saber cultural derivado das estruturas de classe. Enfim, de uma igualdade cidadã efetivamente posta em prática¹⁴⁰.

A partir dessas considerações Habermas enxerga que as regras do direito moderno só conseguirão estabilizar as expectativas de comportamento de uma sociedade complexa, que inclui “mundos da vida” estruturalmente diferenciados e subsistemas funcionalmente independentes, se mantiverem a credibilidade da pretensão de solidariedade herdada. Parece possível identificar, assim, que o direito tem por função atuar como correia de transmissão de uma inclusão social justificada em duas classes de pressupostos. De um lado pressupostos funcionais, a institucionalização de um sistema econômico regulado pelo mercado e, de outro, normativos, a garantia de determinadas liberdades subjetivas particulares. Nessa ordem, a instituição de direitos sociais sob aspectos funcionais justificou a

¹³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 104-5.

¹⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 105.

instauração do “estado de bem estar social” e do ponto de vista normativo garante pretensão de acesso a uma justa participação na riqueza social.

Porém, a explicação de Parsons não esclarece como evitar o risco de que tais bases políticas da afirmação da autonomia cidadã sejam deturpadas:

... tanto as liberdades subjetivas, como as garantias sociais, podem ser tidas como um base jurídica para a autonomia social que torna possível uma defesa efetiva dos direitos políticos. Entretanto, aí se trata de contextos empíricos, não de contextos conceitualmente necessários. Pois direitos de liberdade e de participação podem significar igualmente a renúncia privatista de um papel cidadão, reduzindo-se então às relações que um cliente mantém com administrações que tomam providências¹⁴¹.

Nesse ponto, Habermas se desliga da explicação sistêmica de Parsons e, para evitar tal mutilação, afirma que o conteúdo de cidadania deve ser reconstruído em termos normativos, o que possibilitará a revisão dos conceitos do sistema do direito e dos princípios do estado de direito a partir da teoria do discurso. Como será desenvolvido no próximo capítulo, essa compreensão do direito contempla que os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação democrática da opinião e da vontade são a fonte de legitimação que permanecem disponíveis para sociedades cujos saberes se autonomizaram.

¹⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 109. Sobre a teoria sociológica de Parsons e a crítica de Habermas vd. INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1994.

CAPÍTULO 2 – A RECONSTRUÇÃO DA NORMATIVIDADE DO DIREITO

2.1 Considerações Iniciais

Este capítulo refaz o percurso da leitura de Habermas sobre o resgate da normatividade do direito que ganha impulso a partir de 1971, com a publicação de “A Theory of Justice” de John Rawls. Inicia com a reflexão de Habermas sobre a formulação kantiana do direito natural racional e culmina com a leitura crítica de Ronald Dworkin. Nesse passo, continua a argumentação habermasiana com o propósito de estabelecer um nexó conceitual entre estado de direito e democracia na perspectiva do participante.

2.2 A Fundamentação Normativa do Direito

Na antigüidade¹⁴² as leis, o direito sancionado pelo estado, e a administração, ou poder do estado organizado juridicamente, surgem simultaneamente, na forma de poder político originado na natureza ou na divindade. Enquanto os antigos fundamentavam a ação social alternativamente: ou na revelação carismática, ou na aplicação do direito por “notáveis” ou pela associação a um conteúdo compartilhado pela comunidade. A aplicação das normas sociais competia aos notáveis, aos anciãos do clã, aos magos e sacerdotes, àqueles que em virtude de seu conhecimento das forças mágicas, eram os únicos que conheciam, ou não podiam deixar de conhecer, determinadas regras técnicas de trato com as forças supra-sensíveis o que lhes possibilitava o acesso às normas.

Os modelos de fundamentação presentes na antigüidade possibilitavam conhecer as normas e interpretá-las chegando à única resposta correta de acordo com os usos, com o “ethos”. Ao tempo em que os sujeitos não se autocompreendiam como competentes para criá-las¹⁴³. Naquele momento a estrutura era precária, não havia tribunais,

¹⁴² Para efeitos deste texto, se considera por antigüidade o período histórico que se estende desde a invenção da escrita (4.000 a.C.) até o início da Idade Média (séc. V). A Idade Média transcorre do séc. V e perdura até o séc. XV. A modernidade segue do séc. XVI até o XVIII e foi sucedida pela Idade Contemporânea (final do séc. XIX até o presente).

¹⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1a. ed, reimp., Madrid, Taurus, 1988, p. 333-4. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, 103; id., v. II, p. 233-234.

nem processos judiciais, os conflitos internos se sujeitavam à vingança privada (desafio), ao misticismo, com a invocação ritual de forças mágicas (oráculo) e a mediação de um árbitro, os quais se apresentavam como equivalente pacífico para a violência e a feitiçaria. O árbitro que não detinha jurisdição, nem podia conferir imperatividade para suas decisões, tinha sua atuação associada a vontade das partes em consonância com os deveres oriundos da tradição¹⁴⁴.

Desta feita, a concepção da ação em sociedade não distinguia entre legislação “interna” e “externa”. Os antigos não desenvolveram uma normatividade própria do direito, posto que o conceito de norma jurídica era confundido com deveres ou valores. E, no tempo em que o agente se via obrigado por deveres costumeiros ou religiosos, o direito, a exemplo da estrutura prevista para deveres, podia assumir estrutura positiva.

Moral, direito e religião eram fundados em gênese comum. De sorte que, não havia diferenciação possível entre os ditames morais ou jurídicos, nem quanto à origem, estrutura e muito menos quanto ao modo de aplicação¹⁴⁵. O conceito de justiça se entrelaçava com a interpretação mítica do mundo. No quadro no qual a aplicação do direito era entendida como concretização de valores, a sanção era um remédio para a alma, um ato de justiça¹⁴⁶. Não se investigava quanto à intenção do agente.

Para o direito antigo, e mesmo no direito teológico da Idade Média, só interessa o resultado material da ação. Daí serem possíveis julgamentos de animais como os descritos por Michel Foucault em “Vigiar e Punir”. E, mais adiante, quando se concebe a idéia de normas obrigatórias para a ação e vinculantes na resolução dos litígios, essas não são consideradas nem como produtos, nem sequer como possível objeto de instituições humanas.

Mas que sua existência legítima, sua validade, se baseia sempre na santidade de determinadas práticas cuja não observância pode

¹⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 234-235.

¹⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 200-1. No mesmo sentido, BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait, 3ª ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 11-3; O tema da legislação interna e externa ganhará destaque com Kant e será revisitado com a reflexão kelseniana sobre sistema estático e dinâmico, vd. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 559.

¹⁴⁶ COSTA, Fausto. *El delito y la pena en la historia de la filosofía*. Trad. Mariano Ruiz-Funes. Cidade do México: Uteha, 1953, p. 13-14; p. 24-29.

acarretar a inquietude dos espíritos ou a ira dos deuses. São consideradas como parte da tradição e portanto, ao menos em teoria, imutáveis¹⁴⁷. Exemplar é o conceito de legislação dos antigos romanos, segundo o qual, o direito é fundado em um conceito ulterior e distinto da vontade humana, um direito natural, pois lá:

...O sistema jurídico tinha a cobertura de um direito sagrado, administrado exegeticamente por especialistas teólogos e juristas; seu núcleo era formado por um direito burocrático, estabelecido pelo rei ou pelo imperador, que era, ao mesmo tempo, o senhor supremo do tribunal, em conformidade com tradições jurídicas sagradas. Ambos os tipos de direito davam cobertura ao direito consuetudinário, via de regra não-escrito, e que provinha, em última instância, de tradições jurídicas tribais ...¹⁴⁸

Em que pese a sofisticação do direito romano, Habermas sustenta que os aspectos fundamentais desse direito revelam a ramificação em direito sagrado e profano:

...sendo que o direito sagrado é integrado, na visão de uma das grandes religiões, na ordem do cosmo ou num evento sagrado. E esse direito divino ou 'natural' não se encontra à disposição do soberano político. Ele fornece apenas a moldura legitimadora, no interior da qual o soberano exerce seu poder profano através das funções da jurisdição e da normatização burocrática do direito ...¹⁴⁹

Ainda sob a mesma perspectiva de fundamentação, houve mudança do período clássico para o medieval. Essa ocorreu por reflexões recíprocas de duas concepções opostas, a pagã e a cristã, de um lado, o pensamento católico revigorou a experiência milenar do

¹⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1a. ed, reimp., Madrid, Taurus, 1988, p. 333-4.

¹⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 231.

¹⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 230-231.

direito romano, reproduzindo seu elevado nível conceitual e técnico¹⁵⁰; de outro lado, a tradição jurídica germânica, conhecida por seu individualismo¹⁵¹.

Todavia, a concepção de gênese do direito, seu caráter tradicional, ainda não se altera. O direito medieval fundava-se na origem divina do direito natural, além do que, o ato de legislar encontrava-se vinculada à tradição ou a um poder carismático. O direito válido provém do soberano e deve estar conforme o sagrado¹⁵².

Dessa sorte, no plano filosófico e no epistemológico, os postulados teóricos do jusnaturalismo (clássico, teológico ou racional) conduzem a presumir a existência de um conjunto normativo exterior e distinto do conjunto de normas postas e vigentes. Em geral, se trata de um elemento ideal concebido com o propósito de originar o fundamento ético-substancial sobre o qual se apóia ou deveria apoiar a determinação das condutas humanas, os motivos do comportamento humano, inclusive as normas do direito positivo¹⁵³.

O jusnaturalismo se consolida como teoria filosófico/jurídica que afirma a existência de uma ordem preestabelecida e na possibilidade de seu descobrimento por meio da razão da qual faz depender a existência do direito. A exemplo de outros povos antigos, os participantes da república romana reconhecem as normas jurídicas como expressão de um poder por meio de sua identificação com uma ordem superior, sua validade decorre da convicção de que representa a justiça.

A transição do jusnaturalismo teológico para o moderno pode ser associada ao fenômeno das guerras com fundamento religioso. De modo simples, pode-se afirmar que o fundamento do direito natural teológico é Deus, o que implica na afirmação de sua unicidade. Porém, o pluralismo religioso do século XV demanda uma nova hipótese de fundamentação. Essa aparece, por exemplo, com Hugo Grócio, pensador que pretendeu

¹⁵⁰ Sobre o conceito de direito subjetivo segundo o pensamento medieval, vd: OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro de. Direito subjetivo – base escolástica dos direitos humanos. *Revista brasileira de Ciências Sociais* [online]. Out. 1999, v. 14, n. 41. Disponível em www.scielo.br

¹⁵¹ vd. HATTENAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil: Introducción histórico-dogmática*. Trad. Gonzalo Hernández. Barcelona: Ariel, 1987.

¹⁵² vd. HABERMAS, Jürgen. ¿Como es posible la legitimidad por via de la legalidad? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Universidad de Alicante, n. 5, p. 21-45, 1988, especialmente as pp. 24-6.

¹⁵³ URBINA, Sebastián. What is Legal Philosophy. *Ratio Juris*, v. 18, n. 2, jun. 2005, p. 144-61; PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofía del derecho: moderna y contemporánea*. Trad. José Calvo Conzález. Madrid: Tecnos, 1999, p. 15-6; HABERMAS, Jürgen. “Posfácio”. “in”: *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 309.

superar os traumas das guerras religiosas, estendendo sobre esses, pontes nas quais pudessem encontrar-se todos e construir um dia a paz.

Tais pontes teriam que ser alheias às diferenças de crença, e eram, de um lado, a razão e de outro, o direito. Para Grócio, a razão não é o órgão do conhecimento natural de Deus, dentro de um determinado sistema de crenças, mas a faculdade cognoscitiva das verdades fundamentais da vida social, equiparáveis, em sua estrutura, às verdades matemáticas. Assim, em sua principal obra “*De jure belli ac pacis*” (Do Direito da Guerra e da Paz), adotou o método que vinha incorporado às correntes predominantes, consistente em fundar a demonstração do direito de natureza sobre princípios “tão certos que ninguém poderia desobedecê-los sem violentar-se a si mesmo e tão evidentes quanto possam sê-lo as noções deduzidas da experiência”¹⁵⁴.

Aqui Habermas indica que já é possível identificar uma tensão entre dois elementos do direito, o soberano submetido ao sagrado. Todavia, essa tensão só será percebida com a modernidade, quando a origem sacra for posta em questão, forçando uma revisão de paradigmas, por não permitir ao direito a cômoda situação de ser obedecido como uma lei divina ou dos antepassados.

O que era natural tornar-se-á problemático, e exigirá uma reflexão crítica¹⁵⁵. Enfim, os antigos tratavam o direito como se tivessem realizado a distinção do direito com a moral. Mas, tal especialização só ocorrerá mais adiante¹⁵⁶.

Nesse quadro, para tratar dos primórdios do direito natural racional, Habermas, faz uso do pensamento de Hobbes e Rousseau. Vale desenvolver, o estabelecimento do direito natural racional representa a afirmação de uma política que passa a ser guiada por interesses de reconhecimento.

Esse surge no contexto da erosão do direito natural fundado na religião. Enquanto o estado toma para si o monopólio da violência,

¹⁵⁴ WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho: Derecho natural y justicia material*. Trad. Felipe González Vicen, 2 ed. 1 reimp., Madrid: Aguilar, 1974, p. 127; COSTA, Fausto. *El delito y la pena en la historia de la filosofía*. Trad. Mariano Ruiz-Funes, Cidade do México, Uteha, 1953, p. 67-8.

¹⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 231-232.

¹⁵⁶ Participação da crítica ao jusnaturalismo, dentre outros, David Hume e George Edward Moore. Hume com a publicação da obra *Tratado da Natureza Humana* (“*A Treatise of Human Nature*”) rediscute a inadequação de se derivar um “ser” (fato) de um “dever ser” (valor). Nesse particular, a lei humeana trata da impossibilidade de redução das proposições descritivas às proposições normativas, desfaz a confusão do “ser” com o “dever ser”. Nessa linha, a afirmação da “falácia naturalista” mais adiante por Moore colocará em dúvida o caráter originário do direito natural, não a sua existência.

logra, em seu papel de legislador soberano, converter-se em fonte exclusiva do direito, este direito rebaixado a meio de organização corre o risco de perder toda relação com a justiça e com isso sua fonte de legitimação. Porém, com a positividade de um direito que se vê dependente do soberano estatal, não desaparece a problemática da fundamentação, mas que é reduzida a uma base mais estreita de uma ética profana, do tipo pós-metafísico e desligada das imagens religiosas do mundo¹⁵⁷.

Então, a estrutura tradicional da legislação é rompida. O direito não será mais o costume de acordo com o sagrado revelado pelo soberano. Se vê reduzido a uma única dimensão, expressão do poder do soberano. Thomas Hobbes formula para o indivíduo a seguinte escolha: a liberdade (razão prática explicada normativamente) ou o estado (razão prática explicada de modo descritivo)? A resposta para ele é o estado. Seu argumento contempla que o estado se fundamenta no natural, e da “natureza” são originadas as liberdades subjetivas. Habermas interpreta que o direito natural hobbesiano surge com a aparência de que a legalidade do estado natural é apreendida normativamente.

Ainda não ocorre a especialização sistêmica do direito, mas pode-se apontar que, Hobbes se serve da situação fática de insegurança frente à posse e uso dos bens individuais e revê a estrutura positiva das normas em prol da proteção dos bens. A partir de então, o caráter protetor atribuído ao direito, é satisfeito por meio de normas estruturadas de modo negativo (a norma não define a ação a ser satisfeita, mas determina qual ação não pode ser praticada).

Por conseguinte, o pensamento hobbesiano manifesta preferência pela norma proibitiva em detrimento a impositiva, posto que é mecânica (diz respeito ao aparato sensorial, com as reações instintivas, com os movimentos animais do ser; com a dotação física dos homens e com seus modos de reação causalmente determinados), enfim, a partir desse encontra-se a estruturação do estado civil sem referência a um “ethos” material, mas a partir de um “contrato social”¹⁵⁸.

Em síntese, os indivíduos se reúnem em sociedade e transferem seus direitos ao soberano sob a promessa de garantia de seus bens a partir de normas estatais que definem direitos objetivos de abstenção contrapostos a direitos subjetivos de poder de ação. Então, o soberano

¹⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. ¿Como es posible la legitimidad por via de la legalidad? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Universidad de Alicante, n. 5, p. 21-45, 1988, aqui especialmente p. 29.

¹⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoría y praxis: estudios de filosofía social*. Trad. Salvador Mas Torres; Carlos Moya Espí. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 70-1.

hobbesiano move-se sob duas condições: por um lado, dispõe do supremo poder de legislar que lhe foi outorgado pelo pacto de submissão civil, posto pelos súditos que renunciaram aos direitos naturais em favor daquele, o que implica que este não pode cometer injustiças sobre esses; mas, por outro lado, o soberano não deve legislar contra os direitos subjetivos dos súditos, pois a destruição da segurança interna ou da paz externa torna inútil o contrato social e põe em risco o estado civil¹⁵⁹.

Assim, Hobbes constitui-se no “teorizador de um Estado constitucional burguês sem democracia...”¹⁶⁰, pois o soberano está obrigado a constituir um estado de direito que garanta a liberdade subjetiva de ação dos súditos e estabelecer com isso um espaço econômico de troca de mercadorias. O modelo hobbesiano concilia uma estrutura política excludente com o liberalismo econômico, sob o plano da esfera privada. Pois, sob os pressupostos da antropologia hobbesiana que concebe o indivíduo em conflito real e constante no estado de natureza, não parece haver outra alternativa que impor um direito que obrigue pela coação aos cidadãos, dado que o sujeito é incapaz de atuar ou ser movido por razões práticas e só considera seu próprio êxito¹⁶¹.

No caminho para era contemporânea é de novo uma transformação da consciência moral que marca a compreensão do direito¹⁶². Hobbes se vê envolto em contradição. O conteúdo manifesto de sua teoria, que explica como o direito totalmente positivado funciona de forma alheia à moral, cai em contradição com o papel pragmático da mesma teoria, que trata de explicar a seus leitores por quê poderiam ter boas razões como cidadãos livres e iguais para decidir submeter-se a um poder estatal absoluto. Nas palavras de Habermas:

¹⁵⁹ DURÃO, Aylton Barbieri. La interpretación de Habermas sobre la tensión entre derechos humanos y soberanía popular en el pensamiento de Kant. *Doxa*, n. 26, p. 827-46, 2003.

¹⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 123; idem, v. II, p. 239. Hobbes também pode ser interpretado como defensor do absolutismo. Segundo essa perspectiva, a origem, administração e aplicação das regras de direito – os meios para a preservação da paz e da segurança – não competem senão ao soberano. Ele não deve explicações aos súditos, só presta contas a Deus ou a sua consciência. O sentido do que se entende por natural fica reduzido ao seu julgamento, que sob a promessa da paz e defesa comum de todos, tudo pode frente a súditos. vd. PAVÃO, Aguinaldo, A fundamentação do poder político em Hobbes. *Crítica*, Londrina, v. 2, n. 7, p. 251-292, abr./jun. 1997.

¹⁶¹ DURÃO, Aylton Barbieri. La interpretación de Habermas sobre la tensión entre derechos humanos y soberanía popular en el pensamiento de Kant. *Doxa*, n. 26, p. 827-46, 2003.

¹⁶² HABERMAS, Jürgen. ¿Como es posible la legitimidad por vía de la legalidad? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Universidad de Alicante, n. 5, p. 21-45, 1988.

Hobbes conta, de um lado, com a *estrutura de regras* de relações contratuais e leis; de outro lado, com o *poder fático de mando* de um soberano, cuja vontade pode dominar qualquer outra vontade sobre a terra. Na base de um contrato de dominação, constitui-se então o poder do Estado, segundo o esquema: a vontade soberana assume funções de legislação, revestindo suas manifestações imperativas com a forma do direito. Porém o poder da vontade do senhor, canalizado pelas leis, continua sendo essencialmente o poder substancial de uma vontade apoiada na pura decisão. Esta se dobra à razão, transformada em lei, apenas para servir-se dela¹⁶³.

A dificuldade salta à vista: Hobbes derivou da explicação causal da natureza humana instintiva as normas de uma ordem cuja função consiste precisamente na obtenção, à força, da renúncia à satisfação desses instintos. Então, a lei natural é simultaneamente: a conexão causal derivada da natureza instintiva antes da constituição contratual da sociedade na forma do estado civil e o conjunto normativo regulador da vida social em comum depois desta constituição¹⁶⁴.

Uma satisfação sem freios das necessidades naturais leva consigo aos perigos da luta de todos contra todos. Mas o cuidado igualmente natural pela conservação cresce até tal ponto que o medo ante a morte violenta se converte no medo de ter que temer-se continuamente. E, então, a razão natural indica o caminho para satisfação das necessidades mediada pelas regras da vida em comum e, nesta medida, refreada e livre de perigos.

Se, como Hobbes supõe os mandatos da razão natural, isto é, as leis da natureza em sentido normativo, procedem necessariamente de uma coerção dos desejos naturais, é dizer, de leis naturais em sentido causal-mecanicista, então a problemática se encontra precisamente em interpretar causalmente esta mesma necessidade – só cabe conceituá-lo como uma necessidade prática¹⁶⁵.

¹⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 175.

¹⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoría y praxis: estudios de filosofía social*. Trad. Salvador Mas Torres; Carlos Moya Espí. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 71.

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoría y praxis: estudios de filosofía social*. Trad. Salvador Mas Torres; Carlos Moya Espí. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 71-2.

Hobbes, que sob pressuposições mecanicistas, tinha que rechaçar como absurda uma “necessidade” experimentada a partir de contextos da razão prática, só esquiva a dificuldade mediante uma equivocidade quase metodológica no uso do termo lei natural. Sua doutrina constitui o direito como meio pelo qual o soberano comanda. E, o direito, tem sua relação estruturada por meio de direitos subjetivos amparados em direitos objetivos (e no estado civil ambos são instituídos pelas normas jurídicas) que devem garantir, aos súditos, as condições propícias para a acumulação de riqueza. Os súditos descritos como egoístas racionais, orientados pela busca de lucro e agindo na razão do cálculo de interesses, custo e benefício¹⁶⁶.

Portanto, os cidadãos de Hobbes justificam o estado civil como uma ordem instrumental a partir de considerações racionais sobre os fins de todos os implicados e possibilita um sistema do egoísmo bem ordenado. Com isso desaparece a tensão interna entre facticidade e validade do direito, tornando desnecessária a fundamentação normativa adicional do exercício do poder político. Quer-se dizer, o estado é uma necessidade incontornável, e isso não escapa à razão, pois é do interesse do indivíduo integrar e submeter-se ao estado. Todavia, os interesses que servem para originar o estado, não estão disponíveis para os súditos demandarem uma ação específica por parte do soberano. Por definição a legitimidade se dissolve na legalidade¹⁶⁷.

Além da contradição metodológica apontada no texto “Teoria e Práxis”, Habermas no “Direito e Democracia” tecerá argumentos discordando dos pressupostos do pensamento hobbesiano: o indivíduo explicado como egoísta racional e o modelo de racionalidade instrumental.

Ante ao mesmo problema, Jean-Jacques Rousseau responde que é possível conciliar a liberdade dos indivíduos com a coerção exercitada pelo estado. No pensamento de Rousseau, o contrato social é também um ato coletivo de renúncia, mas a renúncia não é feita em favor do soberano, mas em favor de todos, da comunidade inteira, ou do corpo político, do qual é manifestação suprema a vontade geral. De fato, também Rousseau crê – como Hobbes – que a coerção até a socialização deve derivar-se de um estado de desconfiança universal e da precária insegurança de uma luta competitiva violenta e geral.

¹⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 123-124.

¹⁶⁷ DURÃO, Aylton Barbieri. La interpretación de Habermas sobre la tensión entre derechos humanos y soberanía popular en el pensamiento de Kant. *Doxa*, n. 26, p. 827-46, 2003.

A exigência de reconhecimento compartilhada pelos indivíduos termina por corrompê-lo. Pois eles passariam a agir em razão dessa necessidade e não por dever, de sorte a ser necessária a criação do Estado e do direito para mediar as relações sociais. O bem comum é determinado pela coletividade a partir de normas que todos os cidadãos podem razoavelmente aceitar.

Entretanto, Rousseau insiste, a despeito de Hobbes, que aquele estado natural que obriga a socialização, não fica superado no estado civil despoticamente coercitivo, mas sobrevive com a competição dos interesses privados em sistema de trabalho dividido e de necessidades multiplicadas. Então, a total transferência e a total submissão previstas na cláusula do contrato só formalmente é a mesma.

A alienação dos direitos dos súditos ao soberano, que em Hobbes significa a submissão a uma coerção auto-imposta, mas inapelavelmente externa, significa em Rousseau a transformação da natureza humana corrompida, na pessoa moral do cidadão do estado. Assim pôde, de fato, interiorizar-se o mesmo poder soberano, trazendo-o desde uma soberania de príncipe externamente coercitiva até uma soberania popular internamente presente¹⁶⁸.

Se por um lado, o pensamento de Rousseau resgata o indivíduo da caracterização como egoísta racional, por outro também possibilita a superação da afirmação do estado civil animado pela razão prática em moldes instrumentais. O contrato social reedita o fundamento moral para o poder exercido em forma de direito positivo. O contrato é a figura básica do direito privado burguês e a autonomia contratual significa que os indivíduos podem originar direitos subjetivos.

Todavia, um contrato que cada indivíduo autônomo celebra com todos os demais só pode ter por conteúdo algo que razoavelmente redunde no bem de cada um. Pelo assentimento livre (não forçado) de todos. Esta idéia básica indica que a razão do direito natural moderno é essencialmente razão prática, a razão de uma moral autônoma. Esta exige a distinção entre normas e procedimentos justificadores, procedimentos segundo os quais torna-se possível examinar se as normas, à luz de princípios válidos, podem contar com o assentimento de todos¹⁶⁹.

¹⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoría y praxis: estudios de filosofía social*. Trad. Salvador Mas Torres; Carlos Moya Espí. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 101-2.

¹⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. ¿Como es posible la legitimidad por via de la legalidad? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Universidad de Alicante, n. 5, p. 21-45, 1988, aqui especialmente p. 29.

Vale dizer que, o estabelecimento do direito natural por meio do poder assegurador da liberdade e da igualdade de um soberano internamente coercitivo só é possível graças à virtude e não ao interesse. Porém Rousseau:

... não levou conseqüentemente até o fim esse pensamento luminoso, uma vez que ele se prendia, mais do que Kant, à tradição republicana. Ele interpretou a idéia da autolegislação mais na linha da ética do que na da moral e entendeu a autonomia como a realização consciente da forma de vida de um povo concreto. Sabe-se que Rousseau descreveu a constituição da soberania do povo, que se dá através de um contrato da sociedade, como um ato existencial da socialização, por meio do qual os indivíduos singulares, voltados ao sucesso, se “transformam” nos cidadãos de uma comunidade ética, orientada pelo bem comum. Enquanto membros de um corpo coletivo, eles se diluem no grande sujeito de uma prática da legislação, o qual rompeu com os interesses singulares das pessoas privadas, submetidas às leis. Rousseau exagerou ao máximo a sobrecarga ética do cidadão, embutida no conceito republicano de sociedade. Ele contou com virtudes políticas ancoradas no “ethos” de uma comunidade mais ou menos homogênea, integrada através de tradições culturais comuns.¹⁷⁰

A favor de Rousseau, Habermas destaca a valorização do indivíduo, pois, agora, o direito só pode se exprimir por meio da linguagem de leis abstratas e gerais, o que pressupõe que todos gozam dos mesmos direitos e liberdades subjetivas¹⁷¹. Há o estabelecimento do ponto de vista moral¹⁷². Ou seja, cidadãos não têm que agradecer à explicação causal-mecanicista pelo estabelecimento do direito à liberdade e igualdade ou à vida, segurança e felicidade. Mas, que, como

¹⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 136.

¹⁷¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 135.

¹⁷² Ponto de vista moral é um procedimento que esquematiza a imparcialidade, como sinônima de universalidade; vd. VOLPATO DUTRA, Delamar José. Conseqüências da neutralização moral do procedimento jurídico em Direito e Democracia. *ethic@*, Florianópolis, v. 8, n. 3, p. 127-141, Maio 2009.

“pouvoir souverain”, ao conjunto de indivíduos se lhe está permitido estabelecer ou revogar as leis que queira, só que devem ser leis¹⁷³.

Vale esclarecer, na perspectiva do participante, o cidadão só pode aceitar entrar no estado civil, caso seja possível perceber que essa solução é do interesse de todos por igual e não interesse do sujeito particular. Sem embargo, deixa de lado a orientação ao êxito e adota uma perspectiva genuinamente moral.

Contra Rousseau, Habermas aponta que o conteúdo normativo do direito humano originário não pode surgir simplesmente das qualidades lógico semânticas das leis. Ou seja, a gramática, o formalismo das fontes não explica suficientemente, o sentido da igualdade que deve estar presente no direito. Além do que, Rousseau teria sustentado uma restrição ética à idéia de autolegislação do povo quando afirmou que esse somente pode desempenhar uma virtude cidadã porque compartilha uma identidade de costumes.

Em outras palavras, parece que o filósofo genebrino só considera possível uma associação segundo princípios do “Contrat Social” em pequenos povos, que se encontrem em comunidade integrada por costumes e tradições compartilhadas em comum. Para os grandes estados com um nível de civilização avançado não tomava em consideração uma transformação republicana¹⁷⁴.

Na ausência da virtude, a alternativa seria a coerção do estado. Isso porque:

...Rousseau não consegue entender a prática da autolegislação, quando esta precisa alimentar-se da substância ética de um povo que já se entendeu preliminarmente sobre suas orientações axiológicas, ou seja, ele não pode explicar a possibilidade de uma mediação entre a requerida orientação pelo bem comum dos cidadãos e os interesses sociais diferenciados das pessoas privadas, ou melhor, não sabe dizer como é possível mediar, sem repressão, entre a vontade comum, construída normativamente, e o arbítrio dos sujeitos singulares. Para que isso acontecesse, seria preciso um ponto de vista genuinamente moral, a partir do qual poderia ser avaliado se o

¹⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Teoría y praxis: estudios de filosofía social*. Trad. Salvador Mas Torres; Carlos Moya Espí. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 102-3.

¹⁷⁴ vd. HABERMAS, Jürgen. *Teoría y praxis: estudios de filosofía social*. Trad. Salvador Mas Torres; Carlos Moya Espí. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 109-10.

que é bom ‘para nós’ é do interesse simétrico de cada um. No final da versão ética do conceito de soberania popular, perde-se o sentido universalista do princípio do direito.¹⁷⁵

A despeito dessas argumentações, pode-se dizer que, o pensamento de Rousseau é exemplo de um momento em que o poder político emancipa-se da ligação com o sagrado e deste se torna independente. Ao novo poder político compete, através da legislação, conferir validade que antes era conferida pelo direito natural administrado de modo tradicional. A legislação, a jurisdição e a execução das leis passam a ser “momentos no interior de um processo circular regulado politicamente; e elas continuam assim, mesmo quando se diferenciam institucionalmente de acordo com poderes do estado”¹⁷⁶.

Identifica-se que a substituição da fundamentação sacramental ou metafísica por uma nova percepção de razão prática operou de modo desordenado, vários pensadores trataram do tema visando identificar novos paradigmas para a nova sociedade que se organizava. Habermas termina por considerar que o direito natural racional, nas diversas versões de que é objeto, como um marco teórico para as tentativas de justificação das estruturas políticas e sociais organizadas juridicamente. Com a Modernidade o direito natural racional possibilitará a vinculação da legitimidade do direito positivo a condições formais, nesse particular destacar-se-á o pensamento de Immanuel Kant.

2.2.1 Legalidade e Moralidade no Pensamento de Kant (Direitos Humanos e Soberania Popular)

À luz da “lei de Hume”, Kant afirmou: “até agora se supôs que todo o nosso conhecimento tinha que se regular pelos objetos”, mas agora, “os objetos têm que se regular pelo nosso conhecimento”¹⁷⁷. Como apresentado, na antigüidade, a filosofia era marcada por estudos sobre o “ser” e no início do período moderno o interesse dos filósofos é voltado para as “condições de possibilidade do conhecimento”.

A filosofia do direito de Kant, propriamente dita, começa com a “Metafísica dos Costumes”. A qual é dividida em duas partes “Os

¹⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 137.

¹⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 232-233.

¹⁷⁷ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Abril Cultural, 1980 (Coleção Os Pensadores) B 16.

princípios metafísicos da doutrina do direito” e “Os princípios metafísicos da doutrina da virtude”. “Os princípios metafísicos da doutrina do direito”, por sua vez, também se divide em duas partes, “O direito privado” e “O direito público”. Essas são precedidas de uma “Introdução à metafísica dos costumes” e de uma “Introdução à doutrina do direito”¹⁷⁸.

Nessa linha, Kant, na “A Metafísica dos Costumes”, apresenta o conhecimento jurídico em pelo menos duas acepções: de um lado, a sua filosofia do direito tem por objeto o questionamento sobre os fundamentos do ordenamento jurídico; de outro, a sua teoria do direito tem por objeto justificar um determinado sistema jurídico existente, firmar certezas sobre o conceito de direito¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Vale considerar que a primeira edição da “Metafísica dos Costumes” é de 1797, ou seja, posterior às suas mais célebres e comentadas obras sobre ética, a saber, a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* e a *Crítica da Razão Prática*, que são, respectivamente, de 1785 e 1788 (vd. KALSING, Rejane Schaefer. *O direito de humanidade em Kant*. Lido em manuscrito. Inédito). Os pressupostos da teoria do direito kantiana são a noção de uma consciência geral (o “eu penso”) e a necessidade de uma dedução transcendental. Isto é, de uma prova direta da validade objetiva das categorias. No que se refere ao âmbito normativo, a validação dos juízos era obtida com recurso a um “sujeito transcendental”, segundo o qual as condições de possibilidade da verdade objetiva não se referem diretamente a objetos, mas a conceitos “a priori” dos objetos. Os conceitos transcendentais não contêm nada de empírico e são simples condições “a priori” de uma experiência possível. Esses não oferecem conhecimento algum. Como explica Volpato Dutra: “Para Kant, é fundamento da objetividade o que torna possível a objetividade, ou seja, suas condições de possibilidade. Kant pergunta-se pela validade objetiva dos conceitos/categorias: “como condições subjetivas do pensamento devem possuir validade objetiva”. Kant se faz esta pergunta porque os conceitos podem ser vazios e não encontrar objetos que lhes corresponda na experiência. Excluir esta possibilidade é uma “necessidade incontornável”, e essa é a tarefa da dedução transcendental em Kant. A dedução une a pergunta pela validade das categorias com a questão de como são possíveis os objetos mesmos. Isso é perfeitamente compreendido a partir da revolução copernicana proposta por Kant. Afirma: “até agora se supôs que todo o nosso conhecimento tinha que se regular pelos objetos”, mas agora, “os objetos têm que se regular pelo nosso conhecimento”. Posto isso, a dedução pode afirmar que “as condições de possibilidade da experiência em geral são, ao mesmo tempo, condições de possibilidade dos objetos da experiência e possuem, por isso, validade objetiva num juízo sintético a priori” VOLPATO DUTRA, Delamar José. *Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2a. ed.rev. e ampl. Florianópolis: UFSC, 2005, p. 19-22.

¹⁷⁹ Como explica Volpato Dutra, Kant, na introdução da “Doutrina do Direito”, distingue lei [Gesetz] de direito [Recht]. Daí decorre a diferenciação da “doutrina do direito positivo” – ou seja, uma teoria do direito cuja preocupação é a norma [Gesetz, ius] no sentido da lei positiva, de uma teoria do direito que tem por objeto o direito justo [Recht, iustum]. “O especialista da primeira [jurisconsultus] seria o conhecedor do que ‘dizem ou disseram as leis [Gesetz] em certo lugar e em certo tempo’ (quid sit iuris). O especialista da segunda seria o filósofo, visto que este buscaria o fundamento [Grundlage], ou seja, ‘o critério universal com que se pode conhecer em geral tanto o junto quanto o injunto (iustum et iniustum)”. VOLPATO DUTRA, Delamar José. Perspectivas de moralização do direito: Kant e Habermas. *Crítica Revista de Filosofia*, Londrina, v. 12, n. 36, out. 2007, p. 338-9; vd. também: HÖFFE, Otfried. O

Enquanto a filosofia do direito tem por objeto a reflexão sobre os fundamentos do sistema jurídico, a teoria do direito trata dos problemas da justificação e da aplicação do direito. De um lado, o procedimento racional de elaboração e aplicação da lei contém a promessa de legitimação das expectativas que são tornadas obrigatórias. De outro, o direito estabiliza por meio de garantias legais o comportamento juridicamente esperado e disso decorre a segurança jurídica.

O jusnaturalismo, vale recordar, prevaleceu na antiguidade enquanto modelo que associava o conceito do direito a um argumento de gênese de perspectiva ética. Naquele contexto, a compreensão da existência de uma razão prática em moldes de fundamentação possibilitava a afirmação de um conjunto de conhecimentos auto-referentes, reunidos sob considerações de um “ethos”. De um modo próprio de existir ou de ser.

Então, pode-se identificar pelo menos três grandes tradições naquela maneira de explicar a razão prática: a empírica; a idealista; e, a crítica transcendental. Para a primeira a razão é encontrada na natureza das coisas; para a segunda a razão decorre de uma particular estrutura do pensamento; para a terceira a razão é a harmonia entre o pensamento e a natureza das coisas¹⁸⁰.

Desta sorte, Immanuel Kant concebe o direito como instituição humana fundada no direito de humanidade e dotada de coerção social a fim de garantir os direitos naturais, notadamente o direito à liberdade. Pode-se interpretar que Habermas toma proveito de que, na obra de Kant, a transição do modelo de fundamentação da ação social da antiguidade – aqui identificado na afirmação do direito inato à liberdade definido na humanidade – é feita à luz de uma síntese das promessas de emancipação as quais expressam um conceito de opinião pública representada pela vontade unida do povo¹⁸¹.

imperativo categórico do direito: uma interpretação da “Introdução à Doutrina do Direito”. *Studia Kantiana*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 203-236, 1998.

¹⁸⁰ Sobre o conceito de jusnaturalismo vide: HABERMAS, Jürgen. “Posfácio”. “in”: *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 309; URBINA, Sebastián. What is Legal Philosophy. *Ratio Juris*, v. 18, n. 2, jun. 2005, p. 144-61 e SCHIAVON, Giovanne H. Bressan. Jusnaturalismo clássico. *Scientia Iuris*. Londrina: UEL, v. 7/8, p. 241-252, 2004.

¹⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 126-8. O jusnaturalismo presente no pensamento de Kant é “forte”. Isso porque, para Kant, os imperativos morais possuem validade objetiva (são autônomos) e existem à margem de imperativos hipotéticos. São autônomos na medida em que a moral é constituída por máximas segundo as quais os seres humanos, enquanto seres racionais, se dão a si mesmos e não as recebem de nenhuma outra autoridade que não seja a própria “razão”. Quando alguém, em vez de obedecer à legislação da

Habermas explica que, na obra de Kant, a relação entre a eficácia social do direito e a sua correção estabilizada na legalidade conforme o ordenamento é apresentada como uma relação interna entre coerção e liberdade, mediada pelo direito. De si mesmo, o direito está ligado à autorização para o uso da força por parte do estado; no entanto esse uso só se justifica quando fundamentado nos direitos naturais, em outras palavras quando “elimina empecilhos à liberdade”. Essa “relação interna entre o poder geral e recíproco de usar a força e a liberdade de cada um” manifesta a racionalidade do direito. Normas jurídicas estatuem condições do uso da coerção “sob as quais o arbítrio de uma pessoa pode ser ligado ao arbítrio de outra, segundo uma lei geral da liberdade”¹⁸².

Ganha sentido, desta sorte, a divisão da liberdade em interna e externa, desconhecido na antigüidade. De um lado, é possível extrair a legalidade do comportamento como “a simples conformidade de uma ação com a lei”; por isso os sujeitos devem poder observar a lei, sem com isso ter de conferir adesão interna à mesma. Nessa hipótese, os

razão, obedece aos instintos, às paixões, aos interesses, segue imperativos que o desviam do aperfeiçoamento de si próprio: o seu comportamento consiste, nestes casos, na adesão a princípios que estão fora dele e, enquanto tal, não é mais um comportamento atrelado à moralidade, mas à legalidade. Embora Habermas e Apel tenham filiação kantiana, o primeiro desenvolve um naturalismo fraco enquanto o segundo adota a versão forte (HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, nota 12, p. 13). O jusnaturalismo forte tem por característica comum referir-se ao conjunto do mundo, da natureza, da história e da sociedade, no sentido de um conjunto de idéias que obrigatoriamente originam, ou emprestam conteúdo, ao direito e, conseqüentemente, ao Estado. Acarretando no, que se acostumou denominar como, dualismo jurídico. Uma hierarquia de leis, segundo a qual o direito positivo permanece subordinado à moral, ou a um direito natural, recebendo dela sua orientação. O jusnaturalismo fraco, por sua vez, afirma que a relação entre o direito e a moral é necessária não no sentido de gênese, mas no de justificação. Também afirma a existência de relação entre o direito e a moral, porém, essa relação não é de constituição, mas de esclarecimento quanto ao conceito a ser adotado diante de tantos possíveis (vd. LA TORRE, Massimo. On two distinct and opposing versions of natural Law: “exclusive” versus “inclusive”. *Ratio Juris*, v. 19, n. 2, pp. 197-216, 2006; VILLA, Vittorio. Inclusive legal positivism, legal interpretation, and value-judgements. *Ratio Juris*, v. 22, n. 1, pp. 110-27, march, 2009).

¹⁸² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 48-9. vd. KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Trad. Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1994, p. 16 e 39. Habermas explica que Kant se inspirou no artigo 4 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica a um outro. O exercício dos direitos naturais de um homem só tem como limites os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo de iguais direitos. Esses limites só podem ser estabelecidos através de leis”, HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 113-4.

destinatários percebem as “condições do uso da força” como uma ocasião para um comportamento que pode ser justificado com o uso da coerção física (liberdade externa). De outro lado, porém, a liberdade interna indica que o motivo da ação social deve encontrar-se respaldado em elementos da vontade¹⁸³.

Constitui-se a tensão entre facticidade e validade. As reflexões de Immanuel Kant sobre o aspecto objetivo contribuíram com a distinção do “móbil” a partir da “liberdade interior” (moralidade) contraposta a “liberdade exterior” (legalidade): a ação interna define a ação por considerações de caráter íntimo do sujeito em confronto com o dever racional, enquanto a ação externa trata da decisão da ação do sujeito por considerações aos outros.

Na “Introdução à metafísica dos costumes”, para clarificar a diferenciação entre doutrina do direito e doutrina da virtude, Kant, afirma que:

(...) [as] leis da liberdade, à diferença das leis da natureza, se chamam *morais*. Se afetam só ações meramente externas e a sua conformidade com a lei, se chamam *jurídicas*; mas se exigem também que elas mesmas (as leis) devam ser os fundamentos da determinação das ações, então são *éticas*, e se diz, portanto: que a coincidência com as primeiras é a *legalidade*, a coincidência com as segundas, a *moralidade* da ação.¹⁸⁴

As leis da liberdade Kant denomina de “leis morais” e divide-as em “jurídicas” e “éticas”. As leis jurídicas requerem apenas uma “(...) ‘conformidade externa’ das ações (...)”,¹⁸⁵ ou exigem apenas uma “(...) adesão exterior”¹⁸⁶. Para as leis jurídicas é suficiente que se aja em

¹⁸³ Habermas interpreta que o argumento kantiano estabelece que a integração social – ou seja, a “associação” do arbítrio de cada um com o arbítrio de todos os outros – só é possível sob o ponto de vista moral e na base de normas válidas, merecedoras do reconhecimento não coagido e racionalmente motivado de seus destinatários: “segundo uma lei geral da liberdade” (da liberdade interna) (vd. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 48-9). Pode-se, nesse diapasão, dizer que a partir de Kant uma questão moral sempre tratará duma regulação justificada em considerações universais.

¹⁸⁴ KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Trad. Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1994, p. 17, [grifos de Kant, tradução nossa].

¹⁸⁵ KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Trad. Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1994, p. XXXIII-XXXIV, Estudo Preliminar de Adela Cortina.

¹⁸⁶ KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Trad. Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1994, p. XXXIX, Estudo Preliminar de Adela Cortina.

conformidade com essas, independente do que tenha motivado a seguiu-las, podendo ser a própria lei ou não, o que importa aqui é a sua adesão externa. E, quando as ações coincidem com as leis jurídicas, Kant chama de “legalidade”. A ação exterior é determinada pela “forma jurídica” essa estabelece estrutura do “dever ser” informada pelo “imperativo categórico” e imposta por meio de sanções.

A legislação ética por outro lado exige uma “(...) conformidade interna (...)”¹⁸⁷ ou “(...) uma adesão íntima”¹⁸⁸ porque a lei mesma tem de ser o fundamento da determinação da ação. A lei tem de ser o motivo da ação na legislação ética, não pode haver outro motivo que tenha determinado a ação, o motivo aceito aqui é a própria lei. E, assim, a coincidência das ações com a legislação ética é o que Kant irá chamar de moralidade.

A caracterização da “legalidade” e da “moralidade” favorece a distinção entre duas espécies de ação: heterônoma e autônoma. De um lado, há a ação que não assume o último na lei, e permite também outro incentivo que não seja a idéia do dever, é heterônoma. De outro lado, há o agir orientado pela “lei”, que designa o elemento legislador básico pelo qual a ação é representada como dever, que decorre do conhecimento teórico da possível determinação do arbítrio, vale dizer, das normas originadas na razão prática¹⁸⁹.

O portador de humanidade tem o poder de submeter o arbítrio dos demais às formas de conduta compatíveis com a lei geral do direito. Significa ser portador do direito subjetivo. Segundo Heck: “o direito de obrigar o semelhante é próprio a todo ser humano ou, inversamente, cada homem está habilitado a exigir dos outros a observância da ordem externa da razão”¹⁹⁰. O que define o direito subjetivo é o direito de humanidade e não sua aquisição por meio de ato jurídico. Kant não

¹⁸⁷ KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Trad. Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1994, p. XXXIII-XXXIV, Estudo Preliminar de Adela Cortina.

¹⁸⁸ KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Trad. Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1994, p. XXXIX, Estudo Preliminar de Adela Cortina.

¹⁸⁹ Nas palavras de Heck: “a diferença na legislação não independe da distinção dos deveres, uma vez que somente a lei do dever das ações é atendida pela legislação externa, quer dizer, por uma legislação alheia aos motivos que movem o comportamento legal do agente”, HECK, José N. Direito subjetivo e dever jurídico interno em Kant. Disponível em <ftp://logica.cle.unicamp.br/pub/kant-e-prints/vol.1.n.4.2002.pdf> Consultado em 12 maio 2009. Também publicado em Revista Veritas, Porto Alegre, v. 48, 2003, p. 59-75.

¹⁹⁰ HECK, José N. Direito subjetivo e dever jurídico interno em Kant. Disponível em <ftp://logica.cle.unicamp.br/pub/kant-e-prints/vol.1.n.4.2002.pdf> Consultado em 12 maio 2009. Também publicado em Revista Veritas, Porto Alegre, v. 48, 2003, p. 59-75.

antepõe o direito subjetivo à obrigação, mas o direito subjetivo kantiano implica a autorização de induzir, determinar e compelir outros à ação.

O princípio geral do direito, que objetivamente subjaz a legislação, resulta para Kant do imperativo categórico. Deste princípio supremo da legislação se segue que Kant estabelece o direito subjetivo originário de cada um exigir dos demais membros do sistema jurídico o respeito à sua liberdade na medida em que essa liberdade se possa por em concordância com a igual liberdade de todos conforme leis gerais¹⁹¹.

Diferente de Hobbes que por meio do contrato social define a capacidade do indivíduo em originar direitos subjetivos, o contrato social aparece aqui como uma forma de socialização que possibilita a autolegislação de cidadãos dotados de razão prática capazes de selecionar os direitos subjetivos que sejam do interesse de todos por igual. Estes direitos subjetivos são fundamentados na liberdade que pertence a todos os homens tão só em virtude de sua humanidade e garantem uma esfera de liberdade de arbítrio com relação a todos os demais sujeitos.

Os direitos privados tem o sentido de direitos humanos cuja validade independe do contrato social e do estado civil. Somente na parte final do livro apresenta o direito público, composto pelo direito político, que estabelece os princípios jurídicos da Constituição republicana, e das duas formas de direito internacional: “direito das gentes” e “direito cosmopolita”, ambos decorrentes da vontade unida do povo. Essa estrutura da doutrina jurídica de Kant permite afirmar que os direitos privados estão fundamentados a partir da autonomia moral do sujeito no estado de natureza proveniente do direito inato do homem à liberdade e tem que ser institucionalizados pela vontade unida do povo com o advento do estado civil¹⁹².

Vale esclarecer, os direitos privados não resultam da conciliação da liberdade interna, mas da liberdade externa de permitir a alguém usar os objetos externos de seu arbítrio com a anuência do arbítrio dos demais. Mas, os direitos relativos ao “meu e teu interior” se referem ao uso de objetos externos do arbítrio, o que significa que são direitos de propriedade privada e, portanto, os direitos subjetivos deduzidos por Kant a partir da liberdade exterior devem ser entendidos como direitos de propriedade privada:

¹⁹¹ HABERMAS, Jürgen. ¿Como es posible la legitimidad por vía de la legalidad? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Universidad de Alicante, n. 5, p. 21-45, 1988, aqui especialmente p. 30.

¹⁹² DURÃO, Aylton Barbieri. La interpretación de Habermas sobre la tensión entre derechos humanos y soberanía popular en el pensamiento de Kant. *Doxa*, n. 26, 2003, p. 23-4.

Esta é a contribuição do direito natural, o qual supõe que tais princípios podem “deduzir-se” racionalmente. Mas com isso o direito não somente fica assentado em princípios, mas ao mesmo tempo sobre uma base metajurídica. O direito existente deve legitimar-se mediante tais princípios e trocar-se se está em contradição com eles. Com o qual se dá um impulso decisivo à idéia de criação do direito. Certamente que o direito natural se segue atendo-se todavia à idéia de que os princípios jurídicos são princípios dados¹⁹³.

Estabelecida a distinção entre o interior e o exterior, pode-se afirmar que o pensamento kantiano possibilita a formulação da idéia de legislação a partir de sistema: conjunto de conceitos organizados segundo princípio ordenador em moldes de argumentos de gênese ou de justificação. Nas palavras de Habermas:

Só quando [a idéia da origem natural dos princípios] se vê sacudida, só quando esses princípios se tornam reflexivos, pode o direito fazer-se positivo em sentido estrito. É o que se consegue no direito moderno. Aqui quase todo o direito pode considerar-se como direito estatuído e portanto revisável. E, em consequência, sua explicação já não se efetua recorrendo a princípios metajurídicos, mas a princípios jurídicos. Estes últimos só podem ter já um caráter hipotético, o qual é expressão do fato de que o direito se tornou autônomo, mas de que, ao par, permanece referido a contextos extrajurídicos¹⁹⁴.

Nesse passo, parte-se de que a origem da dicotomia entre direitos humanos e soberania popular remonta ao processo de formação da sociedade pós-convencional no começo da Modernidade. O direito dos períodos anteriores apelava à autoridade da qualidade da origem dos conteúdos associados ao direito. Segundo Habermas, Kant deduz os direitos privados, do princípio do direito que favorece a todos iguais

¹⁹³ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. Tomo I, 1a. ed, reimp., trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1988, p. 335-6 (tradução nossa).

¹⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. Tomo I, 1a. ed, reimp., trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1988, p. 335-6 (tradução nossa).

liberdades subjetivas privadas, enquanto voltadas a garantida da liberdade externa, ou liberdade para usar os objetos externos do arbítrio.

Embora Kant não apresente explicitamente uma “norma fundamental” e essa tampouco é encontrada no centro de sua filosofia do direito, formula claramente sua idéia:

Pois, pensar-se uma legislação exterior que contivesse somente leis positivas; mas, então, dever-se-ia proceder de uma lei natural, que fundamentará a autoridade do legislador (quer dizer, a faculdade de obrigar os outros simplesmente mediante seu arbítrio)¹⁹⁵.

Com isto define as propriedades essenciais de uma norma fundamental enquanto elemento constitucional de um sistema. Se trata de uma disciplina que precede às leis positivas e que, com isso, fundamenta a competência (autoridade) do legislador para ditá-las e, assim, sua validade. A diferença decisiva com respeito as formulações posteriores do direito na Modernidade consiste em que essa norma fundamental não é somente um pressuposto epistemológico mas uma “lei natural”.

A norma fundamental de Kant é norma do direito natural. E, além de determinar a gênese moral da validade do direito positivo, essa conduz ao dever moral da obediência do direito¹⁹⁶. Enfim, a origem que Kant dá à sua norma fundamental é parte de sua fundamentação da necessidade do direito positivo, mas não a esgota.

Para completá-la, trata também de uma vinculação do direito à política e, nesse passo, possibilita a revisão dessa relação. Política designa um modo de composição voluntário de interesses individuais ou coletivos de um dado grupo. Dessa composição surge um móbil para

¹⁹⁵ KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Trad. Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. Madrid, Tecnos, 1994, IV, 224, p. 31 (tradução nossa).

¹⁹⁶ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 116. Aqui ganha sentido a crítica de Robert Alexy: “... a norma fundamental kantiana baseada no direito racional tem efeitos mais positivistas que a de Kelsen. A norma fundamental de Kelsen diz que pode se interpretar como norma juridicamente válida toda norma promulgada e eficaz se assim se lhe deseja e desde que daqui não surja nenhuma obrigação moral. Por outro lado, no caso de não ser restringida, a norma fundamental de Kant diria que há de se interpretar toda norma promulgada e eficaz como norma juridicamente válida com independência do fato de que assim se deseje ou não e que, ademais, se está moralmente obrigado a obedecer toda norma deste tipo. Um tal positivismo radical moralmente fundamentado é muito menos aceitável que a variante epistemologicamente asséptica de Kelsen”, ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 120-121, [tradução nossa].

ação que se encontra na tradição das teorias do contrato social. Elemento constitutivo dessas teorias é a distinção entre um estado de natureza e um estado jurídico civil.

Consoante a isso as diferenças entre as teorias do contrato social resultam, entre outras coisas, da interpretação do estado de natureza. Na transição do estado de natureza para o estado civil de Kant já existem direitos baseados na razão, contudo, não estão suficientemente garantidos no estado de natureza. A fim de assegurá-los, a razão exige o passo ao estado civil¹⁹⁷:

Portanto, não é um *factum* o que faz necessária a conexão legal pública, mas que, por melhores e amantes do direito que se queira pensar os homens, se encontra já *a priori* na idéia racional de semelhante estado (não jurídico) que, antes de que se estabeleça um estado legal público, os homens, povos e Estados isolados nunca podem estar seguros frente à violência e fazer cada um o que lhe parece justo e bom por seu próprio direito sem depender para isso da opinião do outro. Portanto, o primeiro a que um homem se vê obrigado a decidir, se não quer renunciar a todos os conceitos jurídicos, é o princípio: é mister sair do estado de natureza, no qual cada um obra por sua força, e unir-se com todos os demais (com os quais não pode evitar entrar em interação) para submeter-se a uma coação externa legalmente pública; portanto, ingressar num estado no qual a cada um seja determinado *legalmente* e se lhe atribua desde um poder suficiente (que não seja o seu mas um exterior) o que deve ser reconhecido

¹⁹⁷ Durão interpreta que Habermas identifica um diferente fundamento da propriedade privada em Locke e Kant. Para Locke o sujeito tem a propriedade de sua própria pessoa; a partir da propriedade de si mesmo, do trabalho de seu corpo e de suas mãos pode transformar os objetos à sua disposição na natureza e impor sobre esses sua marca; isso implica que os objetos deixam de pertencer em comum a todos, pois se alguém se apropria do objeto, estará apoderando-se de algo que é exclusivamente seu: seu trabalho. Segundo Habermas, Kant deduz os direitos de propriedade, que são todos os direitos subjetivos privados, a partir do princípio do direito que faculta a todos iguais liberdades subjetivas privadas; só que neste caso as liberdades subjetivas privadas se referem à liberdade externa, ou liberdade para usar os objetos externos do arbítrio. Então, os direitos de propriedade são fundamentados no princípio de iguais liberdades subjetivas no seu uso externo (vd. DURÃO, Aylton Barbieri. La interpretación de Habermas sobre la tensión entre derechos humanos y soberanía popular en el pensamiento de Kant. *Doxa*, n. 26, p. 827-46, 2003).

como seu; vale dizer, que deve ingressar ante tudo num estado civil¹⁹⁸.

Immanuel Kant absorve as idéias de seu tempo e formula seu sistema a partir dos elementos presentes. Não concorda, por exemplo, com uma proposta similitude entre o “contrato social” com o contrato de direito privado, pois este é condicionado ao benefício oriundo do negócio, enquanto, aquele é (1).- dever incondicionado; (2).- fim em si mesmo; e, (3).- condição de possibilidade dos contratos empíricos¹⁹⁹.

Efetivamente, para o direito privado, o contrato deriva do acordo de vontades, na conformidade da lei, com a finalidade de adquirir, modificar ou extinguir direitos. Sua utilização é condicionada à observância dos princípios da obrigatoriedade; do consensualismo; e da autonomia da vontade. Pelo princípio da obrigatoriedade, tem-se que a palavra obriga, não comportando retratação; Pelo princípio do consensualismo, tem-se que o contrato forma-se pelo consenso da partes; Por fim, o contrato resulta da vontade autônoma, assim: (a).- vigora a faculdade de contratar ou não, (b).- possibilidade de escolher com quem fazê-lo, ou não, (c).- liberdade de fixar o conteúdo do contrato.

O indivíduo não adere ao pacto originário por razões metafísicas ou pragmáticas. É um dever incondicionado - transcendental - exigência da razão prática. No estado de natureza kantiano, o homem não vive isolado, mas em grupo, de caça, familiar, ..., o que implica em organização anterior ao estado. Organização precária, pois sem o estado não há segurança objetiva da observância das normas. Por exemplo, um acerto de distribuição da caça, esse não teria como ser imposto aos participantes, só com o surgimento do estado civil, a coação é possível²⁰⁰.

¹⁹⁸ KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Trad. Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1994, p. [tradução nossa].

¹⁹⁹ DURÃO, Aylton Barbieri. El liberalismo en el derecho político en teoría y praxis de Kant de 1793. *Crítica*, Londrina, v. 2, n. 7, abr./jun. 1997, p. 370. Nas palavras de Durão: “... O contrato originário é, ao contrário, um fim em si mesmo, não deve ser firmado pelos benefícios que possa gerar. Os contraentes têm múltiplas vantagens ao entrar numa sociedade civil, mas estão obrigados a firmar o contrato por um dever; se dispõem de vantagens, como a proteção da lei, é um fato adicional, mas como um fim em si mesmo, o homem está obrigado a entrar em uma sociedade civil, ou estado, por um mero respeito à lei”, DURÃO, Aylton Barbieri. El liberalismo en el derecho político en teoría y praxis de Kant de 1793. *Crítica*, Londrina, v. 2, n. 7, abr./jun. 1997, p. 371 [tradução nossa].

²⁰⁰ DURÃO, Aylton Barbieri. El liberalismo en el derecho político en teoría y praxis de Kant de 1793. *Crítica*, Londrina, v. 2, n. 7, abr./jun. 1997, p. 371-372.

Tem-se que Immanuel Kant inaugura a afirmação procedimental do conhecimento. É de se notar que, seu tratamento do direito natural por meio de um dever incondicionado, de um imperativo categórico, equivale ao estabelecimento de uma fórmula (procedimento) de racionalização, que estabelece um espaço de possível reconhecimento recíproco entre sujeitos de igual dignidade²⁰¹.

Realmente, para Kant, a legitimação não decorre da atuação estatal (até porque é o direito natural que fundamenta o positivo e não o contrário). Uma vez aceito que a legitimação das normas (na consciência) é resultado da autonomia moral, propõe que a aceitação das normas legais, pela sociedade, pode ser operada por meio da autonomia política dos cidadãos. Veja o argumento sobre a distinção entre arbítrio e vontade na doutrina kantiana²⁰².

Com a “Fundamentação da metafísica dos costumes” Kant afirma que se existe um entendimento entre os seres humanos é porque existe uma compreensão prévia sobre o significado das coisas (moralidade). E independente da dificuldade de acesso à intenção alheia, Kant pretende demonstrar que as distinções do valor moral, não são invenções filosóficas, mas subjazem ao senso comum e identificadas como fundamento do agir autônomo²⁰³.

²⁰¹ Durão identifica a república kantiana como uma estrutura jurídico-política porque une a dimensão do direito e da política, “uma vez que somente por meios políticos o direito natural pode converter-se em direito positivo” ... “o legítimo atuar jurídico-político deve basear-se no princípio de que somente são válidas aquelas máximas que o povo possa aceitar livremente, porém o povo mesmo não é a instância que deve aplicar o juízo jurídico-político. O que um povo não pode aceitar para si mesmo, tampouco pode o legislador obrigar o povo. Cabe ao soberano atuar segundo esta máxima. Kant concebe um princípio democrático, mas cuja aplicação suprime totalmente a democracia”, DURÃO, Aylton Barbieri. *El liberalismo en el derecho político en teoría y praxis de Kant de 1793. Crítica*, Londrina, v. 2, n. 7, abr./jun. 1997, p. 369 [tradução nossa]; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 126-127.

²⁰² Durão explica: “O arbítrio é o impulso do homem que o faz atuar, porém pode ter motivação empírica; a vontade é o princípio da faculdade do desejo vinculado à fundamentação da ação não à ação mesma. Enquanto o arbítrio é determinado, a vontade é o elemento legislador do arbítrio segundo princípios da razão prática. O arbítrio somente é livre arbítrio quando segue as determinações da razão. Porém além da distinção entre vontade e arbítrio, Kant têm que atualizar a teoria rousseauiana da separação da vontade de todos e a vontade geral desde do ponto de vista transcendental. É dizer, a vontade deve ter duas dimensões separadas, a vontade do sujeito e a vontade do povo”, DURÃO, Aylton Barbieri. *El liberalismo en el derecho político en teoría y praxis de Kant de 1793. Crítica*, Londrina, v. 2, n. 7, abr./jun. 1997, p. 367 (tradução nossa).

²⁰³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.

Ao associar o direito ao interesse universalizável, o direito natural racional representou uma nova forma de legitimidade para as leis e decisões políticas do legislador. Todavia, a racionalização social do mundo da vida e a conseguinte autonomização das esferas de valor, possibilitou o surgimento de duas perspectivas distintas de fundamentar o direito e a política, porque permitiu aos sujeitos avaliar criticamente e separar as questões relativas aos costumes e aos valores, por um lado, das referentes às normas de ação, por outro.

O sujeito passou a eleger reflexivamente seu próprio projeto existencial de vida e isso fomentou a pluralização de formas de vida diferenciadas por meios de distintos valores, surgindo assim uma esfera ética dos valores. Mas o sujeito começou, ademais, a dispor da autonomia moral para investigar, à luz de princípios, a validade das normas de ação que pretendiam ser no interesse de todos por igual e não somente de um indivíduo ou comunidade particular, o que constituiu uma esfera moral de caráter universalista.

Na dimensão ética, o indivíduo busca a autorrealização (“Selbstverwirklichung”) de seu projeto de vida ou, então, a comunidade deseja a autorrealização da própria forma de vida, enquanto na dimensão moral o sujeito autônomo procura a autodeterminação (“Selbstbestimmung”) resultante da aplicação de princípios universalistas para obter as normas de ação²⁰⁴.

Os citados argumentos estabelecem que a partir de então o direito legítimo repousa sobre princípios da razão (na modalidade de direitos humanos), que agora não são dados, posto que resultado de um contrato social, e este estatuto se funda sempre em um acordo racional. Bem seja de forma real, vale dizer, em um contrato primitivo real entre indivíduos livres no exercício da autolegislação decorrente soberania popular, que regula também a forma em que há de estatuir-se todo novo direito no futuro. Ou no sentido ideal de que só é legítimo o direito cujo conteúdo não repugne ao conceito de uma ordem conforme a razão²⁰⁵:

(a) No direito racional, articula-se um novo nível pós-tradicional da consciência moral, que submete o direito moderno a princípios e o transpõe para o nível da racionalidade procedimental. (b) As teorias do contrato social foram desenvolvidas em

²⁰⁴ DURÃO, Aylton Barbieri. La interpretación de Habermas sobre la tensión entre derechos humanos y soberanía popular en el pensamiento de Kant. *Doxa*, n. 26, p. 827-46, 2003.

²⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1a. ed, reimp., Madrid: Taurus, 1988, p. 340-1.

direções contrárias porque, em alguns casos, a positivação do direito enquanto tal passou para o primeiro plano, como o fenômeno a ser esclarecido; noutros casos, o fenômeno a ser esclarecido era a necessidade de fundamentação resultante dessa positivação. Porém nenhuma das duas direções conseguiu estabelecer uma relação plausível entre os momentos da indisponibilidade e da instrumentalidade do direito²⁰⁶.

A crítica àqueles que, como Kant, derivam o direito da moral é encontrada, dentre outros, no pensamento de Hans Kelsen. Ele rejeita essa tese porque para uma ordem social ser considerada moral, tal pressupõe a existência de uma moral absoluta (objetiva), mais ainda, essa ordem conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estatal que termina por constituir uma dada comunidade²⁰⁷.

Apresentado em linhas gerais o sistema do direito kantiano, tem-se que a validade da legislação não se baseia nem em sua eficácia social nem em sua legalidade conforme o ordenamento, mas em sua moralidade, na capacidade do sujeito em se determinar de acordo com uma prévia compreensão sobre o significado das coisas.

Enfim, no período final da modernidade, haverá a valorização da subjetividade do conhecimento com os estudos de Kant e Hegel. Kant por seu trabalho em apresentar o conhecimento em geral (e o direito especificamente) fundado em procedimento de validação racional a fim de eliminar aspectos metafísicos e Hegel por resgatar a explicação dialética do aspecto sócio-cultural.

A tradição republicana, nos moldes de Hegel na obra “Filosofia do direito” (1821), sustenta a existência de certos princípios sociais que não podem ser desprezados. Esses segundo Hegel devem ser incorporados pelo estado e aplicados, mesmo que de modo autoritário. Assim pretende conciliar o conjunto de princípios sociais com as instituições de uma identidade moral real²⁰⁸.

Há o resgate da cidadania. O grande homem é aquele que entende o “espírito” da época. A “eticidade substancial” é o conteúdo que informa a comunidade e que varia conforme as condições históricas e/ou

²⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 237-238.

²⁰⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª. ed. 5ª. tir. São Paulo: Saraiva, 2003, p.78.

²⁰⁸ PENA ECHEVERIA, Javier. Identidad comunitaria y universalismo. *Crítica* [UEL/PR]. Londrina:UEL, v. 2, n. 5, p. 05-54, out./dez. 1996, aqui especialmente p. 13.

sociais. De sorte que, o republicano, valoriza a eticidade e resulta num civismo acentuado.

Peña Echeverria interpreta que o republicanismo de Hegel propõe uma vontade racional absolutamente livre. Contudo isso só é obtido com a destruição de todo particular ou “positividade” preexistente. Assume-se, assim, o risco de que alguém chame para si a pureza da universalidade e a partir dessa restrinja toda a individualidade. Volta-se para o que é, para um projeto de vida moral real, em vez de manter-se na oposição infinita entre ser e dever ser da moralidade kantiana²⁰⁹.

Tampouco nas versões mais maduras logra o Direito Natural racional resolver a tarefa que ele mesmo se propõe, de explicar racionalmente as condições de legitimidade da dominação legal. Enquanto para Hobbes o direito positivo é, em última instância, um meio de organização do poder político, para Hegel o indivíduo possui uma natureza originada na história de vida do grupo e não em programa inserido no seu espírito antes do seu nascimento e para Kant o natural é constituída a partir da capacidade inata essencialmente moral.

Hobbes sacrifica a incondicionalidade do direito em sua positividade, em Kant a moral, deduzida “a priori” da razão prática, cobra tal predomínio, que o direito ameaça a dissolver-se nessa moral fundamentada em termos autônomos, não mais ao um direito natural de tipo religioso, mas, ainda assim, o direito fica rebaixado a um modo deficiente de moral²¹⁰. Hegel contrapõe a concepção individualista liberal ao ideal republicano e seus riscos de se conseguir integração ao preço da renúncia da subjetividade, já que se exige do cidadão fidelidade patriótica e lhe nega capacidade de determinação²¹¹.

Desde então, as propostas kantiana e hegeliana seguem como projetos alternativos para os estudos sobre a razão prática apta a fundamentar o estado e o direito. Essa razão prática terminará por formular um processo de prova de que as normas podem possuir o assentimento geral à luz de princípios válidos²¹².

²⁰⁹ PENA ECHEVERIA, Javier. Identidad comunitaria y universalismo. *Crítica* [UEL/PR]. Londrina:UEL, v. 2, n. 5, p. 05-54, out./dez. 1996, aquí especialmente p. 13.

²¹⁰ HABERMAS, Jürgen. ¿Como es posible la legitimidad por via de la legalidad? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Universidad de Alicante, n. 5, p. 21-45, 1988, aquí especialmente pp. 30-1.

²¹¹ PENA ECHEVERIA, Javier. Identidad comunitaria y universalismo. *Crítica* [UEL/PR]. Londrina:UEL, v. 2, n. 5, p. 05-54, out./dez. 1996, aquí especialmente p. 14.

²¹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 238-239. vd. WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho: Derecho natural y justicia material*. Trad. Felipe González Vicen. 2 ed. 1 reimp. Madrid: Aguilar, 1974, p. 112. Hegel vai além da

Nesse particular, Habermas afirma que Kant (associado ao liberalismo) aproveitou melhor do que Rousseau (identificado com os ideais republicanos) a idéia de legitimidade que a soberania do povo, conforme ao procedimento, garante a substância do direito humano originário²¹³. Desta sorte, Kant entenderá a universalidade das liberdades subjetivas como direitos humanos fundamentados moralmente, os quais condicionarão à formação política da vontade.

Os direitos humanos são vistos como o interesse simétrico de todos os seres humanos, porque resultam do procedimento de universalização do imperativo categórico, o que evita o reducionismo ético-político de Rousseau, e, por outro lado, os direitos humanos parecem dar conta do sentido liberal do império das leis, protegidos frente à vontade arbitrária do poder político do legislador.

Entretanto, a autonomia moral do indivíduo é concebida como anterior à soberania popular de modo que pressupostos da filosofia da consciência (o sujeito transcendental monológico) terminaram por desequilibrar a relação entre direitos humanos e a soberania popular²¹⁴.

E, vale considerar que, embora o conceito do direito racional se apresente fundamentado sob suposições da filosofia da consciência, este é mais útil para Habermas do que o conceito do direito prevalente na modernidade. Isso porque, tratou da exigência de uma explicação procedimental do direito, enquanto o positivismo contemporâneo voltou-se a explicações sistêmico-funcionais²¹⁵.

Habermas toma proveito do conceito de razão dirigida a conferir sentido ao conhecimento, sem necessitar de qualquer princípio empírico. O princípio categórico favorece a subjetividade do sujeito ao tempo em que o transcendental aparece como manifestação da consciência que não possui acesso à coisa em si, mas que a conhece pela dedução a partir de máximas da razão.

filosofia do sujeito ao postular que a realização da felicidade e da autonomia é construída já na esfera de um macrossujeito que opera de modo dialético através da história. Habermas no “Direito e Democracia” quase não o cita, reputa essa atitude à timidez ante a um modelo que fixou um padrão “inalcançável”, vd.: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 9.

²¹³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 135-6.

²¹⁴ DURÃO, Aylton Barbieri. La interpretación de Habermas sobre la tensión entre derechos humanos y soberanía popular en el pensamiento de Kant. *Doxa*, n. 26, p. 827-46, 2003.

²¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1a. ed, reimp., Madrid: Taurus, 1988, p. 342.

Na seção seguinte será desenvolvido como John Rawls explica a possibilidade da inclusão dos elementos voluntaristas na argumentação social. Se, tradicionalmente, o conhecimento era explicado pela pretensão de verdade expressa pela “imagem” estudada a partir da consciência individual. Do indivíduo que conhece²¹⁶. As formulações de Rawls possibilitam a revisão do conceito de razão prática, na base da dedução transcendental, em prol de outra figura procedimental²¹⁷.

Argumentos sob os quais, Habermas definirá seu estudo não sobre a base da “dedução transcendental”, pois renuncia: “à pretensão que Kant propôs alcançar com sua dedução transcendental: a uma prova da validade objetiva de nossos conceitos e objetos da experiência possível em geral”²¹⁸, mas à noção de discurso²¹⁹.

Nesse quadro, a verdade expressa na legislação não será compreendida de modo empírico, por sua relação com o mundo, mas sim com recurso a uma razão prática. Propõe-se a substituição do “a priori” do conhecimento por uma investigação das condições do entendimento. Consoante a isso, se a organização social é regida por um saber anônimo de regras nos moldes de Max Weber, há a necessidade de se esclarecer o procedimento coletivo que o origina. Motivo pelo qual, no campo do questionamento a respeito da norma a ser adotada, esse, na perspectiva do participante poderá corresponder ao “querer” e não ao do “conhecer”.

²¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 31.

²¹⁷ Nas palavras de Habermas: “Chamamos razão prática à capacidade (Vermögen) de fundamentar imperativos onde se modifique, conforme a referência à ação ou tipo de decisões a serem tomadas, não apenas o sentido ilocutório do “ter de” (müssen) ou do “dever” (Sollen), mas também o conceito de vontade, que deve poder ser determinada a cada momento por imperativos fundamentados racionalmente...” (HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: STEIN, Ernildo; DE BONI, Luís (orgs.) *Dialética e liberdade*. Petrópolis-Porto Alegre: Vozes-UFRGS, 1993, p. 296).

²¹⁸ VOLPATO DUTRA, Delamar J. *Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2a. ed. rev. e ampl. Florianópolis: UFSC, 2005, p. 20. vd. DURÃO, Aylton Barbieri. *A crítica de Habermas à dedução transcendental de Kant*. Londrina - Passo Fundo: Universidade Estadual de Londrina - Universidade de Passo Fundo, 1996.

²¹⁹ Nas palavras de Habermas: “Temos de abrir mão das premissas da filosofia do sujeito (“subjektphilosophisch”) do direito racional. Com o problema da compreensão entre as partes cujas vontades e interesses se chocam, as operações da razão prática executadas *in mente* deslocam-se para o plano dos procedimentos e dos pressupostos comunicativos dos discursos e discussões que são levados realmente a termo” (HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: STEIN, Ernildo; DE BONI, Luís (orgs.) *Dialética e liberdade*. Petrópolis-Porto Alegre: Vozes-UFRGS, 1993, aqui especialmente p. 303).

Se, como apontado no início dessa seção, na antiguidade era possível dizer que o direito precedia a política, com a modernidade, os teóricos tratarão de justificar as normas jurídicas, o que poderia ter resultado na aproximação da política e do direito e uma conseqüente revitalização dos debates sobre a razão prática. Todavia, como tratado na seção anterior, chegou-se a um conceito de razão prática conforme fins, o que levou a um conceito do direito esvaziado de elementos normativos e sem considerar o caráter procedimental da legitimação do direito e com o aperfeiçoamento da teoria de Dworkin chegar-se-á à dissolução do conceito de direito na política.

2.3 A Possibilidade de Justificação Normativa da Ação Social (A Teoria da Justiça de John Rawls e a recepção crítica da teoria do direito de Ronald Dworkin)

As teorias tradicionais concebem o direito como o instrumento de controle social que delimita o espaço de ação individual ou coletivo da pessoa de modo certo sob ameaça de sanções. Em termos mais precisos, determina a esfera de autonomia individual, sob argumentos formais de universalidade. Nesta perspectiva o ordenamento jurídico limita-se à função de segurança jurídica.

Com a modernidade, a maioria das pessoas concorda que o âmbito dos direitos individuais é limitado pelos direitos dos outros. Motivo pelo qual, tem-se o direito de fazer tudo o que não for proibido por uma norma jurídica. Os direitos não são absolutos, permanecem relacionados com obrigações.

Sempre que alguém tiver um direito, outra pessoa terá a obrigação de respeitá-lo. Uma obrigação jurídica é constituída pela determinação para agir, não agir ou de não impedir alguma ação. Diz respeito àquilo que foi arranjado pelo Estado, ou com seu consentimento, para regular a vida comum.

A partir dos anos 70, o sucesso das ciências sociais no ataque ao normativismo do direito racional desencadeou uma reação surpreendente, a filosofia, seguindo a esteira da reabilitação geral da filosofia prática, deu uma guinada para a linguagem, e tratou do resgate da normatividade do direito racional²²⁰.

²²⁰ A virada pragmática da teoria do conhecimento iniciada por Thomas Kuhn só foi percebida por Habermas com a publicação por Richard Rorty da obra "Philosophy and the Mirror of Nature" a qual evidenciou as implicações filosóficas do contextualismo, vd. HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: Ensaio filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 16.

Quando surgiu “A Theory of Justice” (Uma teoria da justiça) de John Rawls²²¹, filósofos, juristas, inclusive economistas, estabeleciam uma volta ingênua aos teoremas do século XVII e XVIII, como se não fosse preciso tomar ciência do desencantamento do direito, levado a cabo pelas ciências sociais. Todavia, Habermas adverte, se a retomada da argumentação do direito racional não levar em conta as reflexões, presentes na crítica econômica ou na teoria da sociedade, perdem-se as pontes que ligam a perspectiva do teórico a do participante²²².

Nesse aspecto, John Rawls estabeleceu um argumento promissor quando desenvolve sua idéia de um interesse normativo em moldes processuais de sorte a orientar a sociedade bem ordenada sob as condições de vida identificadas na sociedade contemporânea. A sociedade bem ordenada é aquela na qual há possibilidade de cooperação justa entre parceiros do direito, iguais e livres.

É a associação mais ou menos auto-suficiente de indivíduos que, em seu relacionamento, reconhecem normas de condutas como obrigatórias, as quais, na maioria das vezes, são obedecidas. Essas especificam um sistema de cooperação social concebido para realizar o bem comum das pessoas. Para tanto, suas instituições básicas precisam ser configuradas de acordo com a estrutura de princípios de justiça entendida como equidade (“fairness”)²²³.

Rawls com “Uma teoria da justiça” rompe abertamente com o utilitarismo²²⁴ e com a preferência dos filósofos da primeira metade do

²²¹ Rawls tratou, em especial, da questão da eventual estabilidade das estruturas sócio-políticas decorrentes de dois princípios: o da igualdade e o da diferença. O primeiro terço de “Uma teoria da justiça” estabelece os dois princípios; o segundo debate a sua concretização institucional; o último, de quase duzentas páginas, é consagrado à questão de saber se esses princípios constituem “uma concepção exequível” e, em particular, se funcionariam como concepção pública de justiça na regulação estável em sociedades plurais e complexas, aqui cita-se RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. 2a. ed. Trad. María Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, vd. WERLE, Denilson Luís. *Justiça e democracia: Ensaios sobre John Rawls e Jürgen Habermas*. São Paulo: Singular/Esfera Pública, 2008.

²²² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I., p. 83.

²²³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I., p. 84. O debate de Habermas com Rawls pode ser acompanhado na obra: HABERMAS, Jürgen. *Die Einzelziehung des Anderen, Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp Verlag, 1996.

²²⁴ Em sua formulação clássica, utilitarismo é encontrado nos trabalhos de dois filósofos ingleses, Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873). O princípio básico do utilitarismo foi formulado da maneira que segue: “Uma pessoa deve agir de modo a produzir o maior saldo de bem sobre o mal, para todos os considerados”; vd. RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. 2 ed. Trad. María Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 34-8. Bentham elaborou uma potente crítica ao “ethos” fundado na tradição e em seu lugar

século XX em explorar os ideais e princípios a defender em prol da análise de ideais e princípios éticos a serem buscados. Assinala um retorno ao estudo básico dos projetos sociais, em particular do que é desejável ao nível da organização política e social²²⁵.

Até então a justificativa da ação social era identificada com interesses práticos (fins) e não com referência a projetos (elementos normativos). Tal redução dos estudos de ética e de política decorria da concepção de que as questões relativas à desejabilidade não poderiam ser exploradas de forma intelectualmente disciplinada e respeitável.

Contra esse ponto, o método proposto por Rawls é apresentado por um paralelismo que estabelece entre lógica e lingüística. Para Rawls, desenvolver uma teoria ética, em especial o componente ético de uma teoria política - em suma, uma teoria da justiça - é identificar princípios (um procedimento) cuja aplicação conduza intuitivamente a agir bem em casos concretos.

São introduzidas, dessa sorte, considerações sobre a eleição racional em substituição de considerações do que se deveria realizar. A estratégia da argumentação rawlsiana é estruturada pela idéia da posição original no momento da eleição dos princípios de justiça. Esse argumento estabelece que não se deve perguntar diretamente quais fins devem justificar a vida social, mas, em vez disso, perguntar que estrutura sócio-política seria escolhida se se pudesse decidir quais estruturas se deve ter²²⁶.

Assim, o sujeito formula princípios que lhe permitirá buscar seus próprios fins. E, no desenvolvimento da argumentação, a primeira e mais original hipótese de Rawls é a de que, no momento da pergunta sobre quais instituições seriam estabelecidas (princípios), o sujeito deveria atender ao que escolheria sob um véu de ignorância (“veil of ignorance”) que o impedisse de ver sua posição na sociedade. É a esta situação de ignorância que Rawls chama posição original do contrato²²⁷.

A teoria da justiça rawlsiana nega o utilitarismo ético, pois, nesse modelo, os princípios da sociedade são escolhidos do ponto de vista de

sugeriu o estabelecimento do direito como elemento garantidor da ética estruturada em termos da utilidade social (vd. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995).

²²⁵ KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. *Rawls “Uma teoria da justiça” e os seus críticos*. Trad. Maria Carvalho. Rev. José Soares de Almeida. Lisboa: Gradiva, 1995, p. 19.

²²⁶ KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. *Rawls “Uma teoria da justiça” e os seus críticos*. Trad. Maria Carvalho. Rev. José Soares de Almeida. Lisboa: Gradiva, 1995, p. 20, 32-3.

²²⁷ KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. *Rawls “Uma teoria da justiça” e os seus críticos*. Trad. Maria Carvalho. Rev. José Soares de Almeida. Lisboa: Gradiva, 1995, p. 33.

um observador imparcial e racional, que não persegue seus interesses e que possui todas as informações relevantes. Afirma a concepção da escolha de princípios por vários contratantes, que representam as posições capitais na sociedade.

Pois, quando a filosofia do direito parte da abordagem normativa e justifica a aplicação do direito na “sociedade bem-ordenada” no contexto de tradições e instituições existentes, essa tem de encarar o problema de quão abstrata a idéia de justiça pode ser quando confrontada com a esfera do direito existente. É razoável supor que, alguém que nasceu em família humilde e conquistou uma vida confortável por obra de seu próprio esforço, terá tendência a ser contra políticas públicas, enquanto alguém que nasceu em família com maiores recursos tem uma tendência a resistir menos contra impostos mais altos a fim de financiar as políticas públicas. Com isso, a teoria do direito deve assumir o desafio de justificar o conjunto normativo faticamente existente em sociedades complexas e plurais.

Sob o véu de ignorância os contratantes desconhecem: seu lugar na sociedade, sua posição de classe ou status social; sua sorte na atribuição natural de talentos e habilidades de inteligência, força, beleza, etc.; sua concepção de bem e as particularidades de seu plano racional de vida; suas características psicológicas peculiares; a geração a que pertencem; e, situações particulares de sua sociedade. Se em tais condições o sujeito for capaz de identificar a estrutura que escolheria, então essa estrutura pode ter a pretensão de ser a estrutura justa. Afinal, é a estrutura que seria definida se não se pudesse introduzir interferências do interesse particular no processo decisório. Contudo, também pretende identificar uma estrutura exequível²²⁸.

O sentido de justiça pode justificar o desejo de agir justamente, porém esse motivo não tem efeito automático como, por exemplo, o desejo de evitar dores. Por isso, Rawls apóia-se na teoria fraca do bem, a fim de mostrar que instituições justas poderiam criar condições sob as quais é do interesse de todos perseguirem os próprios planos de vida. Na sociedade bem ordenada, também seria bom para o sujeito satisfazer às exigências da justiça.

Consoante a isso, John Rawls sugere que, na sociedade bem ordenada, os indivíduos desligados de seus interesses particulares devem partir de que cada um deve ter direito ao maior número de liberdades e de que só há possibilidade de desigualdade em benefício dos menos

²²⁸ KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. *Rawls “Uma teoria da justiça” e os seus críticos*. Trad. Maria Carvalho. Rev. José Soares de Almeida. Lisboa: Gradiva, 1995, p. 34.

favorecidos²²⁹. Percebe que o dilema das teorias normativas que pretendem validade universal no contexto do pensamento pós-metafísico é que no momento no qual essas estabelecem enunciados substanciais, suas premissas ficam presas ao contexto de surgimento de determinadas interpretações do mundo, ou até de auto-interpretações pessoais. Tão logo essa é positivada, sua substância passa a residir apenas na explicação do procedimento dos discursos éticos de entendimento²³⁰.

Consoante a isso, a proposta rawlsiana pode ser objeto de crítica devido ao fato de parecer ser apenas a reconstrução da noção de que a política deve se ater à tradição. Porém, Rawls faz dois reparos importantes com vista a tal objeção: a ponderação dos juízos e o equilíbrio reflexivo. Desta feita, estabelece que o problema contemporâneo não é o de fundamentar ou justificar as instituições sociais, mas, o de eliminar a indeterminação no momento da aplicação.

A primeira crítica trata do problema da aplicação dos princípios, indica que os juízos com os quais se exige que uma teoria da justiça esteja em concordância não são culturalmente determinados, mas são juízos ponderados de justiça. São juízos alcançados após a devida análise, alheios a interesses particulares e longe de outros fatores perturbadores. Estes juízos não são fundados nas intuições mais imediatas²³¹.

Opera o resgate do pensamento de Hegel de que a moralidade do indivíduo singular encontraria, nas instituições de uma sociedade justa, o seu contexto ético. A auto-estabilização da sociedade justa não se apóia, pois, na coerção do direito e, sim, na força socializadora de uma vida sob instituições justas. Tal vida aperfeiçoa e, ao mesmo tempo, estabiliza as disposições dos cidadãos para a justiça²³².

O segundo não trata do problema de aplicação, mas da plausibilidade do conceito de sociedade bem ordenada no contexto de uma sociedade concreta. De como justificar factualmente o assentimento de cidadãos dispostos ao entendimento. Esclarece que o ponto de

²²⁹ RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. 2a. ed. Trad. Maria D. González. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 31.

²³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I., p. 92.

²³¹ KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. *Rawls "Uma teoria da justiça" e os seus críticos*. Trad. Maria Carvalho. Rev. José Soares de Almeida. Lisboa: Gradiva, 1995, p. 20. Sobre a crítica de Jürgen Habermas à teoria da justiça de Rawls: BARBIERI, Aylton. *La crítica de Habermas a los fundamentos éticos de la teoría de la justicia de Rawls*. *Crítica*, Londrina, v. 1, n. 4, pp. 405-420, jul./set., 1996.

²³² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I., p. 85.

equilíbrio a ser alcançado é um equilíbrio reflexivo. Atribui esta qualificação porque admite, mais uma vez em paralelismo com a lógica e a lingüística, a grande probabilidade de um teórico encontrar, ao tentar sistematizar o seu sentido de justiça, alguns juízos ponderados que recusam ajustar-se a princípios que noutras circunstâncias seriam perfeitamente adequados²³³.

Vale considerar que o uso público da razão nem sempre leva ao almejado acordo racionalmente motivado, seja em questões na perspectiva do observador, seja, principalmente, em questões na perspectiva do participante. As razões para isso devem ser buscadas no trabalho de demonstração de que as pretensões racionais ideais impõem ao espírito finito. Se isso vale para discursos científicos, nos discursos práticos, é preciso levar em conta, além disso, que as questões da vida boa, ainda quando tratadas sob condições ideais, somente podem encontrar uma resposta racional no horizonte configurado por um esboço de vida já pressuposto como válido.

Afinal, uma teoria da justiça, talhada conforme as condições da vida contemporânea, precisa contar com uma variedade de formas e planos de vida coexistentes e que encontram a mesma justificativa. Entretanto, na perspectiva de diferentes tradições e histórias de vida, perdurará um dissenso racional sobre essas formas e planos. Por isso, a teoria deve limitar-se ao círculo estreito das questões políticas e morais fundamentais, nas quais se pode esperar racionalmente um “consenso por sobreposição”; são precisamente as questões que dizem respeito a valores neutros do ponto de vista das cosmovisões e aceitáveis em geral. O que se procura são princípios ou normas que incorporam interesses generalizáveis²³⁴.

Habermas confessa não saber ao certo precisar as implicações da teoria da justiça de Rawls e admite que não pretende discutir a formulação dos princípios (seu conteúdo), pois considera que essa atividade de legislação compete aos indivíduos. Porém, acredita ter encontrado uma prova argumentativa da possibilidade de que uma teoria normativa da justiça possa se estabelecer em cultura na qual o costume e a tradição fizeram com que certas convicções liberais básicas entrassem

²³³ KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. *Rawls “Uma teoria da justiça” e os seus críticos*. Trad. Maria Carvalho. Rev. José Soares de Almeida. Lisboa: Gradiva, 1995, p. 20-21; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I., p. 85.

²³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I., p. 87-8.

nas práticas do intercâmbio cotidiano e nas intuições de cada um dos cidadãos²³⁵.

Partindo desse ponto, Habermas, interpreta que na sociedade pluralista, a teoria da justiça só pode contar com aceitação, quando se limitar a uma concepção pós-metafísica em sentido estrito. Em outras palavras, se evitar tomar parte na disputa entre formas de vida e cosmovisões.

Sob tais suposições, Habermas dialoga com o pensamento de Ronald Dworkin. Porque identifica que esse trata do problema da aplicação sob argumentos do entendimento resultante da aprendizagem social (princípios) e o traduz para a metodologia do direito.

Dworkin desenvolve a noção de que o sistema do direito deve ser conhecido pela argumentação a partir de princípios e regras e afirma que a teoria do direito deve ser capaz de refletir a compreensão normativa expressa pelos princípios. Em síntese, deve tratar das questões de aplicação que permeiam a perspectiva do participante.

Ora, os sistemas jurídicos enfocados até aqui, por desenvolverem exclusivamente a perspectiva do observador, deixaram de lado a autocompreensão normativa do direito. Todavia, como chama atenção Habermas, a perspectiva do observador deve ser engatada em alguma teoria normativa na realidade para se capaz de contar com o assentimento livre dos cidadãos. Mas, a opção pelo estudo na perspectiva do participante, não prescinde da perspectiva do observador. A perspectiva do participante, uma teoria normativa, desenvolvida a partir da reflexão crítica da estrutura do estado de direito (“rule of law”) de sociedades concretas, não pode ignorar o contexto da descrição dos processos políticos já consolidados²³⁶.

A exemplo de Rawls, Dworkin considera que um conceito de justiça pós-metafísico não pode ser desacoplado dos esboços abrangentes, concretos e, por isso mesmo, motivadores, de uma vida bem-sucedida. Estabelece que considerações de caráter ético são aptas a

²³⁵ Rawls, é ainda mais ambicioso, acredita que tal contexto pode ser encontrado não somente na cultura pluralista dos Estados Unidos, vd. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 88-9.

²³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 94. Werle aponta que além da relação de complementariedade entre moral e direito, Habermas procura mostrar que o princípio da democracia justifica a existência de sistema de direitos de modo co-originário e com uma interdependência recíproca entre esses, vd. WERLE, Denilson Luís. *Justiça e democracia: Ensaios sobre John Rawls e Jürgen Habermas*. São Paulo: Singular/Esfere Pública, 2008, p. 120.

solucionar o provável dissenso sobre as orientações vitais e devem ser aproveitadas para a determinação do complexo motivacional necessário à justificação de um sistema jurídico em sociedades contemporâneas²³⁷.

Em sua teoria política de Ronald Dworkin²³⁸ sustenta que a legitimação do sistema jurídico decorre de se tomar seriamente o predicado da dignidade humana, traduzido em certo conjunto de direitos morais²³⁹. Tem que embora possa ser difícil a determinação da norma jurídica (o estabelecimento da decisão correta), ainda assim, a teoria geral do direito não deve ser cética, mas insistir na busca dessas decisões. Determina que os direitos sejam levados a sério, e que tal é possível desde que seja seguida uma teoria do direito coerente e que haja consistência com a posição de moralidade política, não necessariamente com o contexto fático.

As teorias tradicionais apresentam que, na relação de direito privado as partes interessadas contratam a partir do recíproco reconhecimento de que são iguais, melhor dizendo, parte-se de que ambas são autônomas e fazem o melhor para si. Por exemplo, quando uma pessoa adquire algo, numa loja, e, obriga-se ao pagamento, possui o direito de receber a coisa adquirida. Tem-se aí uma relação de compra e venda. Ambos, comprador e vendedor se encontram na mesma posição, no mesmo plano, ambos ajustam os melhores meios para realização do negócio, de maneira que a relação é de coordenação.

²³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 90-1.

²³⁸ Ronald Dworkin apresenta sua teoria política nas obras: “What is equality?” (quatro volumes); “Ética privada e igualitarismo político”; e, “A comunidade liberal”. A teoria jurídica está expressa em: “Taking rights seriously”; “Law’s Empire”; “A matter of principle”, “Life’s dominion” e “Freedom’s Law: the moral reading of the American Constitution.”

²³⁹ Volpato Dutra associa essa hipótese ao pensamento kantiano, embora a sua filiação não seja exclusiva a este; na “Fundamentação à metafísica dos costumes” o princípio da humanidade aparece com a seguinte formulação: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. Segundo Heck, em decorrência dessa formulação, Kant pôde pontificar que a humanidade comporta certos direitos, inclusive contra a vontade individual (HECK, José N. Direito subjetivo e dever jurídico interno em Kant. Disponível em <http://logica.cle.unicamp.br/pub/kant-e-prints/vol.1.n.4.2002.pdf> Consultado em 12 maio 2009. Também publicado em Revista Veritas, Porto Alegre, v. 48, 2003, p. 59-75). Por conseguinte, o predicado da humanidade se alicerça na liberdade, sendo este o único direito que decorre da humanidade do homem. Assim, por exemplo, vedar a alguém a livre expressão de seus pensamentos poderia ser considerado tratamento desumano, pois sua dignidade de ser humano comportaria a livre manifestação de seus pensamentos. VOLPATO DUTRA, Delamar José; PILON, Almir José. Filosofia jurídica contemporânea, justiça e dignidade do ser humano: John Rawls e Ronald Dworkin. In.: WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos do Humanismo Jurídico no Ocidente*. Barueri/Florianópolis: Manole/Fundação José Arthur Boiteux, 2005, pp. 181-213, aqui especialmente p. 203.

Como explica Ronald Dworkin ter um direito individual significa ter um espaço de liberdade de ação sobre o qual o estado não pode interferir ou que só pode interferir sob fundamentos especiais²⁴⁰. Desta sorte, o indivíduo pode fazer algo, mesmo quando a maioria pensa que isso seria mau ou mesmo quando possa diminuir a utilidade para a maioria. O critério para saber se um direito é individual é se ele pode ser exigido por conta própria, sem que outros tenham de concorrer para tal²⁴¹.

Enquanto na perspectiva individual, a afirmação de um direito possibilita ao sujeito exigir uma abstenção de outrem por intermédio do estado. Na perspectiva coletiva faculta-se ao sujeito a pretensão de exigir uma prestação positiva, uma ação, por parte do próprio estado. Por exemplo, as leis penais não são estabelecidas na perspectiva dos direitos individuais que poderiam ser exigidos por alguém, mas direitos que dependem de uma definição política anterior. Nesse caso constitui-se em poder-dever estatal de repressão das condutas criminosas²⁴². Na perspectiva coletiva, o direito penal não disciplina um vínculo entre indivíduos, do criminoso com a vítima, ou da vítima com o estado, ou do criminoso com o estado, mas entre toda a sociedade, a vítima e o criminoso. Quando da aplicação da sanção penal, o estado atua em substituição à sociedade impedindo que ocorra “justiça com as próprias mãos”.

Ao lado das relações de coordenação, encontram-se outras nas quais o estado aparece em posição, eminente, institucional, ou seja manifestando a sua autoridade organizada. Por exemplo, quando o Tribunal Eleitoral convoca os eleitores para as urnas, existe uma prescrição por parte do estado, o cidadão lhe deve obediência, sob pena de serem aplicadas sanções. Mesma solução na hipótese de se uma prefeitura decidir contratar uma compra por meio de licitação, é esta quem decide as condições, somente cabendo ao particular (vendedor) habilitar-se, ou não, então diz-se que há uma relação de direito público.

Pois bem, operada a distinção entre direitos individuais e direitos coletivos, Dworkin considera o problema da determinação de seus

²⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press: Massachusetts, 1977, p. 188.

²⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press: Massachusetts, 1977, p. 194.

²⁴² VOLPATO DUTRA, Delamar José; PILON, Almir José. Filosofia jurídica contemporânea, justiça e dignidade do ser humano: John Rawls e Ronald Dworkin. In.: WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos do Humanismo Jurídico no Ocidente*. Barueri/Florianópolis: Manole/Fundação José Arthur Boiteux, 2005, pp. 181-213, aqui especialmente p. 204-5.

limites e extensão. Esse problema é importante, pois diz respeito diretamente a questões do governo segundo a regra da maioria e, portanto, a questão da relação entre direitos e utilidade²⁴³. Afirma que, tradicionalmente, o direito diz respeito a dar a cada um o que é seu e, dessa maneira, pode tratar da divisão que compensa a má distribuição dos valores, sejam naturais, ou sociais. Nesse sentido, prevalece uma particular percepção do que seja igualdade.

A igualdade que pode sob a perspectiva individual é entendida em sentido formal (isonomia), deve se dar a cada um uma mesma participação nos recursos sociais. Sob a perspectiva coletiva é entendida em sentido material (como equidade), deve se dar a cada um segundo sua necessidade. Àqueles que possuem mais, receberão menos na divisão estatal dos recursos sociais. Consoante a isso, a circunstância de que a justiça seja um particular tipo de correção tem profundas implicações.

Ronald Dworkin trata desse problema a partir da apresentação de dois modelos: o de equilíbrio (“balance”) e o de prioridade. Com o primeiro modelo é buscado um equilíbrio entre os direitos individuais e o bem-estar coletivo, conferindo a cada um o que é seu. Para Dworkin, esse modelo é incompleto, pois não respeita a dignidade humana ou a igualdade em sentido material. O direito no sentido coletivo estatui que ferir um direito fundamental significa tratar a um homem como algo menos que um homem, ou como menos digno de consideração e respeito do que outros homens. De fato, não permitir a alguém expressar seus pensamentos é tratá-lo indignamente. Não respeitar os direitos do acusado no processo criminal, por ser caro, é considerar essa pessoa com menos consideração e respeito do que aquelas para as quais será destinado o dinheiro não gasto com ele²⁴⁴.

Vale considerar, o liberalismo de Dworkin surge como teoria política que pretende justificar a atuação positiva operada através da legislação. Recorda que a teoria liberal tradicional se desenvolveu a partir da consideração de que o direito devia assumir forma negativa, pois expressava a preocupação com os limites do exercício do poder. O

²⁴³ VOLPATO DUTRA, Delamar José; PILON, Almir José. Filosofia jurídica contemporânea, justiça e dignidade do ser humano: John Rawls e Ronald Dworkin. In.: WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos do Humanismo Jurídico no Ocidente*. Barueri/Florianópolis: Manole/Fundação José Arthur Boiteux, 2005, pp. 181-213.

²⁴⁴ VOLPATO DUTRA, Delamar José; PILON, Almir José. Filosofia jurídica contemporânea, justiça e dignidade do ser humano: John Rawls e Ronald Dworkin. In.: WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos do Humanismo Jurídico no Ocidente*. Barueri/Florianópolis: Manole/Fundação José Arthur Boiteux, 2005, pp. 181-213.

direito não devia ser explicado de modo metafísico ou ser vinculado a um conteúdo material predeterminado, mas sim com referência a alguns direitos básicos a serem protegidos pela sociedade. Um estado de direito com ênfase na proteção dos direitos civis e políticos. Para essa teoria, as normas jurídicas resultam de uma necessidade e podem ser explicadas pelo interesse protegido, favorecendo uma concepção de utilidade social e justificada nas funções do direito²⁴⁵.

Isso porque, o liberalismo tradicional, quando postulava tratamento igual para indivíduos considerados formalmente iguais, era orientado pelo raciocínio do “*pacta sunt servanda*” (os pactos devem ser cumpridos). Base sob a qual a atuação do estado dirige-se não para o conteúdo do negócio, mas para a garantia do pactuado²⁴⁶.

A tradição liberal era associada ao utilitarismo ético, o qual propõe que a conduta humana seja avaliada de modo neutro, como a maximização do bem estar social líquido. Ou seja, deve se fazer um “cálculo custo x benefício” com o qual a menor restrição à liberdade deve gerar o máximo de ganho social. De modo que, uma ação é moralmente justificada quando, ao se comparar às possíveis alternativas, suas conseqüências são as que geram o maior saldo de satisfação sobre insatisfação, para todos os considerados²⁴⁷.

²⁴⁵ vd. DURÃO, Aylton Barbieri. La moralidad en la ilustración. *Boletim*. Londrina [UEL], n. 35, pp. 43-54, jul./dez., 1998.

²⁴⁶ Já havia ensinado Adam Smith, no clássico “*The Wealth of Nations*”, que o equilíbrio econômico surge do trabalho individual em busca do seu bem. Assim, cada indivíduo sempre busca o melhor para si e individualmente progride, o que beneficia o grupo, por ser este compreendido como a reunião de todos. Nessa linha, o Estado não deve dizer quando vender, mas sim, garantir que, uma vez negociado, o produto seja entregue e criar bases para cobrança do preço. A atividade econômica, então, seria regulada através de um pensamento objetivo: cada um busca o melhor para si e a demanda regula a oferta. Nesta perspectiva, valoriza-se a autonomia das partes, uma vez que, acredita-se que o mercado possui a capacidade de se autorregular, o Estado atua excepcionalmente para limitar os excessos. Conseqüentemente os interessados nessa regulamentação, seriam somente os dos próprios concorrentes, como se não existisse um interesse social no bom desenvolvimento dos negócios. Então afirma que a atuação do direito dirige-se para garantir um direito subjetivo de cada concorrente ao livre desenvolvimento de sua “personalidade econômica”. Aylton Barbieri explica que o ponto central do paradigma tradicional é que no Estado de Direito todos são iguais perante a lei, o que implica na previsibilidade dos julgamentos. De antemão, todos devem saber qual é seu espaço de ação. Desse conhecimento decorre da exigência da delimitação clara da legalidade. A lei representa a vontade geral e baliza a interferência estatal nos negócios privados (Notas de aula da disciplina “Filosofia do Direito”, ministrada pelo prof. Aylton Barbieri Durão junto ao Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina em 26 de novembro de 2001).

²⁴⁷ BORGES, Maria de Lourdes, “et al.”. *Ética: o quê você precisa saber sobre...* Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 33.

Nessa esteira, o liberalismo político de Dworkin se afasta do modelo do equilíbrio (“balance”) e afirma que ferir um direito fundamental é mais grave do que deixar de realizar uma utilidade social. Não se trata de equilibrar, mas de realizar prioritariamente tais direitos. É por isso que se diz que mais vale mil criminosos soltos do que um inocente preso, pois a injustiça, nesse caso, é muito maior do que os benefícios provenientes de um procedimento que facilitasse as condenações e que provavelmente levaria à prisão boa parte dos mil criminosos inocentados durante o julgamento. É nesse momento que valem os raciocínios sobre os critérios para limitação de um direito fundamental.

Dessa forma, só em casos extremos se pode, legitimamente, pensar em restringir um direito individual. As instituições devem estar programadas de forma a terem um claro direcionamento, na visão consistente e coerente dos direitos fundamentais, que traduzem, com toda certeza, uma cena dicção da dignidade humana. Se a formação do direito racional mostrou que a modernidade foi instaurada sob pressupostos de universalização. Porém, a sociedade se fragmentou em diferentes tradições de compreensões políticas. Nesse passo, a teoria política de Dworkin leva a formulação do princípio da integridade do sistema jurídico.

A exemplo de Rawls, Dworkin supõe a presença de conteúdos deontológicos que são inerentes às condições da própria estrutura sócio-política. Consoante a isso, o ideal democrático incorporado ao estado de direito faz com que seu conteúdo deontológico seja parte indissociável do sistema jurídico. Mais conteúdos morais podem ascender e acedem à legislação, por meio do procedimento legiferante e jurisdicional²⁴⁸.

Na situação proposta por White um indivíduo altruísta estratégico-racional, como seu oposto, o egoísta estratégico-racional, usualmente acharão racional não participar de um esforço cooperativo quando estão envolvidos bens coletivos. Se este for o caso, alguém poderá afirmar que a ação cooperativa é irracional. É apenas pela reclassificação pelo critério contextual que essas categorizações intuitivamente inadequadas poderão ser evitadas²⁴⁹.

Em outras palavras, para a ação de votar ser considerada racional é necessário referir-se às expectativas associadas ao papel de um

²⁴⁸ VOLPATO DUTRA, Delamar José. Da problemática na aplicação do direito: A recepção habermasiana da teoria do direito de Dworkin. *Dissertatio* [21], 61-88, inverno de 2005, aqui especialmente p. 76.

²⁴⁹ WHITE, S. K. *Razão, justiça e modernidade: a obra recente de Jürgen Habermas*. Trad. Márcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 1995, p. 28.

cidadão de uma organização política democrática e, desse modo, expressar seu compromisso com os valores compartilhados nos quais se baseia tal organização política. No âmbito de uma estrutura contextual-racional, ações de participação política, tais como votar, podem ser compreendidas como manifestações válidas em relação a um conjunto de normas democráticas.

Como descrito, o direito moderno foi estruturado para a integração social de sociedades econômicas, que instrumentalizadas, do ponto de vista ético, dependem das decisões descentralizadas de sujeitos singulares orientados teleologicamente em direção ao sucesso próprio. Consoante a isso, o direito moderno é entendido como definidor das ações e comportamentos socialmente aceitáveis, como mecanismo que alivia os indivíduos das pesadas atribuições de obter entendimento quando da integração social, o que não implica na anulação conceitual do espaço da comunicação.

Nesse quadro, a teoria política de Dworkin sugere a integridade do direito por meio da interpretação a partir de princípios resultantes da vivência social, nas palavras de Habermas:

O princípio da integridade caracteriza o ideal político de uma comunidade na qual os parceiros associados do direito se reconhecem reciprocamente como livres e iguais. É um princípio que obriga tanto os cidadãos quanto os órgãos da legislação e da jurisdição a realizar a norma básica da igual consideração e do igual respeito por cada um...²⁵⁰

Consoante a isso, Habermas toma proveito da percepção de que a teoria da argumentação jurídica estabelecida por Dworkin desenvolve um argumento plausível sobre a aplicação de elemento externo de correção ao sistema jurídico e extraí que a formulação do princípio da integridade implica na metodologia da interpretação reconstrutiva. Vale esclarecer, os princípios são como “trunfos” (conquistas sociais) e assumem o lugar dos interesses ou “fins utilitaristas”, compete ao juiz encontrar e reconstruir os seus vestígios.

Com a inserção do argumento principiológico, a teoria da argumentação jurídica recebe uma nova tarefa: a de esclarecer a jurisdição como atividade distinta da legislação. E, nessa esteira,

²⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 267.

Dworkin sustenta a tese da única resposta correta para cada caso a ser identificada pelo juiz Hércules²⁵¹:

A sua motivação lógica tende para a igualdade ... o seu mandamento de integridade presume que cada pessoa tenha tanto valor quanto qualquer outra, que cada uma deva ser tratada com igual consideração, segundo uma concepção coerente quanto ao que isso significa²⁵².

Isso impõe como condição que, ao se aplicarem leis, juízos antecipados e argumentos dogmáticos, operar-se-á com a pressuposição de que cada um desses elementos aplicados possa ser justificado em um contexto abrangente:

Requer dos nossos juízes, à medida que isso for possível, que tratem do nosso presente sistema de padrões públicos como de um sistema que expressa e respeita um conjunto coerente de princípios, e isso de tal maneira que interpretem esses padrões para encontrar padrões implícitos sob os padrões explícitos²⁵³.

O descobrimento ou a busca por normas implícitas não ocorre de modo arbitrário, nem com uma intenção legislativa usurpadora. Dworkin insiste para que os juízes não criem novos direitos, mas descubram os direitos que sempre existiram, ainda que frequentemente de modo implícito²⁵⁴. Esta argumentação confere uma natureza moral

²⁵¹ Alexy levanta dúvidas contra esse tipo de “holismo jurídico” que lembraria o discurso sobre a unidade da ordem jurídica e da ordem constitucional como princípio de interpretação a partir dos direitos fundamentais. Entretanto, a Dworkin não importa apenas a coerência de uma ordem predeterminada objetivamente, mas a consideração igual de todos os portadores de direitos. Somente dessa exigência é que resulta o mandamento da integridade, e não das necessidades institucionais de coerência ou de estabilização de uma ordem de valores autônoma. As manifestações de Dworkin sobre esse ponto não são muito claras. Essas devem ser especificadas, fazendo-se com que, mais uma vez, a fundamentação e a justificação de direitos sejam relacionadas com discursos de aplicação.

²⁵² DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: mass./London: The Belknap Press of Harvard UP, 1986, p. 213.

²⁵³ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: mass./London: The Belknap Press of Harvard UP, 1986, p. 217.

²⁵⁴ Como explica Volpato Dutra, Dworkin é levado a estabelecer que tais direitos pertencem ao sistema “ex ante” porque a concepção de um direito “ex post” feriria, o postulado de que o direito não pode ser aplicado retroativamente, ainda mais se em prejuízo aos envolvidos, pois atentaria contra à noção da segurança jurídica e ao conseqüente conhecimento prévio do direito enquanto condicionamento para a noção contemporânea de imputabilidade, vd. VOLPATO DUTRA, Delamar José. Da problemática na aplicação do direito: A recepção habermasiana da

aos direitos, portanto, inacessíveis à alteração legiferante ou judicial. Esses são derivados do respeito e consideração iguais que são a todos devidos e enraizados nos princípios legitimadores de uma comunidade.

A teoria do direito de Dworkin posta-se a favor da correção do sistema. E, nesse sentido, combate a discricionariedade dos julgamentos, sob o argumento de que isto significaria uma aplicação retroativa do direito, atentando contra o uso legítimo da coerção por parte do estado. Um juiz que deixe de contemplar o argumento de que os princípios possibilitam a aplicação do direito de modo correto, aplicaria uma decisão política, representada pelo caso precedente, de modo desigual e, conseqüentemente, desleal²⁵⁵.

Nesse passo, a teoria tradicional sobre a legislação e jurisdição deve ser revista. Uma vez que, a competência de positividade normativa e a faculdade jurisdicional precisam, por sua vez, serem justificadas de novo à luz do princípio da integridade, tal como as leis e os juízos antecipados necessitem ser considerados ao decidir-se um caso isolado²⁵⁶.

A estratégia de Dworkin é evitar a discricionariedade dos julgamentos pelo esclarecimento da atuação de princípios no direito, os quais compõem o sistema jurídico como espécie de normas. De tal forma, a afirmação de que os princípios são espécie de norma, supõe, supera o problema da aplicação retroativa da lei e da afronta à soberania popular. Pois, Dworkin afirma que, todavia não estivessem positivados pelo legislador, esses já integravam o direito antes da decisão. Ademais, no caso de dois ou mais conjuntos de princípios disputarem a resposta correta para o caso, a dimensão da eticidade evitaria o arbítrio do juiz na escolha entre uma ou outra formulação dos princípios.

Então, Dworkin favorece a abertura do sistema jurídico segundo o argumento da presença dos princípios como modalidade de norma. Habermas, por sua vez, segue a intuição de Klaus Günther segundo quem a distinção entre regras e princípios não deve ser entendida como uma distinção entre dois tipos de normas, mas como uma distinção entre dois tipos de aplicação das normas²⁵⁷. Nas palavras de Habermas:

teoria do direito de Dworkin. *Dissertatio*, n. 21, pp. 61-88, inverno de 2005, aqui especialmente p. 73.

²⁵⁵ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: Justificação e aplicação*. Trad. Claudio molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 406-7.

²⁵⁶ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: Justificação e aplicação*. Trad. Claudio molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 410.

²⁵⁷ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: Justificação e aplicação*. Trad. Claudio molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 404. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. Martins Fontes: São Paulo, 2002. Nesse particular

... Regras são normas concretas, já determinadas para uma aplicação específica, como, por exemplo, as prescrições formais para uma aplicação específica, como, por exemplo, as prescrições formais para a redação de testamentos; ao passo que os princípios jurídicos são gerais e carentes de interpretação (direitos humanos, igualdade de tratamento, etc.). Tanto as regras (normas), como os princípios, são mandamentos (proibições, permissões), cuja validade deontológica exprime o caráter de uma obrigação. A distinção entre esses tipos de regras não pode ser confundida com a distinção entre normas e determinação de objetivos. Princípios e regras não têm estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização - conforme é sugerido pela “ponderação dos bens” nas demais doutrinas metodológicas -, porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica. Regras e princípios também servem como argumentos na fundamentação de decisões, porém o seu valor posicional na lógica da argumentação é diferente. Pois regras contêm sempre um componente ‘se’, que especifica condições de aplicação típicas da situação, ao passo que princípios ou surgem com uma pretensão de validade não-específica, ou são limitados em sua esfera de aplicação através de condições muito gerais, em todo caso carentes de uma interpretação. Pode-se explicar a partir daí a diferença característica entre regras e princípios no que tange à atitude de colisão, que Dworkin coloca em relevo. Só se pode solucionar um conflito entre regras, introduzindo uma cláusula de exceção ou declarando uma das regras conflitantes como inválida. Ora, no conflito entre princípios, não se faz necessária uma decisão do tipo ‘tudo ou nada’. É certo que um determinado princípio goza de primazia, porém não a ponto de anular a validade dos princípios ‘que cedem

Robert Alexy afirma que ainda aguarda o esclarecimento sobre quais aspectos tornaria essa distinção mais proveitosa para a teoria do direito, do que o modelo que supõe o princípio como modalidade de norma (ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Trad. Jorge M. Seña. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 76).

lugar'. Um princípio passa à frente de outro, conforme o caso a ser decidido. No desenrolar dos casos, estabelece-se entre os princípios uma ordem transitiva, sem que isso arranhe sua validade²⁵⁸.

Desta sorte, a inclusão do argumento principiológico no pensamento de Dworkin consiste na revisão do conceito de regra proposto por Hart. As regras são positivadas pelo legislador enquanto que os princípios são associados ao entendimento. Enquanto Habermas faz menção aos princípios para explicar como é possível solucionar o problema da indeterminação de normas jurídicas.

Quem apela para uma interpretação substantiva, traz consigo o temor quanto a uma descrição paternal do judiciário. Há necessidade então de um procedimento que garanta a legitimidade das decisões sem ignorar o caráter ético das normas. Habermas, assim, afirma que a jurisdição deve cumprir simultaneamente o predicado da segurança e da legitimidade, mas sem assumir papéis reservados ao legislador.

Tendo isso em vista, Habermas encontra na teoria do direito de Dworkin um fio condutor para realizar a tarefa de especificar um procedimento apto a suportar essa carga de legitimação. Tal deve resultar num direito capaz de resguardar os direitos individuais básicos para tornar possível o exercício da autonomia pública²⁵⁹.

No pensamento de Dworkin, os princípios servem para esclarecer como as decisões jurídicas foram produzidas, esclarecem a racionalidade com a qual os direitos são atribuídos ou negados. Segundo esse conceito, um juiz precisará estabelecer uma relação coerente entre a sua decisão e a teoria política geral, passando pela argumentação da vontade legiferante e aqueles princípios que, diante de um caso isolado, podem ser tomados de uma teoria abrangente de concepções de bem comum e ser compatibilizada com outras decisões que também forem consideradas importantes (precedentes judiciais)²⁶⁰.

A exemplo de Rawls, Dworkin supõe a presença de certo sentido deontológico no direito, o qual já estaria incorporado à linguagem dos juristas. E, partindo do ponto de vista do juiz, afirma ser possível chegar a sentença correta para o caso. Tal se daria sem necessidade de se

²⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 258-9.

²⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 297.

²⁶⁰ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: Justificação e aplicação*. Trad. Claudio molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 405.

remeter a alguma forma de direito natural, mas a partir do próprio direito positivo corretamente entendido. Explica Aylton Barbieri que enquanto o princípio dinâmico de Hart, sua norma de reconhecimento, permite identificar as demais regras do jogo de linguagem do direito, o princípio dinâmico para Dworkin, o princípio de integridade, por sua vez, autoriza o juiz Hércules realizar a interpretação construtiva do sistema jurídico nos casos de aplicação de normas²⁶¹.

Conforme a teoria da interpretação de Dworkin, o ato de interpretar evolui marcado por uma pré-compreensão que estabiliza a relação entre norma e circunstâncias (estado de coisas) e abre o horizonte para conexões relacionadas. A pré-compreensão, inicialmente difusa, se torna mais articulada conforme as circunstâncias tornam mais concreta a norma²⁶².

Vale destacar que embora Dworkin afirme tratar dos princípios objetivamente identificáveis a partir de uma noção de aprendizagem social, Habermas considera que sua teoria dá margem a certa subjetividade por parte do aplicador do direito. Vale esclarecer, a teoria da argumentação de Dworkin não trataria satisfatoriamente do controle de constitucionalidade. Uma vez que, como poderia a jurisdição constitucional alterar a compreensão do que é juridicamente determinado sem cair na crítica de usurpação da capacidade legiferante?

Por conseguinte, a doutrina de Dworkin estabelece que a aplicação do direito fica calcada em determinações inerentes ao grupo, em princípios incorporados ao direito. Esses terminam associados ao bem-estar ou na manutenção de um modelo de vida. O direito, segundo essa concepção torna confuso os limites da política, ou favorece uma leitura um tanto ativista do judiciário.

²⁶¹ DURÃO, Aylton Barbieri. É possível prolatar uma única sentença correta para cada caso? XIV Congresso Nacional do Conpedi, 2006, Fortaleza, pp. 1-14. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus///arquivos/Anais/Aylton%20Barbieri%20Duraao.pdf>

²⁶² HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. Willian Rehg. Cambridge/Massachusetts: MIT Press, 1996, p. 199-200. Nas palavras de Habermas: “E, nesta linha, a pré-compreensão do juiz é determinada através dos topoi de um contexto ético tradicional. Ele comanda o relacionamento entre normas e estados de coisas à luz de princípios comprovados historicamente. A racionalidade de uma decisão deve medir-se, em última instância, pelos standards dos costumes que ainda não se coagularam em “normas”, pelas “sabedorias jurisprudenciais que antecedem a lei”. A hermenêutica, desdobrada em teoria do direito, mantém a pretensão de legitimidade da decisão judicial. A indeterminação de um processo de compreensão circular pode ser reduzida paulatinamente pela referência a princípios. Porém, esses princípios só podem ser legitimados a partir da história efetiva da forma de vida e do direito, na qual o próprio juiz se radica de modo contingencial”.... HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II, p. 247-8.

A interpretação construtiva, a partir da razão implícita no direito, não resolve o problema. Isso porque a afirmação da existência de um conjunto de direitos preexistente, mas dependente de interpretação construtiva ou de explicitação, significa o mesmo que desconhecer a norma para os casos concretos.

Ora, se um princípio for definido pelo conjunto de suas aplicações, então, cada aplicação a novas situações mudará continuamente a significação dos próprios princípios. De tal forma que essa indeterminação principiológica continuaria a ferir o princípio da necessária anterioridade da lei.

Todavia, a Habermas interessa esclarecer como a teoria dos direitos de Dworkin formula uma compreensão deontológica da validade jurídica. Consoante a isso, reflete a respeito da sua crítica ao positivismo no direito, especialmente à sua tese da neutralidade e à assunção de um sistema jurídico autônomo fechado.

A teoria da argumentação jurídica definida a partir de princípios por Dworkin responde as críticas do “Critical Legal Studies” norte-americano, isso porque a partir do esclarecimento da relação entre as regras e os princípios poder-se-ia garantir um julgamento seguro a partir do direito. Contra Kelsen e Hart, Dworkin afirma a existência de normas jurídicas (os princípios) para além da validade puramente formal. Por fim, contra as teorias substancialistas, repete Rawls e sustenta que os conteúdos dados a partir de princípios não implicam em que o juiz deva se entregar às tradições de onde surgiram tais conteúdos, mas obriga-o a uma apropriação crítica dos vestígios que a razão prática deixou na história institucional do direito²⁶³.

Habermas pretende estabelecer sua contribuição aproveitando que a característica conflituosa dos princípios poderia ser entendida como possibilidade de abertura do sistema jurídico aos debates sociais. Mas, não do exclusivo ponto de vista do juiz, pretende incluir a perspectiva de todos os possíveis concernidos.

Nesse quadro, a argumentação até aqui desenvolvida permite situar o problema da legitimidade do direito, nos termos do dilema moderno de ter de dar razões aos juízos. A argumentação de Dworkin permitirá que Habermas resgate e reinterprete o conceito kantiano de autonomia (princípio básico da legislação)²⁶⁴.

²⁶³ vd. VOLPATO DUTRA, Delamar José. Da problemática na aplicação do direito: A recepção habermasiana da teoria do direito de Dworkin. *Dissertatio*, n. 21, pp. 61-88, inverno de 2005, aqui especialmente p. 73.

²⁶⁴ Habermas, no que se refere a determinação de normas sociais obrigatórias, retoma o dilema kantiano: “de saber se todos poderiam querer que, em seu lugar, qualquer pessoa agisse

Recorda que, a ação moral consiste no comportamento em observância às máximas da razão, aquelas leis que poderiam ser aceitas como boas razões por todos os afetados a partir do uso público da razão. Ainda que, em sociedades complexas e plurais, a autolegislação implica na forma de reconhecimento recíproco em que o conceito intersubjetivo de autonomia deve ser entendido de modo mais geral e neutro do que a autonomia moral ou a autocompreensão ética.

Consoante a isso, Habermas toma proveito da argumentação de Dworkin sobre como os juízes chegam a decisões bem fundamentadas para entender como a teoria geral do direito pode fazer uso dos argumentos dos princípios na perspectiva de um participante (o juiz). Identifica que, o recurso às determinações externas é possível, porque a argumentação inerente à decisão judicial já incorporou conteúdos teleológicos e princípios morais, assimilando os argumentos da decisão do legislador político²⁶⁵.

Desta sorte, a idéia de sistema, por si só, já não é capaz de explicar a eficácia legitimadora da legalidade. Por maior que seja a autoridade reclamada pelas ciências sociais (a perspectiva do observador), as normas do direito só podem ser consideradas legítimas a partir do momento em que os seus significados e conceitos são explicitados, sua consciência é examinada e os motivos uniformizados (ou seja, tendo presente a perspectiva do participante).

Por conseguinte, a política deliberativa de Habermas supõe um modelo complexo de legitimidade democrática, resultado da institucionalização de meios e da definição dos direitos. Estrutura que permite compatibilizar a perspectiva do observador com a perspectiva de cidadãos que resolvem conflitos de toda ordem, desde conflitos de interesses, lutas por reconhecimento equitativo de identidades particulares e formas de vida culturais, até questões básicas de justiça.

segundo a mesma máxima” (vd. HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: STEIN, E.; DE BONI, L. (orgs.) *Dialética e liberdade*. Petrópolis-Porto Alegre: Vozes-UFRGS, 1993, pp. 288-304, aqui especialmente p. 292.

²⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 257-258.

CAPÍTULO 3 – O SISTEMA DOS DIREITOS

3.1 Considerações Iniciais

A teoria geral do direito de Habermas trata da assimilação crítica das ciências sociais a teoria do direito racional à luz da filosofia. Apresentou-se que as teorias do direito de Kelsen e de Hart, cada qual, à sua maneira, são exemplos da perspectiva do observador e sua análise é restrita ao efeito ilocucionário da linguagem. Todavia, Hart tenha percebido a necessidade de tratar do efeito perlocucionário da comunicação (quando afirmou a “open texture” do direito), ele tão só demonstrou sua existência, sem maiores desenvolvimentos sobre sua aplicação. Tais desenvolvimentos foram posteriormente identificados na filosofia de John Rawls e de Ronald Dworkin. Nessa linha, a reflexão sobre o efeito perlocucionário trata dos elementos que permitem a seleção de uma resposta dentre as várias possibilidades de interpretação.

A intuição de Habermas é a de que uma teoria crítica da sociedade “não pode limitar-se a uma descrição entre norma e realidade servindo-se apenas da perspectiva do observador”²⁶⁶. Sob essas considerações afirma a necessidade de uma teoria dos direitos na perspectiva do participante. Por conseguinte, ganha importância tratar das pretensões de validade expressas nos discursos do direito em questões de juízo, quando não estão voltados para a descrição, mas para a prescrição de comportamentos sob considerações do bem comum de sujeitos que se autocompreendem como livres e iguais.

Consoante a isso, há, em linhas gerais, duas tarefas na empreitada teórica de Habermas: a superação do ceticismo frente à razão moderna até então explicada de modo estratégico-instrumental e tal se dará pela formulação da teoria do direito em moldes discursivos (seção 3.2) e daí o propósito de provar um nexos conceitual ou interno entre estado de direito e democracia, o qual não seria só histórico ou casual (3.3).

²⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 113.

3.2 A Revisão do Acento Normativo Presente na Teoria da Ação Comunicativa e a Complementariedade do Direito e Moral

O observador descreve a legislação imposta externamente, sem referência à moral, com vistas a obtenção do “bem-comum” ou a descreve como tendo sua observância como um valor intrínseco. Na primeira análise o tema da legitimação é resolvido sob argumentos de igualdade formal ou de utilidade social e, na segunda, por sua vez, a legitimação do direito termina associada a um conteúdo moral implícito nas suas qualidades formais e o poder constituinte originário é, então, representado como expressão da vontade de todos.

O discurso jurídico na perspectiva do observador pode ser explicado como independente da moral e da política no sentido de que também os argumentos éticos ou pragmáticos podem ser traduzidos para a linguagem neutra do direito. Então, diferente da economia, da política, do conhecimento técnico de modo geral, a teoria do direito possui dois momentos inseparáveis: a perspectiva do observador e do participante.

Vale esclarecer, o âmbito da validade no campo jurídico diz respeito à conciliação entre as esferas da autonomia privada e da autonomia pública, da figura dos direitos humanos com a soberania popular. Nesse quadro, permanece a relevância em se discutir os pressupostos institucionais que tornam legítima a norma jurídica, mesmo tendo presente que esta pode ser feita cumprir por meio da sanção estatal ou justificadas de modo sistêmico-funcional como formulado pelas ciências sociais. Permanecem os questionamentos a respeito de como justificar a cooperação entre sujeitos em prol do interesse coletivo.

O problema fica evidente quando se recorda de que a modernidade foi urdida sob promessas de igualdade, fraternidade e solidariedade que não foram satisfeitas. Explicação que o modelo estratégico-instrumental (funcional ou sistemicamente estruturado) parece incapaz de fornecer. Essa dificuldade permanece mesmo quando se vincula o direito à orientação do modelo da ação contextual, uma vez que esse termina por restringir a atuação cooperada a acordos firmados em condições ideais por sujeito transcendental.

Inicialmente, na obra “Teoria da Ação Comunicativa” Habermas estabeleceu os limites da racionalidade estratégico-instrumental apelando à intuição. Afirmou que a partir dessa é possível reconhecer quando alguém adota uma atitude orientada pelo sucesso ou para alcançar acordo e, consoante a essa, definiu a primazia da ação mediada lingüisticamente.

É de se ressaltar, Habermas coloca uma pesada carga sobre essa intuição. Porém, para ele, naquele momento este parecia ser o mais plausível de seus apelos à intuição, enquanto forma de ler a diferença entre tratar uma pessoa como se fosse um objeto, em oposição a tratá-la como um fim em si.

Os críticos de Habermas apontavam que, até então, a nítida distinção entre a ação estratégico-instrumental e ação contextual-normativa, embora essencial a seu projeto de resgate da racionalidade prática, ainda não aparecera de modo claro. Todavia, ao caracterizar a ação mediada pelo entendimento trouxe que o uso do discurso orientado pelo entendimento seria a modalidade original (“Originalmodus”) e o discurso orientado pela consequência como sendo parasita²⁶⁷.

Aparentemente, ao direito ficaria reservado o papel de impor os ditames normativos oriundos de uma moral comunicativamente situada, pois não se poderia ignorar o fato de que a formulação do direito racional foi informada por pressupostos normativos que terminaram incorporados nas legislações existentes.

Então, no prefácio de “Direito e Democracia”, Habermas expressamente afirma que nas conferências sobre a relação direito e moral proferidas na Universidade de Harvard, as “Tanner Lectures” de 1986, seu pensamento assumiu um acento por demais normativo e busca com “Direito e Democracia” esclarecer o princípio da democracia e clarificar a legitimação discursiva do direito.

Nesse momento, a segunda parte do argumento, a de que o discurso orientado pelo entendimento seria a modalidade própria do mundo da vida, foi abandonada. A obra “Direito e Democracia” desenvolve a noção de que o entendimento convive com outras modalidades discursivas, tais como a ação conforme fins, ou a contextual-normativa. Habermas retorna à discussão da racionalidade do direito, mas a revitaliza com o acréscimo das contribuições da teoria geral do direito anglo-americana²⁶⁸.

O ponto inicial é o de que uma teoria do direito deve tornar concreto o que a teoria da justiça idealizou, uma teoria do direito deve

²⁶⁷ Em comentário à Teoria da Ação Comunicativa White afirmava a respeito da primazia do entendimento frente a outras modalidades do discurso: “Mas realmente não vejo porque tal distinção seja tão crucial. Habermas deveria simplesmente admitir que ambas as formas de coordenação de interação são necessárias à vida social e simplesmente argumentar que, em última análise, uma teoria social na qual a ênfase teórica central é dada à coordenação comunicativa será mais adequada” (WHITE, Stephen K. *Razão, justiça e modernidade*: a obra recente de Jürgen Habermas. Trad. Márcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 1995, p. 52).

²⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, prefácio.

dar conta de explicar uma ordem jurídica real, com suas promessas e contradições:

... não temos mais a ver com seres inteligíveis, mas com pessoas de carne e osso que interagem. Tão logo a vontade livre se despe de seu caráter inteligível, os indivíduos socializados se encontram no espaço social e no tempo histórico²⁶⁹.

Se não é plausível que os indivíduos aceitem a determinar seu comportamento por ficções, na investigação levada a cabo por Habermas, não há lugar para uma dedução transcendental em moldes kantianos. Nesse passo pretende dar conta dos limites da explicação sob a perspectiva do observador e aproveita as contribuições da pragmática lingüística que reconstrói regras universais e pressupostos necessários do entendimento²⁷⁰. Esses podem ser associados às pretensões de validade (“Geltungsanprüche”)²⁷¹ expressas por participantes em

²⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: Ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 55.

²⁷⁰ Habermas afirma que no âmbito do discurso, de qualquer discurso que se faça no espaço público, estão presentes pretensões de validade que impõe necessariamente pressupostos de caráter lógico-semântico (1), procedural (2) ou processual (3). Esses pressupostos podem ser assim exemplificados: (1.1) A nenhum falante é lícito contradizer-se; (1.2) Todo o falante que aplicar um predicado F a um objeto A tem que estar disposto a aplicar F a qualquer outro objeto que se assemelhe a A sob todos os aspectos relevantes. (1.3) Não é lícito aos diferentes falantes usar a mesma expressão em sentidos diferentes. (2.1) A todo o falante só é lícito afirmar aquilo em que ele próprio acredita. (2.2) Quem atacar um enunciado ou norma que não for objeto da discussão tem que indicar uma razão para isso. (3.1) É lícito a todo o sujeito capaz de falar e agir participar de Discursos. (3.2) a). É lícito a qualquer um problematizar qualquer asserção. b). É lícito a qualquer um introduzir qualquer asserção no Discurso. c). É lícito a qualquer um manifestar suas atitudes, desejos e necessidades. (3.3) Não é lícito impedir falante algum, por uma coerção exercida dentro ou fora do Discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos em (3.1) e (3.2) (vd. HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 110-112 e HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 160.).

²⁷¹ Por pretensão de validade da linguagem deve-se entender a relação que a mensagem estabelece entre o objeto e o que é representado. No campo da razão prática, há relação de verdade, sinceridade e legitimidade. Inicialmente, Habermas se referia a quatro tipos de pretensões de validade, incluindo também a pretensão de inteligibilidade (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*. Madrid: Cátedra, 1989, p. 121). Posteriormente, deixou de tratá-la como uma pretensão de validade, provavelmente por não estar relacionada com a dimensão ilocucionária da comunicação, como as demais pretensões, mas com a dimensão locucionária. As pretensões de validade constituem-se como uma condição da argumentação impossível de ser negada, uma vez que todo e qualquer sujeito que dela participa tem de recorrer a elas para poder argumentar. Posteriormente, essas aparecem, no pensamento habermasiano, como o ponto de convergência

discurso e os efeitos locucionário, ilocucionário ou perlocucionário da comunicação.

O efeito locucionário do discurso expressa caráter descritivo. A linguagem, quando relacionada com o mundo objetivo, tem pretensão de verdade posto que constitui descrição da realidade fática. É próprio da linguagem científica, consiste em dar informações, em comunicar certo saber. Em suma, em fazer conhecer. Esse é estabelecido na perspectiva de origem, refere-se a um modelo que define o objeto pela sua identificação a algum outro conceito, de modo estático, de verdade ou falsidade.

O que interessa à teoria do direito são os efeitos ilocucionário e perlocucionário. Embora se possa conceber que a linguagem descritiva também influí sobre o comportamento alheio. Como, por exemplo, quando se pergunta a indicação de uma rua e a resposta induz a andar em uma direção ao invés de outra. A influência da informação sobre o comportamento é indireta, enquanto a influência da prescrição é direta. O conteúdo com efeito ilocucionário prescreve dever ou obrigação, enquanto o efeito perlocucionário manifesta a intenção de fazer algo por meio de palavras²⁷².

do reconhecimento intersubjetivo levado adiante pelos participantes da interação e têm como base uma espécie de consenso de fundo comunicativo, o qual é inerente ao conceito dos “atos de fala”. A base do entendimento racionalmente motivado encontra-se na compreensão que resulta do conhecimento das razões que podem ser adotadas por um falante para convencer um ouvinte de que o falante estaria autorizado a exigir validade para seu proferimento. O ouvinte, para poder compreender o que o falante diz com seu ato de fala, precisa conhecer as pretensões de validade inerentes ao que é afirmado.

²⁷² Para se distinguir a noção de verdade expressa pelo conteúdo locucionário do ilocucionário deve-se resgatar a classificação entre o sentido de verdade metafísico e epistêmico. Segundo a verdade metafísica, um enunciado é verdadeiro se existe um objeto no mundo com propriedades correspondentes à sua descrição pelo enunciado em questão. Dessa definição decorre: 1).- que no sentido metafísico só podem ser objetivos os enunciados de tipo descritivo; 2).- a objetividade metafísica admite a teoria da verdade como correspondência (identidade). Por conseguinte, a objetividade metafísica é uma tese “sobre o mundo” e não obriga afirmar que seja possível conhecer objetivamente a realidade. Vislumbra a existência da realidade e, ao mesmo tempo, pode afirmar que tal pode não ser conhecida. Então, uma proposição normativa pode ter um significado e ser falsa. Porém, essa análise de verdade ou falsidade, refere-se a um juízo sobre a proposição e não de uma afirmação com caráter descritivo, de que o que foi dito representa um fato ou objeto. O conteúdo ilocucionário contempla que: “A ‘objetividade’ do mundo significa que este mundo é ‘dado’ para nós como um mundo ‘idêntico para todos’” (HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão descentranscendentalizada*. Trad. Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 39). Uma afirmação falsa é uma proposição quando tem um sentido de ação desejada, ainda que não corresponda a um critério de adequação objetivo. Por exemplo: “vacas voam”; “o triângulo tem quatro lados”. São falsas porque, se submetidas ao critério de verdade que se dispõe para julgá-la, demonstra-se que não possuem os requisitos solicitados para afirmar-se como verdadeira (BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro,

Então, no momento da comunicação, os atos de fala com efeito ilocucionário podem conter três espécies de pretensões de validade: de verdade, de correção normativa (retidão) e de veracidade. Todo ato de fala pode ser criticado como inválido mediante três aspectos: (1).- como inverídico, no que se refere a uma asserção feita; (2).- como incorreto, em relação à intenção expressa pelo falante; e, (3).- como inverossímil, em relação aos contextos normativos. No que se refere à pretensão de veracidade, a confiança, para ser restabelecida, dependerá de que o falante prove, na comunicação normal, pela consistência entre sua fala e seu comportamento, que não estava mentindo. No caso das pretensões de verdade e correção (retidão), a problematização dessas exige a saída da interação espontânea do contexto do mundo da vida e da ação comunicativa e a análise do discurso argumentativo.

Mas, esses questionamentos não são eficientemente respondidos de forma unilateral. Na perspectiva do falante, as condições de aceitabilidade identificam-se com as condições de seu êxito ilocucionário, o qual depende do assentimento racionalmente motivado concedido pelo ouvinte. Um ouvinte entende um falante quando sabe o que tem de fazer para realizar o que é reivindicado pelo falante. A racionalidade imanente à prática comunicativa se manifesta no fato de que o acordo alcançado comunicativamente tem de apoiar-se, em última instância, em razões.

Consoante a isso, a razão prática convive com a distinção entre representações que correspondem a verdades na perspectiva do observador e pensamentos que reproduzem desejos sociais dos participantes.

Habermas explicita sua tese da distinção entre verdade e correção normativa (retidão). Representações são atribuíveis a um sujeito identificável no espaço e no tempo, ao passo que pensamentos ultrapassam os limites da consciência individual. Verdade proposicional

2001, p. 74 e 80). Exemplo, na linguagem descritiva quando se diz “banana”, quer se representar a fruta ou um sujeito apalermado. Em linguagem prescritiva quando se diz “fique quieto” pretende-se provocar um comportamento, o que pode ou não ser adequado. A indeterminação dos conceitos indica que a afirmação de falsidade ou verdade não é característica própria duma modalidade da razão, seja prática ou teórica (No mesmo sentido, quando alguém expressa uma emoção, essa só é verdadeiramente conhecida por aquele que a sente. Por exemplo, o sentimento de ausência expresso pela palavra “saudades” não pode ser mensurado. Vale considerar que o sentimento “saudades” é algo interno a quem o manifesta, cada um sente à sua maneira. Porém quando se diz: “estou com saudades”, aquele que escuta, acredita saber do quê se fala. Com a virada lingüística foi vedado um acesso a uma realidade interna ou externa que não fosse mediado pela linguagem. vd. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 27-8).

e correção normativa desempenham o papel de coordenação das ações de forma distinta uma da outra e possuem sua sede em diferentes elementos da prática comunicativa cotidiana. As assimetrias existentes entre os dois tipos proposicionais explicam-se em considerações de que as pretensões de verdade residem apenas em atos de fala, enquanto as pretensões de validade normativas têm sua sede em normas orientadas para o êxito ilocucionário e só de maneira derivada no efeito locucionário dos atos de fala.

Vale lembrar, uma norma pode ser formulada por meio de uma proposição sem que essa formulação tenha de ser compreendida como um ato de fala, isto é, como uma expressão impessoal da norma própria. Um dos exemplos ilustrativos desse tipo de proposição é “Não debes matar”, que tal pode ser identificada como uma norma qual com um ato de fala que exprime um conteúdo (expresso o efeito locucionário). Nas proposições assertóricas o que se questiona é a pretensão de validade presente no enunciado do falante, ao passo que nas normativas o que é colocado em questão é a pretensão de validade da norma à qual o ato de fala se refere²⁷³.

Desta sorte, as normas precisam ser justificadas autonomamente em relação aos atos de fala, pois possuem autonomia em relação a estes. As normas reclamam sentido e validade independentemente de serem ou não proclamadas e reivindicadas. O efeito ilocucionário pode se manifestar independentemente de que os atos de fala se realizem de acordo com seu conteúdo locucionário²⁷⁴. Assim, enquanto uma

²⁷³ Nas palavras de Habermas: “... A crítica semântica ao pensamento representador significa, por exemplo, que a proposição: ‘Essa bola é vermelha’ não exprime a representação individual de uma bola vermelha. Ela representa, ao invés disso, a circunstância de que a bola é vermelha. Isso significa que um falante que afirma ‘p’ no modo assertórico, não está se referindo, com sua afirmação ou apreciação afirmativa, à existência de um objeto, mas à permanência de um estado de coisas correspondente. Se expandirmos ‘p’ para a proposição: ‘Existe pelo menos um objeto, que é uma bola e do qual vale que ele é vermelho’, veremos que a verdade de ‘p’ e o ser-o-caso do correspondente estado de coisas ou circunstância de um objeto. O sentido veritativo não pode ser confundido com a existência” ... vd. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 30.

²⁷⁴ A norma jurídica é o instrumento social de determinação das condutas em sociedade. Neste diapasão, enquanto prescrição de conduta é conceitualmente prevista a possibilidade de sua aplicação e de seu descumprimento. No caso de descumprimento, surge a exigência da aplicação de “sanção”. Essa segundo ensinamentos de Talcott Parsons constitui-se em garantia do controle social de modo punitivo ou premial. Como conceitua Ascensão: “É um mecanismo de controle social que atua através de um processo motivacional em um ou mais agentes, individualmente considerados, que contraria uma tendência para o desvio da atuação esperada” (ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 55).

descrição só vale enquanto consiga reproduzir o objeto, o efeito ilocucionário expressa deveres ou obrigações, não fatos.

A realidade social já se encontra regrada e, portanto, relacionada internamente com pretensões de validade normativas. Não há nenhum equivalente na esfera dos fatos uma vez que não existem proposições assertóricas que possam deixar de lado os atos de fala constatativos. As pretensões de verdade não são inerentes às entidades como o são as pretensões de validade normativas em relação à realidade social²⁷⁵.

Se a relação entre estados de coisas e enunciados verdadeiros é unívoca, o mesmo não ocorre em relação às normas, pois a validade social (sua vigência) ainda não quer dizer nada acerca de se estas também são válidas em sentido normativo, isto é, dignas de reconhecimento. A facticidade de uma norma não se identifica com sua validade, pois pode haver diferença entre uma norma em vigor e uma norma legítima²⁷⁶.

A essa relação ou entrelaçamento entre pretensões de validade com sede em normas e pretensões de validade levantadas em atos de fala regulativos está vinculado o caráter ambíguo presente na validade deontica. Essa ambigüidade requer que se distinga sempre entre o fato social do reconhecimento intersubjetivo e o fato de uma norma ser digna de reconhecimento. Todos esses questionamentos conferem relevo a que, além de ser necessário o esclarecimento da origem do direito, é por igual necessário legitimá-lo. Essa justificação pode ser desenvolvida com: (1).- considerações à facticidade de sua observância (estabelecida inclusive pela submissão a atos de força - coação); ou (2).- por considerações à legitimidade de seu conteúdo (ao reconhecimento de sua qualidade)²⁷⁷.

²⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: Ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 53.

²⁷⁶ Essa distinção é importante uma vez que o mundo social no qual se situam as normas “deve sua facticidade inabalável antes de mais nada à sua inserção em formas de vida concretas e ingenuamente habitualizadas, que permanecem às costas dos sujeitos agentes como um pano de fundo inquestionável e pré-reflexivamente presente”. (HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 211). O discurso prático, por seu turno, é a instância onde a vigência inquestionada das normas é avaliada, e é nesse plano que as normas cuja pretensão de validade tenha se tornada problemática são validadas. Desse modo, “o que até então, no relacionamento ingênuo com as coisas e eventos, havia valido como ‘fato’, tem que ser visto agora como algo que pode existir, mas que também pode não existir”. (HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 155).

²⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 60-1. Nas palavras de Habermas: “[...] o direito moderno revela a seus destinatários uma dupla face: eles podem

Os questionamentos a respeito da legitimidade da norma trazem consigo o tema do efeito perlocucionário. Vale desenvolver, uma palavra com o sentido originário conhecido, pode no discurso receber novo sentido. Esclarece Reyes que, o novo significado do discurso não corresponde ao convencional (que é o que as expressões possuem por convenção e foi descrito pelo observador). Desta sorte, se alguém bate na porta e diz “abre, sou eu” deve-se reconhecer a voz para decidir se se abre ou não a porta, já que a palavra “eu” não remete a nenhuma pessoa específica, mas que meramente assinala ao que fala. Eu e outras expressões similares deixam de referir-se ao mundo quando se lhes tira o contexto: sem um ponto de origem (um falante em seu lugar e tempo, dotado de intenção comunicativa) resultam vazias²⁷⁸.

Tais significados novos são objeto de estudo da pragmática lingüística, aqui um complemento da semântica e não uma modalidade de discurso. Ou seja, se de um lado, as palavras significam por si mesmas, e, sem embargo, de outro, a comunicação exige muito mais que traçar significados pré-estabelecidos, é importante frisar a presença do participante, daquele que faz uso do sinal alterando-o a fim de adequá-lo ao contexto ou o interpreta com conteúdo novo à luz de novos princípios.

Nesse quadro, as argumentações a respeito do conteúdo perlocucionário levam Habermas, no “Direito e Democracia”, a definir o sentido da verdade de modo procedural, a saber, a afirmar que realidade existe impregnada pela linguagem. Os pensamentos articulam-se através de proposições lingüísticas e o “medium” da linguagem serve para explicar a diferença entre os pensamentos e as representações²⁷⁹.

tomar as normas do direito como simples ordens que limitam faticamente o campo de ação de um sujeito, às quais ele tenta fugir estrategicamente, calculando as conseqüências que podem resultar de uma infração da regra; ou assumir um enfoque performativo, considerando essas mesmas normas como mandamentos válidos aos quais se obedece ‘por respeito à lei’. Uma norma jurídica passa a ser válida, quando o Estado consegue garantir: a) que a maioria das pessoas obedeça às normas, mesmo que isso implique o emprego de sanções; b) que se criem pressupostos institucionais para o surgimento legítimo da norma, para que ela também possa ser seguida a qualquer momento por respeito à lei”; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 307-308.

²⁷⁸ Nas palabras de Reyes: “Problemas como a ambigüidade e a polissemia de certas expressões correspondem ao campo de estudo da semântica. Em um sentido mais estrito, a semântica estuda a correspondência entre as orações e o mundo, vale dizer, as condições orientadoras que devem cumprir-se para que uma oração seja verdadeira ou falsa.” (tradução nossa), REYES, Graciela. *El abecé de la pragmática*. 3 ed., Madrid: Arco Libros, 1998, p. 9-10.

²⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 27-8.

Ambos os momentos, o de pensamento que vai além dos limites de uma consciência individual empírica e o da independência do conteúdo do pensamento em relação à corrente de vivências de um indivíduo, acarretam na dificuldade conceitual de se explicar como certas expressões lingüísticas têm significados idênticos para usuários diferentes?

Cumpra recordar que a primeira tarefa encontrada no pensamento habermasiano é a superação do ceticismo que resultou da redução da razão prática em termos da razão estratégico-instrumental. Daí a importância dos estudos da linguagem e seus usos desenvolvidos por John Langshaw Austin e problematizados por Charles Sanders Peirce. Isso porque Habermas resgata a distinção entre efeitos ilocucionários e perlocucionários da linguagem.

Por conseguinte, pode-se afirmar que a norma jurídica é uma estrutura proposicional com efeito ilocucionário. Seu conteúdo pode ser enunciado mediante um ou mais sinais entre si correlacionados com objetivo de modificar o status jurídico de alguém. Seu significado só é dado pela interpretação das proposições que nela se contêm ou pela facticidade do enunciado expresso. Pode-se afirmar então que a ordem normativa da sociedade é uma ordem complexa. As condutas dos indivíduos são ordenadas por racionalidades diferentes, uma dirigida à tradução da realidade (o que é); outra voltada para a escolha do quê é certo ou errado (o que deve ser).

Consoante a isso, o efeito ilocucionário dos atos de fala serve para que se desenvolvam questionamentos sobre a afirmada autoridade e legitimidade do direito. Do lado da autoridade, a guinada para linguagem considera que os indivíduos no mundo da vida mantêm relações de entendimento uns com os outros, essas relações existem ao lado do sistema jurídico ou de outros argumentos técnicos²⁸⁰.

Então, Habermas se pergunta, como é possível coordenar entre si os planos de ação de vários atores, de tal modo que as ações de um possam ser ligadas nas do outro?²⁸¹ A resposta parece estar no esclarecimento no conteúdo perlocucionário presente na comunicação

²⁸⁰ Nas palavras de Habermas: “A validade de uma norma consiste no fato de merecer reconhecimento, o qual possa ser demonstrado pelo discurso; uma norma em vigor merece reconhecimento porque e na medida em que seria aceita, ou seja, reconhecida como válida nas condições (aproximativamente) ideais de justificação”; vd. HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: Ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 52-3.

²⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 36.

social. Esse esclarecimento aparece com a reflexão a respeito dos âmbitos dos discursos considerados pela razão prática: (a).- moral, (b).- ética e da (c).- reflexão da pragmática lingüística que conduz à argumentação sobre quais direitos sujeitos que se consideram iguais em direitos e obrigações têm que atribuir-se reciprocamente. Do desenvolvimento da perspectiva do participante.

(a)

Etimologicamente, as palavras “ética” e “moral” possuem, em sua origem, significado comum. A palavra grega *ethos* – que deu origem à ética – é compreendida como costume que reflete as tradições ou a observância de suas crenças. Enquanto que a palavra latina *moris* – origem da moral – também indicava o apego às tradições ou ao seu particular modo de viver.

Apesar dessa origem comum diferencia-se moral de ética. Immanuel Kant, por exemplo, ao propor que a ação deveria ser guiada apenas segundo uma máxima²⁸² tal que o agente possa querer que ela se torne uma lei universal possibilitou que seus comentadores entendessem que essas máximas constituiriam o conteúdo da moral²⁸³.

A partir desses ensinamentos, uma ordem moral passou a ser descrita como uma ordem de condutas que visa o aperfeiçoamento da pessoa, dirigindo-a para o “bem“, ou seja, estabelece um padrão de aperfeiçoamento individual, não da organização social. Moral, nessa perspectiva, é o conjunto das normas universais que podem ser avaliadas pela “razão” (capacidade de diferenciar o certo e o errado das pessoas), que continuam valendo mesmo que ninguém do grupo as sigam (o certo não deixa de ser certo pela falta de observância) e possibilita a afirmação da noção de “dignidade da pessoa humana”.

Assim, a moral é associada à capacidade individual de analisar quais são os possíveis meios de ação e escolher um deles. Apesar de sua

²⁸² Máxima, para Kant, é o que move a ação (é o querer praticar a ação). Essas dispensam o autor do esforço cotidiano de tomar decisões e encaixam-se de maneira mais ou menos consistente numa prática de vida na qual se espelham o caráter e o modo de vida. Esse querer praticar distingue-se do dever agir. Em geral, as máximas constituem as menores unidades de um entrelaçamento de hábitos praticados, nos quais se concretizam a identidade e o projeto de vida de uma pessoa (ou de um grupo) – regulam o curso do dia, o modo de tratamento, o jeito de lidar com problemas, de solucionar conflitos, etc., vd. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 58-9; HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: STEIN, Ernildo; DE BONI, Luís (orgs.) *Dialética e liberdade*. Petrópolis-Porto Alegre: Vozes-UFGRS, 1993, p. 288-304, aqui especialmente pp. 293-4.

²⁸³ Kant formulou, então, o imperativo categórico na ordem de que uma máxima é justa apenas se todos podem querer que ela seja seguida por cada um em situações comparáveis. HABERMAS, Jürgen. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão...* p. 294.

natureza individual, Kant formula um processo de universalização por referência ao conceito de “dedução transcendental”, segundo o qual, as máximas são determinadas sem considerações quanto às vantagens que advirão da sua observância. Então, a principal característica da ação moral é que a ação visa somente o cumprimento do dever descoberto pela razão individual com pretensão de universalidade. Questões morais podem ser (e em geral são) respondidas com imperativos incondicionais do seguinte tipo: “Tens de seguir uma profissão que te dê a sensação de ajudar outras pessoas”. O sentido imperativo de proposições como esta pode ser entendido como um “dever” (*Sollen*) que não depende de fins e preferências subjetivas²⁸⁴.

Além da capacidade de identificar os múltiplos caminhos os indivíduos detêm a capacidade de descobrir o que é o universalmente correto e assim chegar à moralmente correto. Vale explicar, as regras do discurso encontram-se fundadas nas condições simétricas de reconhecimento de formas de vida estruturadas comunicativamente.

Essas definem como é possível fundamentar imparcialmente normas de ação. Dessa sorte, tal definição não é trivial, pode levar a distinção entre diferentes tipos de discurso (moral, ético ou pragmático) e, para cada tipo de discurso, podem vigorar regras diferentes para operacionalizar a discussão.

Nesta medida, o princípio da discussão moral preenche o papel de uma regra de argumentação. No momento da legislação o princípio da discussão moral pode ser justificado, formal e pragmaticamente, a partir de pressupostos gerais da argumentação - como a forma de reflexão do agir comunicativo. Em discursos de aplicação, o princípio moral é complementado através de um princípio de adequação²⁸⁵.

Vale notar que, nem todas as ações (ou temas) podem ser determinadas por normas morais, somente àquelas que são do interesse de todos os membros do grupo sob mesmo grau de importância. Melhor dizendo, a moral só cuida de questões que sejam do interesse simétrico de todos e, por conseguinte, universalmente válidas. A norma moral indica o caminho certo com objetivo de tornar o sujeito um ser melhor. Supõe a observância espontânea (com convicção de seu acerto) e não por meio de mecanismo de coerções. Desta sorte, a moral, enquanto padrão para avaliar o que se deve fazer, possui uma aspiração elevada, uma vez que, pretende que as pessoas sejam “melhores” em sua ação

²⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão...* p. 292-3.

²⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 143-4.

externa e no seu íntimo. Se a moral dá origem a uma justificação das ações desligada das conseqüências vinculando-a exclusivamente as máximas sintetizadas no “imperativo categórico”.

Ao invés de associar a ação a um dever universal, outro padrão apto a justificar a ação consiste em orientá-la às preferências do grupo ou as conseqüências de sua prática.

(b)

Em vez de tratar a orientação da ação em termos universais, essa pode ser referida ao contexto vivido em comunidade. Tal proposta é encontrada nos argumentos de Hegel:

Por mais que seja essencial pôr em relevo a pura autodeterminação incondicionada da vontade, como raiz do dever (...) a manutenção da posição meramente moral, que não alcança o conteúdo da ética, rebaixa essa conquista a um formalismo vazio e a ciência moral a uma retórica do dever em razão do dever²⁸⁶.

Conforme Hegel, além da argumentação em moldes de universalização, deve ser considerado um padrão de adequação do que é certo ou errado na vida em comunidade. Ou seja, além daquele certo e errado kantiano existe também uma conduta social que pode ou não corresponder aos valores morais. Esse outro padrão para se decidir o que é certo e errado constitui o âmbito da “ética”. A adequação refere-se ao padrão reconhecido como certo e faticamente identificado pelo participante. Ética, então, identifica-se com o estudo dos princípios de ação dos sujeitos. Nas palavras de Habermas:

A partir de então, aquilo que desde os tempos de Aristóteles era conhecido como ‘ética’, recebe um novo sentido subjetivista. Isso vale tanto para histórias de vida individuais como para tradições e formas de vida individuais como para tradições e formas de vida compartilhadas intersubjetivamente...²⁸⁷.

²⁸⁶ HEGEL, G.W.F. *Filosofia del derecho*. 5 ed. Buenos Aires: Claridad, 1968, § 135.

²⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 129-30. A tradição aristotélica, segundo Habermas, desenvolve a tese de que a razão prática assume o papel de uma faculdade de julgar que esclarece o horizonte da história de vida de um “ethos” que se tornou costumeiro. Em um outro momento, para o empirismo, a razão prática resume-se a seu uso conforme fins (estratégico-instrumental). Na obra de Kant, por sua vez, razão prática e moralidade coincidem na definição de vontade autônoma do sujeito transcendental, razão e

Destaque-se, a identidade própria é determinada, simultaneamente, segundo o modo como alguém se vê e como se gostaria de ver – isto é como alguém se encontra e por quais idéias projeta a si e a sua vida. Neste sentido apresenta-se como caminho para a vida boa e feliz. Os princípios são identificados dentre aqueles efetivamente seguidos pela sociedade. Dizem respeito, não ao justo/certo universal, mas ao que o grupo define como bom para si, para seu modo particular de vida, expresso por seus costumes.

Essa compreensão existencial de si é, no fundo, valorativa e tem, como toda valoração, simultaneamente dois tipos de componentes antagônicos. Os componentes descritivos da gênese, da história de vida do eu e os componentes prescritivos do ideal do eu. Por isso, a compreensão de si, ou a percepção da própria identidade, requer a compatibilização desses elementos²⁸⁸.

Ou seja, as questões éticas, então, referem-se ao sentido da vida de cada um. Deste ponto de vista, outras pessoas, outras histórias de vida e esferas de interesse ganham significado apenas na medida em que estejam unidos ou entrelaçados à sua própria identidade, e à sua história de vida e à sua esfera de interesse no âmbito de sua forma de vida partilhada intersubjetivamente²⁸⁹.

O processo de formação individual completa-se num contexto de tradições que é partilhado com outras pessoas. A identidade individual também é marcada pelas identidades coletivas, e a história de vida de

vontade são uma só. Como sugerido por Cenci os estudos de Habermas e de Karl Otto-Apel apresentam uma proposta de superação da moral elaborada de modo egocêntrico (do sujeito transcendental) em prol da moral elaborada a partir da percepção do outro. Em cada caso, atribui-se um desempenho diferente à razão prática. Isso é mostrado nos diversos discursos em que ela se move, vd. HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: STEIN, Ernildo; DE BONI, Luís (orgs.) *Dialética e liberdade*. Petrópolis-Porto Alegre: Vozes-UFRGS, 1993, p. 288-304, aqui especialmente p. 297; A crítica de Habermas à filosofia de Apel pode ser encontrada em CENCI, Ângelo Vitório. A controvérsia entre Habermas e Apel acerca da relação entre moral e razão prática na ética do discurso. Campinas, 2006. Tese (doutorado em filosofia) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.

²⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: STEIN, Ernildo; DE BONI, Luís (orgs.) *Dialética e liberdade*. Petrópolis-Porto Alegre: Vozes-UFRGS, 1993, p. 288-304, aqui especialmente p. 291.

²⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: STEIN, Ernildo; DE BONI, Luís (orgs.) *Dialética e liberdade*. Petrópolis-Porto Alegre: Vozes-UFRGS, 1993, p. 288-304, aqui especialmente p. 293.

cada um está inserida em contexto de histórias de vida que se entrelaçam²⁹⁰.

Nesta medida, a vida que é boa para os sujeitos toca também as formas de vida que lhes são comuns. Contudo, as questões éticas não assumem o mesmo significado das questões morais. Pode uma pessoa entender que numa situação aguda de apuros, é justificável uma pequena fraude contra uma empresa seguradora. Isso não é uma questão moral, pois se trata do respeito o sujeito tem por si próprio num contexto da sociedade que valoriza as posses de riquezas materiais, não do respeito simétrico que cada um deve demonstrar pela integridade de todas as outras pessoas²⁹¹.

Uma consideração moral existe quando as máximas individuais são conciliáveis com as máximas dos outros. As máximas constituem o ponto de encontro entre ética e moral, porque podem ser julgadas simultaneamente sob os pontos de vista ético e moral. A máxima de praticar uma manobra de engodo pode não ser boa para o agente – isto é, quando não se enquadra à imagem da pessoa que gostaria de ser e que, como tal, quer ser reconhecido. A mesma máxima pode, simultaneamente, ser injusta – isto é, se sua obediência universal não for igualmente boa para todos. Têm-se então, de um lado, os valores universais do que é certo/justo como sendo a moral, de outro lado, os princípios, ou seja, aquilo que a idéia reconhecida pelo grupo como parte de seu modo de vida boa constitui a ética²⁹².

Aqui é encontrada uma crítica de Habermas ao modelo kantiano, se a autonomia jurídica ramifica-se no “uso público das liberdades comunicativas” e no “uso privado das liberdades subjetivas”, a autonomia das pessoas de direito tem um espectro superior ao da autonomia das pessoas morais. Por isso, o direito não pode ser entendido como um caso especial da moral, relação de cópia e efeito ou ter-se a moral como modelo ideal para o direito, no sentido de cópia²⁹³.

²⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: STEIN, Ernildo; DE BONI, Luís (orgs.) *Dialética e liberdade*. Petrópolis-Porto Alegre: Vozes-UFRGS, 1993, p. 288-304, aqui especialmente p. 293.

²⁹¹ HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: STEIN, Ernildo; DE BONI, Luís (orgs.) *Dialética e liberdade*. Petrópolis-Porto Alegre: Vozes-UFRGS, 1993, p. 288-304, aqui especialmente p. 293.

²⁹² HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: STEIN, Ernildo; DE BONI, Luís (orgs.) *Dialética e liberdade*. Petrópolis-Porto Alegre: Vozes-UFRGS, 1993, p. 288-304, aqui especialmente p. 294.

²⁹³ DURÃO, Aylton Barbieri. El liberalismo en el derecho político en teoría y praxis de Kant de 1793. *Crítica*, Londrina, v. 2, n. 7, p. 359-98, abr./jun., 1997, aqui especialmente p. 397; e, HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 147; HABERMAS, Jürgen.

Além do âmbito de atuação legal ser maior do que é moralmente aceitável ou permissível, Habermas argumenta que, embora o problema da validade do direito possa ser resolvido conceitualmente em moldes do jusnaturalismo forte, deve-se excluir a explicação da ascendência do direito natural sobre o direito positivo. Pois, essa necessita de padrões suprapositivos e, face ao modo de constituição plural das sociedades modernas, esses não estão mais disponíveis.

O contexto em que uma norma moral se impõe é diferente do contexto jurídico. O universo moral não possui fronteiras sociais ou históricas, abrange todas as pessoas naturais, em toda sua complexidade histórica e vital, enquanto uma comunidade jurídica protege somente os integrantes de sua ordem, delimitada no espaço e no tempo. Há ainda diferenças quanto à matéria e extensão. Somente o comportamento externo pode ser imposto, por isso o direito se restringe a esse comportamento; por ser dotado de coação impositiva, o direito pode conferir “uma forma impositiva a objetivos e programas coletivos, não se esgotando, pois na regulamentação de conflitos interpessoais”²⁹⁴.

O limitado poder coordenação das normas morais em relações individuais não podem ser transferidas para as funções “integrativas” em instituições de larga escala, e isso se apresenta como limite à participação e organização democrática de sociedades complexas²⁹⁵. Enfim, sintetiza Habermas, o direito possui uma estratégia mais complexa que a da moral, porque: “1) desencadeia e, ao mesmo tempo, circunscreve liberdades de ação subjetivas (e a respectiva orientação por valores e interesses); 2) integra objetivos coletivos e regulamentações concretas (...)”²⁹⁶.

Como alternativa à reduplicação entre direito natural e positivo, Habermas oferece o procedimento “discursivo” e o conseqüente “consenso racional”. As normas morais, destituídas de eficácia imediata, com sua eficácia condicionada ao acoplamento internalizador de seus princípios ao sistema da personalidade, podem ser complementadas pelo direito e vice versa.

Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 311.

²⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade.* Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 312.

²⁹⁵ BOHMAN, James. “Complexity, pluralism, and the constitutional state: On Habermas’s Faktizität und Geltung”. *Law & Society Review*, v. 28, n. 4, pp....., 1994, aqui especialmente p. 907.

²⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade.* Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 313.

Consoante a isso, os problemas relacionados ao âmbito dos motivos da ação podem ser sintetizados no seguinte esquema: (1).- a questão quanto à existência ou não de um interesse universalizável (do conteúdo que constitui a moral) pode ser desenvolvida com sentido de objetividade (v.g. a moral existe como um fato decorrente da razão) ou subjetividade (por exemplo, a moral existe como um fato conhecido pela consciência de um sujeito transcendental); (2).- Aceita a existência de interesse um interesse universalizável, os problemas passam a ser quanto à possibilidade do seu conhecimento. Essa pode ser tratada na ótica do cognitivismo (existe e é possível conhecê-lo de modo objetivo) ou do não-cognitivismo (até existe, mas não é possível conhecê-lo de modo objetivo, mas somente subjetivo); (3).- A crítica surgirá quando a discussão sair da reflexão de um sujeito para a dos vários sujeitos em convívio. Fala-se então da “intersubjetividade”²⁹⁷.

Então, a objetividade ética em sentido epistêmico forte sustenta que: (1).- pode-se prever a validade ou invalidade de enunciados que incluem avaliações e considerações sobre o bem comum; (2).- as regras do raciocínio jurídico constituem método confiável que permite atingir ou aumentar o conhecimento sobre a ação social. Pode-se exemplificar essa tese com o pensamento jurídico expresso por Hans Kelsen. A perspectiva fraca, de outra sorte, afirma que apesar da validade ser definida pelo contexto semântico, essa pode não ser conhecida (ceticismo epistêmico). Logo, pode-se obter a verdade do discurso pelo compartilhamento do sentido em uma dada comunidade lingüística a partir de um procedimento de discurso, mas sem exigir a correspondência a uma realidade independente da atividade cognitiva. Na segunda perspectiva pode-se incluir Herbert Hart²⁹⁸.

²⁹⁷ Os argumentos com efeito ilocucionário são estabelecidos em sentido epistêmico, e não metafísico. A verdade epistêmica é uma tese sobre “o conhecimento do mundo”. Assim sendo, afirma que a verdade sobre um dado objeto representa um artifício de um processo, potencialmente infinito, de progressiva abstração e distanciamento das convicções pessoais. Pode-se classificar a objetividade epistêmica em forte e fraca. Um discurso é objetivo no sentido forte quando for independente do mundo interior ou das crenças subjetivas de quem o enuncia e, sobretudo, se pretender constituir o espelho da “natureza dos objetos”, da “realidade em si”.

²⁹⁸ Em resposta à crítica de que a associação do direito à facticidade social resulta em “relativismo moral”, Hart argumenta que, a afirmação da autonomia sistêmica do direito não implica na negação de que, como feito histórico, o desenvolvimento dos sistemas jurídicos tenha sido influenciado pela opinião moral, ou, que os padrões morais tenham sido incorporados ao direito, de modo tal que o conteúdo de muitas normas jurídicas reflitam princípios ou normas morais. Também não nega que princípios morais possam ser incorporados em sistemas jurídicos e constituir parte de suas regras, e que os tribunais possam se encontrar juridicamente obrigados a decidir de acordo com o que considerem melhor ou

Aceita a presença da intersubjetividade essa será desenvolvida pelos recursos da teoria comunicativa. Em outras palavras, considerará o caráter lingüístico do conhecimento. Nesse passo, o procedimento de validação é desvinculado da categoria de auto-reflexão (princípio de identidade), como de uma compreensão a partir do conceitual “a priori”/“a posteriori” (dedução/indução) e, em seu lugar, aparecerá um princípio do movimento presente na comunicação.

(c)

Enquanto o argumento moral prima pela universalização e o argumento ético prestigia a identidade individual e coletiva, o argumento pragmático, por sua vez, é articulado mediante relações meio-fim (técnica-pragmática) ou por relações de sentido (pragmática-lingüística).

No âmbito ético o sujeito se orienta a partir de planos individuais orientados à vida boa. No campo moral, a ação é associada a juízos e decisões boas para todos, ou seja, ao justo. A técnica-pragmática representa a busca dos preceitos de ação empíricos das estratégias

mais justo. Mas, afirma que na ausência de uma prescrição legal ou constitucional expressa, do mero fato de que uma regra viole princípios morais, não se infere que essa não seja uma regra de direito; e, inversamente, do mero fato de que uma regra seja moralmente desejável não se infere que seja uma regra de direito HART, Herbert. El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral. In. HART, Herbert. *Derecho y moral: Contribuciones a su análisis*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Depalma, 1962, p. 10-2. Deve-se ter presente que, como demonstra Schiavello, Hart considera que o problema da identificação do direito é totalmente independente da natureza, objetiva ou subjetiva, dos juízos morais. A adesão a um objetivismo ético por parte de um estudioso do direito teria como único resultado a possibilidade de demonstrar que uma norma jurídica existente é (objetivamente) injusta. Mas isso não influenciaria de maneira alguma, em sua análise, os critérios de identificação das normas válidas, vd. SCHIAVELLO, Aldo. Positivismo jurídico e relevância metaética. In. DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional*. São Paulo: Método, 2008, p. 67-8. Então, Robert Alexy sustenta que toda teoria discursiva traz a análise da adequação de uma norma, ou a verdade de uma proposição, como sendo (ou podendo ser) resultado de um procedimento determinado, (vd. ALEXY, Robert. Problemas da teoria do discurso. Trad. João Maurício Adeodato In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades. *O novo em direito e política*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 14, 1997). Habermas, nessa esteira, revisitará o conceito de verdade na obra “Verdade e Justificação” e suscitará a incorporação de elementos epistêmicos. Do ponto de vista das rotinas do mundo da vida, argumenta Habermas, as verdades enunciadas são meras “verdades pretendidas”, ou seja, pretensões de verdade em princípio problemáticas. (HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: Ensaio filosófico*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 46-8). Desta sorte diferencia os conceitos de “verdade metafísica” e de “aceitabilidade racional” de matiz epistêmico. A compreensão do sentido, numa concepção epistêmica, revela que a correção do discurso assertórico, para Habermas, depende de que sejam conhecidas as condições sobre as quais algo pode ser dito e as conseqüências resultantes para os participantes por aceitarem a referida asserção (HABERMAS, Jürgen. From Kant to Hegel: On Robert Brandom’s Pragmatic Philosophy of Language. *European Journal of Philosophy*. v. 8, n. 3, pp. 322-355, 2000, aqui especialmente p. 325).

adequadas para se alcançar um fim. Da ação do sujeito sem referência aos outros (isolado), da submissão à atos de força (à vontade do outro) ou resultado de negociação. Da mesma maneira, a relação entre razão e vontade varia em cada discurso correspondente a cada um desses usos da razão prática. No âmbito da pragmática lingüística (não da modalidade do discurso técnico-pragmático) a percepção do efeito perlocucionário leva a análise dos discursos para o campo dos processos racionais que possibilitam o vínculo da legitimidade das normas jurídicas com a democracia e são aptos a assegurar simultaneamente a “autonomia privada” e “autonomia pública” dos indivíduos. A pragmática-lingüística trata do entendimento que permite que o cidadão esteja e sinta-se obrigado pela norma válida.

Habermas esclarece o processo racional do discurso jurídico com referência a princípios do discurso. Desta sorte, a legitimação das normas jurídicas decorre do “princípio da democracia”: “somente aquelas normas que podem encontrar assentimento de todos os cidadãos em um processo discursivo da legislação podem aspirar legitimidade”²⁹⁹. No desenvolvimento desse processo, o princípio básico legal – o princípio da democracia – e o princípio moral básico – o princípio de universalização (U), “Uma norma é válida quando as conseqüências prováveis e os efeitos da sua observância geral para os interesses e valores de cada indivíduo podem ser aceitos por todos os concernidos sem coerção”³⁰⁰ – são equiprimordiais, designados para as diferentes formas das normas convencionais ou morais, de um princípio mais geral da legitimação discursiva (D): “São válidas somente aquelas normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”³⁰¹.

Nessa esteira, a legitimação discursiva resulta da interpenetração da específica forma do direito descrita pelo observador como meio de coordenação das condutas e da necessidade geral de justificação racional das normas de ação suposta pelos participantes.

Os efeitos locucionário, ilocucionário e perlocucionário presentes na comunicação são resgatados para explicar a dicotomia da dogmática jurídica a respeito das posturas do observador e do participante.

²⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 143.

³⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*. Cambridge, Ma: Mit Press, 1998, p. 42.

³⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 142.

Consoante a isso, o recurso à pragmática lingüística por Habermas visa conferir clareza sobre temas cruciais da teoria geral do direito.

As perspectivas do observador e do participante desenvolvem duas classes de problemas: da coerência sistêmica, de um lado, e de aplicação segundo princípios, de outro. Os observadores destacam a função de estabilização das condutas por meio de garantias e coerções juridicamente definidas (segurança jurídica), os participantes, por sua vez, supõem o desenvolvimento de procedimento racional de elaboração e aplicação da lei, o qual contém a promessa de legitimação das expectativas que são tornadas obrigatórias.

Logo, o ponto central do princípio democrático é a proposta procedimental da legitimação das leis: a legitimidade decorre da conexão da lei a um dado procedimento e não da observância a algum critério material substantivo anterior sobre a felicidade ou bem-estar. Habermas evita o recurso ao substantivismo adotado por Ronald Dworkin.

Enquanto o princípio moral atua como regra de argumentação para a decisão racional de questões com atributo de universalidade, o princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais precisamente, a possibilidade da justificação ser realizada em discursos ou negociações reguladas pelo procedimento. Por si mesmo, o princípio da democracia não é capaz de determinar o conteúdo das questões políticas.

Partindo do pressuposto de que uma formação política racional da opinião e da vontade é possível, o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada - através de um sistema de direitos que garante a cada um, igual participação no processo de normatização jurídica definida pelos seus pressupostos comunicativos. Em síntese, enquanto o princípio moral opera a constituição interna de um determinado jogo de argumentação, o princípio da democracia refere-se à institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade garantidas pelo direito³⁰².

Enfim, o princípio da democracia orienta a produção do próprio do direito. Na perspectiva do princípio do discurso, é necessário estabelecer as condições às quais os direitos em geral devem satisfazer para se adequarem à constituição de uma comunidade de direito e possam servir como “médium” da auto-organização desta comunidade.

³⁰² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 145-6.

Por isso, é preciso estabelecer não somente o sistema dos direitos, mas também a “linguagem” que permite à comunidade entender-se enquanto associação voluntária de membros “do direito” iguais e livres³⁰³.

Esses argumentos possibilitam que a explicação do constitucionalismo de Habermas não caia nos problemas do paternalismo e da parcialidade que propostas substantivas encontram em condições do pluralismo valorativo. E mais, pretende compreender o caráter normativo do direito por causa de sua incondicional justificação: direitos à autonomia privada e à participação política tem o status de pretensões individuais que não podem ser afastadas por considerações sobre o bem comum e preferências políticas, ou serem consideradas como mais um bem (ou direito) dentre outros bens para serem garantidos em sociedades concretas.

Na sociedade contemporânea, grande, complexa e estrategicamente orientada em diversos estados-nação a homogeneidade de conceitos de vida boa não é percebida. Habermas, então, afirmará a necessidade de manutenção da segurança que os sistemas de direitos que assegura a legitimidade por meio de procedimentos (constitucionais) de correção sistêmica e abertura aos argumentos morais, éticos e pragmáticos. Entretanto, por trás dessa uniformidade da legislação oculta-se um complexo sentido de legitimidade.

Na seqüência, para esclarecer o modelo de Habermas para a relação complementar do direito, moral, ética e pragmática apresenta-se a sua crítica a um modelo alternativo: a tese do direito como caso especial dos discursos práticos em geral formulada por Robert Alexy.

3.2.1 Direito como caso especial da moral?

Uma proposta alternativa de explicação procedimental do direito na perspectiva do participante aparece no pensamento de Robert Alexy. A exemplo de Habermas, Alexy afirma que o conceito de direito na perspectiva do observador torna possível a descrição do mesmo e contempla, inclusive, a idéia de norma fundamental como fonte interna das normas jurídicas. Entretanto, um conceito puro estabelece um caso extremo e faticamente improvável de sistema normativo que nem sequer formula pretensão de correção.

A exemplo de Habermas, Alexy percebe a necessidade de maior clareza quanto ao aspecto comunicativo do direito. Vale dizer, enquanto

³⁰³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 146.

meio de organização social, o direito incorpora expectativas sociais em seus conceitos. Porém, a análise lingüística explicita a possibilidade de indeterminação. Motivo pelo qual, demanda a formulação de uma teoria da argumentação jurídica, à qual cumpre esclarecer no contexto da aplicação qual o sentido normativo que deve prevalecer.

Segundo Robert Alexy os conceitos de justificação e fundamentação podem ser usados, em muitos contextos, para dizer a mesma coisa, ainda que de justificação se fale, sobretudo, quando se oferecem razões frente a uma objeção ou dúvida³⁰⁴. Então, o termo justificação refere ao juízo de adequação da norma em relação ao ordenamento e o termo aplicação refere ao juízo de determinação sobre qual conteúdo da norma é adequado para reger um caso específico³⁰⁵.

Diferente da perspectiva neutra e imparcial do observador, um participante no sistema é aquele que trata das questões e argumentos que possibilitam a afirmação da resposta correta para uma questão do sistema legal ao qual se encontra submetido³⁰⁶. A definição da correção do direito só é possível com recurso a elementos morais, éticos ou pragmáticos já incorporados à linguagem jurídica. Consoante a isso, o direito encerra natureza dúplice: expressa dimensão factual e formula pretensão de correção.

No conceito do direito a dimensão factual é representada pelos elementos de eficácia social ou da autoridade que emerge da sanção. A correção moral é adicionada como elemento necessário quando se considera o direito desde a perspectiva do participante.

Para esclarecer o argumento da correção, Alexy pergunta: poderia valer uma Constituição que no seu artigo 1º determinasse que: “X é uma república soberana, federal e injusta”? Considera que a despeito de possíveis falhas funcional, técnica, moral ou convencional, o que macula o referido dispositivo é a falha conceitual.

³⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução espanhola de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 52, n. 3.

³⁰⁵ Em crítica revisora à Dworkin, Klaus Günther propõe que se separe fundamentação de aplicação e que se conecte o conceito de coerência sistêmica ao âmbito da aplicação de tal forma que esta, indiretamente, contribua para que se efetive a perfeição da norma – situação na qual se tenha como determinar as situações para seu uso. Sugere que o discurso de aplicação de uma norma geral de ação deve contemplar os interesses de todos os potenciais afetados pela regra proposta, para se chegar a um entendimento sobre qual o sentido concreto seria considerado válido para o caso em questão por participantes de um procedimento racional, vd. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: Justificação e aplicação*. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

³⁰⁶ ALEXY, Robert. The dual nature of Law. *Ratio Juris*. v. 23 n. 2, pp. 167-82, June 2010, aqui especialmente p. 175.

A expressão falha conceitual é tomada em sentido amplo já que se refere também a violações contra normas que são constitutivas dos atos lingüísticos, vale dizer, das expressões lingüísticas como ações. Aponta que o citado artigo apresenta uma contradição performativa pois com o ato de promulgação uma Constituição está necessariamente vinculada à pretensão de correção que é, sobretudo, uma pretensão de justiça. Nesse passo, o legislador constitucional comete uma contradição performativa quando o conteúdo do ato constituinte nega esta pretensão, ainda que com a promulgação da Constituição indique respeito pela execução de seus favores³⁰⁷.

Então, Alexy redefine as questões a serem respondidas por uma teoria do discurso aplicada ao direito sob argumentos das pretensões de validade expressas na comunicação: o primeiro grupo de questões diz respeito ao problema da “verdade”, o segundo grupo à questões de fundamentação e o terceiro à questões a respeito da aplicabilidade³⁰⁸.

Em síntese, nas reflexões de Alexy, a teoria da argumentação jurídica expressa o projeto de aproximação entre o elemento factual e ideal do direito. Dois exemplos são elencados para ilustrar a dualidade entre o elemento factual e o ideal: O primeiro trata da relação entre o processo democrático e a aplicação do direito. O processo democrático, resultante das decisões parlamentares, provê a mais importante explicação sobre a origem das leis nos estados constitucionais contemporâneos. Nos modelos jurídicos de Kelsen e Hart, a política estabelece a fonte formal do direito, mas a aplicação do direito é determinada pela técnica jurídica sob orientação “decisionista”.

O segundo exemplo é o dos direitos fundamentais. Não é suficiente dizer que a Constituição contém um catálogo de direitos fundamentais. Esses devem ser interpretados e aplicados. Em parte, isso pode ser feito pelo legislador. Mas, deve haver algum tipo de argumento

³⁰⁷ Neste sentido, é possível analogia com o famoso exemplo de John Langshaw Austin: “The cat is on the mat but I do not believe it is”, ou ainda com a pergunta: “- Você está dormindo?” seguida da resposta: “- Sim, estou”, e “- Têm alguém aí? - Não, não tem” (ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 41-3).

³⁰⁸ Na interpretação de Alexy, Habermas trata do problema da verdade quando desenvolve o conceito de entendimento. Trata do problema da fundamentação quando estuda a formação do direito racional e extraí daí a noção de justificação das regras do discurso. Trata do problema da aplicação quando objeta a justificação puramente formal e sem qualquer pretensão de correção (vd. ALEXY, Robert. Problemas da teoria do discurso. In: OLIVEIRA JR., José Alcebiades (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 13-29).

para tratar do esclarecimento a respeito do significado do direito fundamental no momento da aplicação³⁰⁹.

A explicação da origem da lei em procedimentos institucionalizados e a figura dos direitos fundamentais são exemplos que pretendem ilustrar as duas faces da argumentação jurídica. De um lado, manifestam o caráter atributivo, institucional, ou o real caráter do direito. Esse pode ser identificado no conjunto de razões, ou argumentos institucionais que determinam, em última análise, as decisões dos tribunais, garantidas, inclusive, pela força. De outro lado, argumentação jurídica permanece conectada com o que Alexy denomina o livre, discursivo, ou lado ideal do direito.

Nesses termos, a argumentação jurídica é desenvolvida sob metodologia mais ampla do que a mera subsunção e deve considerar da textura aberta dos argumentos utilizados que significam mais que a mera execução de uma autorização ou definição de limites. Constituem-se como modalidade da comunicação em geral. Sob termos de indeterminação jurídica deve haver liberdade para argumentar sobre o sentido do direito. Com respeito aos precedentes, a liberdade é até maior do que as leis, todos devem poder sentir-se à vontade para criticar as decisões judiciais. Tal criticismo pode levar à reversão de decisões de primeira instância nos tribunais superiores.

Dessa sorte, uma teoria da argumentação jurídica, para ser considerada satisfatória, deve cobrir a dimensão institucional e a dimensão ideal. Alexy acredita que a “teoria do caso especial” (“Sonderfallthese”) é uma tentativa de se alcançar isso. Afirma que os discursos jurídicos constituem-se em caso especial do discurso prático em geral sob três argumentos.

O primeiro de que a argumentação jurídica volta-se especificamente para dizer o que é permitido, proibido ou obrigatório. O segundo argumento é que a pretensão de correção é mais própria da argumentação jurídica do que do discurso prático em geral. Ambos os tipos de argumentação são, acima de tudo, discursos. A terceira razão estatui que a argumentação jurídica é matéria de um caso especial porque a pretensão de validade da argumentação jurídica é distinta do que discurso prático em geral. Essa não volta-se para o que é absolutamente correto mas ao que é correto no contexto e com base no direito válido em dada ordem jurídica. A correção do sistema legal depende essencialmente o que foi institucionalmente definido e o que é

³⁰⁹ ALEXY, Robert. The special case thesis. *Ratio Juris*. v. 12, n. 4, p. 374-84, December 1999, aqui especialmente pp. 374-5.

admitido por esse. A decisão deve observar o sistema legal elaborado pela dogmática jurídica sob considerações de prioridade ao que é bom e justo³¹⁰.

A crítica de Habermas dirige-se à consideração de que, as formulações kantianas quanto às condições necessárias para o desenvolvimento de uma teoria da moralidade, levaram a teoria do caso especial ao equívoco de que normas jurídicas não poderiam contradizer as normas morais. Ou mais especificamente, resultaram na crença de que o discurso prático em geral e o discurso do direito em especial seriam justificados em argumentos morais.

Desta sorte, a teoria do caso especial explica o direito entre a política e a moral. O que acarreta na reedição por parte do direito dos argumentos morais e os relativos a objetivos políticos. Mas, vale advertir, os processos do direito e da moral são separados, sendo que seus produtos são relacionados como se a moral fizesse exigências substanciais àquilo que deveria resultar do procedimento jurídico.

Ademais, os próprios produtos morais podem já entrar diretamente no procedimento jurídico, juntamente com outros argumentos. Pode-se afirmar que se trata de uma complementariedade no sentido de que o direito parece cumprir um papel funcional de suprir déficits funcionais da moral.

Habermas adverte quanto ao perigo de serem confundidos os limites do direito. Ou seja, expressa o receio de que a teoria do caso especial termine por transferir ao órgão judiciário competência de legislador, em vez de enaltecer o caráter próprio da jurisdição. Pois, vislumbra que a teoria do caso especial descreve a atuação do princípio moral como se fizesse exigências sobre o conteúdo que deveria constar no ordenamento jurídico.

Em resposta à crítica, Alexy admite que se o discurso prático geral ficasse circunscrito às questões morais a teoria do caso especial seria facilmente demonstrada como errada. Parece-lhe óbvio que os discursos jurídicos são abertos a vários tipos de argumentos. Todavia, ressalta que os procedimentos judiciais são desenvolvidos a partir de considerações próprias sobre o bom e o justo³¹¹.

A partir dessa resposta, Habermas confessa não estar seguro de haver compreendido o conceito de “discurso prático em geral” esposado

³¹⁰ ALEXY, Robert. The special case thesis. *Ratio Juris*. v. 12, n. 4, p. 374-84, December 1999, aqui especialmente pp. 375 e 378.

³¹¹ ALEXY, Robert. The special case thesis. *Ratio Juris*. v. 12, n. 4, p. 374-84, December 1999, aqui especialmente 378-9.

por Alexy. Por outro lado, se os juízes encontrarem-se autorizados a decidir em espaço distinto do que um “discurso prático em geral” poderia marcar, adverte, tal poderia acarretar no desaparecimento da linha divisória entre a atuação do legislador e do juiz.

Ou seja, para Habermas, no momento da aplicação de uma norma em particular, o judiciário deve encontrar-se dirigido pelo conjunto de argumentos que os legisladores estabeleceram a fim de possibilitar a justificação política daquela norma jurídica. O juiz, e o judiciário em geral, de outra maneira receberiam uma controvertida independência daquele corpo de procedimentos respaldados na legitimação democrática³¹².

Ocorre que, o modelo do direito como caso especial do discurso prático em geral, como denunciado pela pragmática lingüística habermasiana termina por reeditar respostas contextuais e circunscritas a uma comunidade de intérpretes. Consoante a isso, na obra “Direito e Democracia”, Habermas expressamente denuncia a tese do direito como caso especial do discurso prático e estabelece a tese do direito como parte do discurso prático em geral. E, mais, afirma que as críticas comumente dirigidas à “teoria do direito como parte do discurso prático em geral”: (a).- especificidades do processo judicial; (b).- a indeterminação do discurso; e, (c).- insuficiências dos princípios como critério de adequação, devem ser repelidos sob considerações de que:

(a).- Ainda que o processo judicial apresente interesses contraditórios, objeto de disputas, e que aparentemente não permitem o surgimento de um “consenso racional” nos termos da comunicação em geral. E, ainda mais, que em algumas situações, o dissenso possa ser percebido inclusive entre a vontade da parte e a de seu representante técnico, ao ponto dos tribunais haverem formulado o entendimento de que em caso de conflito entre a decisão da parte e de seu representante técnico, deve prevalecer a vontade da parte. Habermas, porém, contra argumenta que as partes têm interesse na resolução do conflito e estrategicamente fornecem elementos aptos ao consenso. Assim, compete ao órgão julgador captar tais argumentos e proferir a decisão imparcial. Sem esquecer de que é da essência de qualquer confronto de idéias, a existência de partes distintas e posições antagônicas.

(b).- A segunda crítica quanto a impossibilidade de se identificar o processo judicial com o discurso prático em geral é formulada destacando a possibilidade de “indeterminação”. Ou seja, se a validade

³¹² HABERMAS, Jürgen. A short reply. *Ratio Juris*. v. 12, n. 4, p. 445-53, December, 1999, aqui especialmente p. 447.

do direito em termos discursivos decorre do consenso racional, contudo, os “debates” em condições ideais podem ser intermináveis. Realmente, as regras do discurso não são suficientemente seletivas para possibilitar a determinação de uma única decisão correta nos exíguos limites do processo judicial. Contudo, Habermas identifica que a solução para indeterminação do processo judicial pode ser a complementação do discurso jurídico com a aplicação das normas criticadas com o recurso a argumentos especiais (morais, éticos, pragmáticos) princípios gerais que: “especificam as condições gerais do processo de discursos práticos-morais em relação à ligação com o direito vigente”³¹³.

(c).- Poder-se-ia temer que a adoção de princípios como critério de adequação por si só não auxiliaria na determinação do direito e não haveria a possibilidade da ação desses pois que o direito não é um todo coerente. As normas são resultados de diversas teorias políticas, nos variados períodos da história. A essa crítica, soma-se o fato de que a decisão tem a força dos argumentos que expõem seus motivos.

As decisões jurídicas não são universais nem eternas (no sentido dos valores morais). Quando muito, pode-se dizer que essas são imutáveis pelo efeito da “coisa julgada”. Porém, o que hoje está de acordo com a norma jurídica, amanhã pode não ser mais compatível com o direito vigente. Pois, “a racionalidade da argumentação jurídica é sempre determinada através das leis, portanto relativa à racionalidade da legislação”³¹⁴. O direito vigente e eficaz, descrito pelo observador, é produto de uma rede de decisões passadas do legislativo e do judiciário, contendo inclusive tradições do direito costumeiro. A positividade

³¹³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 288-9.

³¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 289. Os críticos da afirmação da coerência sistêmica do direito o fazem, dentre outros argumentos, a partir de análise histórica. Afirmam que as leis são elaboradas em momentos distintos e repercutem momentos políticos variados, para satisfazer interesses contraditórios. A própria aplicação da norma vincular-se-ia à decisão do órgão julgador o qual seleciona o texto normativo que sua consciência julga mais apropriado. Não há conceitualmente possibilidade de se indicar uma racionalidade normativa para guiar a aplicação da norma jurídica ou de racionalidade no direito. De sorte que, o ordenamento jurídico, para esses, pode ser descrito como uma “colcha de retalhos”. A tese do direito como “colcha de retalhos” (acolhida do “critical legal studies” norte-americano), rapidamente ganhou destaque e estruturou vários movimentos no sentido de se proteger os cidadãos e devolver a justiça ao direito. No Brasil, pode-se indicar o surgimento de grupos de pesquisas: na Universidade de Brasília, “o direito achado na rua”, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, o “direito alternativo”, na Universidade Federal do Paraná, a “teoria crítica do direito”.

refere-se ao contexto de seu surgimento, ao procedimento técnico de legislação.

A pretensão de legitimidade, por sua vez, requer decisões que não somente sejam consistentes com o tratamento de casos similares no passado e de acordo com existentes sistemas legais. Essas também supõem racionalidade fundada em considerações de participantes de modo que a questão possa ser reconhecida por todos como tal³¹⁵.

Nesse ponto há o resgate da tese kantiana de que sistema é a unidade de conhecimentos diversos sob uma idéia ou, “um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios”³¹⁶. Pode-se afirmar a existência de uma racionalidade de caráter comunicativo (ainda que seus operadores não possuam essa percepção) quando por meio da reconstrução de sua decisão seja possível identificar princípios comuns que a guia.

Um crítico pode objetar por considerar que a afirmação da racionalidade do direito depois da decisão proferida não elimina o decisionismo do órgão julgador. Por isso, Habermas vai além, sustenta ser possível, a partir da compreensão do procedimento do discurso, a definição da legitimidade da decisão a ser proferida. Parece-lhe certo que as questões morais e o ordenamento jurídico estão numa relação de complementação recíproca.

Ao invés de destacar as dificuldades resultantes da textura aberta da linguagem, Habermas a explora de modo a explicar a possibilidade da afirmação da coerência do direito, mesmo tendo presente que os diversos momentos legiferantes foram informados por interesses contraditórios e até excludentes.

Enfim, a prova filosófica da universalidade e necessidade das normas resultantes do discurso não é alcançada por meio de modo direto, mas indireto. Habermas se coloca frente a um cético quanto à existência da racionalidade inerente à comunicação social e apresenta o argumento de Apel, segundo o qual, se alguém inicia um diálogo pretende ser entendido e se desejar provar que não que é possível o entendimento, necessita do diálogo. Assim, a existência da racionalidade da comunicação é comprovada pelo absurdo da negação das condições do entendimento. Afirma que a filosofia – ainda que incapaz de afirmar

³¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. Willian Rehg. Cambridge/Massachusetts: MIT Press, 1996, p. 198-9.

³¹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 10.

conclusivamente o conteúdo das normas jurídicas – é um conhecimento privilegiado, pois é capaz de refutar o ceticismo³¹⁷.

Consoante a isso, a legislação jurídica, para além da explicação sistêmica, deve dar conta de ser reconhecida como um poder pelos membros da sociedade, simultaneamente autores e destinatários da mesma. Destaque-se, o reconhecimento do direito deverá ocorrer a partir do sistema do direito que é arranjado por consideração à preferências ou projetos sociais definidos comunicativamente e garantido pela atuação estatal. Há destaque sobre a tensão entre facticidade (a imposição fática de um dado direito) e validade (seu reconhecimento como legítimo) como algo inerente aos sistemas jurídicos.

Para elucidar a relação de complementariedade entre direito, moral, ética e pragmática no âmbito da razão prática é importante ter clara a distinção entre: (a).- a relação de complementariedade no que concerne à eficácia da moral; (b).- relação de complementariedade no que concerne à determinação do direito; (c).- relação de complementariedade no que concerne a legitimidade do direito.

O debate entre Alexy e Habermas revela que Dworkin, ao não separar o momento de legislação do momento da jurisdição, trata da relação de direito e moral no âmbito da eficácia da moral; enquanto Alexy trata da relação no que se refere ao problema da determinação do direito; Habermas trata da relação de complementariedade no que concerne ao resgate da legitimidade do direito.

³¹⁷ A posição cética defende a impossibilidade de se tratar de questões morais mediante razões. Tal posição é sustentada em dois argumentos: a) questões controversas acerca de princípios morais não tem como ser dirimidas; b) a validade veritativa de proposições normativas careceria de explicação, de modo a serem assimiladas ao modelo das proposições descritivas ou vivenciais. “A primeira objeção fica invalidada se for possível indicar um princípio que permita levar a um acordo em argumentações morais; A segunda objeção cai por terra tão logo se abandona a premissa de que as proposições normativas, desde que se apresentem de todo com uma pretensão de validade, só poderiam ser válidas ou não-válidas no sentido de uma verdade proposicional” (HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 77 e CENCI, Ângelo Vitório. *A controvérsia entre Habermas e Apel acerca da relação entre moral e razão prática na ética do discurso*. Campinas, 2006. Tese (doutorado em filosofia) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas; VOLPATO DUTRA, Delamar José. *Razão e consenso em Habermas: A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2 ed. Florianópolis: UFSC, 2005, p. 35-6).

3.3 Estado de Direito e Democracia

A concepção procedimental de legitimação acarreta no aumento da importância das deliberações públicas racionalmente motivadas dos cidadãos sobre questões substantivas em confronto com políticas públicas. Pode-se afirmar que, a explicação procedimental do direito, empreendida por Habermas, o aproxima de Rousseau e do ideal básico da democracia. Pois, a auto-determinação coletiva é assegurada quando a comunidade política legalmente estruturada constitui a si própria em base do entendimento discursivamente obtido.

Recorda-se que, a superação da idéia do soberano somente vinculado ao seu próprio arbítrio, só é possível transferindo a soberania para o povo. De modo que, o povo não abusaria de si próprio³¹⁸. Todavia, aparentemente Rousseau rejeita todas as formas de constitucionalismo em nome da soberania popular em prol do exercício da autonomia pública expressa na “vontade geral”³¹⁹.

Na mesma ordem de idéias Habermas opera o resgate do princípio da legalidade kantiano, segundo o qual, o princípio categórico significa um procedimento de universalização que define a razão prática. Esse possibilita a afirmação de que o acesso ao conhecimento do justo é franqueado a todos e que não permite distinções entre indivíduos seja no que tange ao respeito pessoal, ou à participação no espaço público.

O decisionismo detectado nas teorias do direito de Kelsen e de Hart motiva a reconstrução do direito em termos discursivos. Habermas expressa que as teorias do direito definidas somente na perspectiva do observador parecem ter esgotado sua capacidade utópica. Persistem como fonte de argumentos técnico-pragmáticos, mas distantes dos sujeitos que deveriam poder se reconhecer como participantes dos discursos de origem, de modificação e de aplicação do direito.

Por conseguinte, o resgate do caráter comunicativo da razão prática desenvolveu o argumento de que a exigência moderna de ter de dar razões para as decisões implica na inclusão da intersubjetividade na aplicação do direito. Pois, a justificação racional exprime demandas de legitimação e essas, em sociedades contemporâneas, só podem ser satisfeitas pelo esclarecimento das pretensões de validade expressas pela linguagem.

³¹⁸ BOBBIO, Norberto. Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant. Trad. Alfredo Fait, 3ª ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 15-6.

³¹⁹ ZURN, Christopher F. Deliberative democracy and constitutional review. *Law and Philosophy*. n. 21, pp. 467-542, ano 2002, aqui especialmente p. 510.

Então, o conceito de moralidade adotado pela metafísica pôde ser alargado. Realmente, ao se considerar que a moral é composta de valores que devem ser encontrados a partir de uma razão culturalmente situada, ou estática em projetos de “vida boa” não há saída para a vinculação da política à moral. Esta crítica pode ser percebida na sociologia de Weber, ou na filosofia de Hegel.

A revisão do conceito da moral permite afirmar que essa constitui um princípio de universalização identificado nas pretensões de validade da comunicação. Tal idéia aparece no pensamento de John Rawls quando descreve a sociedade que permite aos seus integrantes espaço de participação, de modo a que todos os interesses possam ser considerados em um debate público, afirma a existência de um consenso por “sobreposição” ou “entrecruzamento”. Ou, na lição de Habermas quando afirma que a existência de uma esfera pública na qual o entendimento resulta dos argumentos sobre os quais todas as pessoas concordam. Tal revela um entendimento que resulta da deliberação a respeito das conseqüências e efeitos colaterais que previsivelmente resultarem para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos do fato de ela ser universalmente seguida e que ainda assim possam ser aceitos por todos os concernidos (e preferidos a todas as conseqüências das possibilidades alternativas e conhecidas de regulação).

Então, o problema subsequente é o de que existe um nexó conceitual interno entre estado de direito e democracia, a partir do qual será revista a argumentação sobre a relação do direito e moral. Na seqüência o esclarecimento sobre a relação complementar entre direito, moral e ética leva à discussão: (3.3.1).- do argumento sobre a necessidade complementariedade entre direito e moral; e (3.3.2).- da tensão entre facticidade e validade por referência ao debate a respeito da autonomia privada contraposta à autonomia pública.

3.3.1 Legitimidade a partir da legalidade?

A seção anterior trouxe que, na perspectiva do observador, o resultado do procedimento moral pode ser considerado como irrelevante para o direito ou como vinculante para o seu conteúdo (por lhe conferir origem). Nesse passo, em uma ou outra vertente, o conteúdo do direito termina resumido ao seu aspecto ilocucionário, ao contexto de proferimento. Habermas, ao identificar a presença do efeito perlocucionário na comunicação desenvolvida pelo direito, recorda que o direito racional da modernidade foi estruturado sob promessas de garantir os interesses sociais. Desta sorte, a garantia legítima dos

interesses demanda que a autonomia individual seja conciliada com a autonomia pública, não subjugada. Nesse ponto aparece a sua defesa da política deliberativa.

A política é descrita como meio de composição voluntário de interesses individuais ou coletivos de um dado grupo e que legitima o direito ao dotar-lhe com conteúdo definido deliberativamente; e, o direito é descrito como meio de integração social que garante os desígnios políticos por dotar-lhes de forma impositiva ao tempo que estabelece as normas para que a política seja desenvolvida de modo deliberativo³²⁰.

A revisão da relação direito e política acarreta na afirmação de que os argumentos morais, enquanto parte do discurso prático geral, complementam as discussões públicas a partir das exigências: (a).- cognitivas, (b).- motivacionais e (c).- organizatórias, às quais se submete a pessoa que participa da política de modo deliberativo.

(a)

As questões cognitivas aparecem quando o sujeito é chamado para decidir o caso concreto. Quando tem que tipificar uma conduta, precisa captar todos os detalhes relevantes e depois subsumi-lo a norma, a qual deve ser selecionada dentre as várias aparentemente aplicáveis. Embora a “indeterminação cognitiva”, do que é justo ou de como proceder, possa ser solucionada com a facticidade da normatização do direito. Há necessidade de se esclarecer, sob quais argumentos uma norma jurídica pode ser aplicada.

Como captado por Kelsen, a transitoriedade das normas jurídicas faz com que a validade do direito positivo apareça como a expressão pura de uma vontade, a qual empresta duração a determinadas normas para que se oponham à possibilidade presente de virem a ser declaradas sem efeito. De outro lado, a positividade do direito não pode fundar-se

³²⁰ Os modelos de política com os quais Habermas dialoga são: liberal, comunitário e republicano. Por liberalismo entende a doutrina política que restringe o âmbito da discussão política, com a eleição prévia de alguns princípios normativos, que não podem ser objeto das deliberações sociais, tais como: direitos naturais ou princípios de justiça. O comunitarista é aquele que associa a validade da norma jurídica às tradições, ao contexto comunitário. Sem as quais, não haveria como conferir identidade aos sujeitos. O republicano denuncia a dissociação liberal entre o privado e o público, e propõe a afirmação de uma comunidade democrática de cidadãos baseada na participação ativa e solidária. O republicanismo é a concepção defensora da necessidade do uso da política e do direito como meios para organizar a sociedade e tratar dos conceitos de bem, do moralmente correto, vd. SCHIAVON, Giovanne H. Bressan. Modelos normativos de democracia e a política deliberativa de Habermas. *Crítica*. Londrina: UEL, 31, p. 51-76, abr. 2005.

somente na contingência de decisões arbitrárias, sem correr o risco de perder seu poder de integração social, sua legitimidade.

Nessa ligação reflete-se o entrelaçamento estrutural entre a aceitação, que fundamenta os fatos, e a aceitabilidade exigida por pretensões de validade, que já estava introduzida no agir comunicativo e na ordem social mais ou menos natural, na forma de tensão entre facticidade e validade. Essa tensão ideal retorna intensificada na análise sociológica do direito, mais precisamente na relação entre a coerção do direito e a idéia da autolegislação.

Há o risco, inclusive, da perda do caráter próprio da política. O poder político deixa de ser o âmbito da deliberação social e passa a ser pautado pelo direito, que é empregado para impor as condutas reconhecidas com o caráter de obrigação. A idéia do estado de direito constitui uma resposta ao desiderato da transformação jurídica pressuposta pelo mesmo.

Isso porque, no estado de direito, a prática da autolegislação dos cidadãos assume uma figura diferenciada institucionalmente, coloca em movimento uma espiral da auto-aplicação da norma jurídica. A qual deve fazer valer a suposição internamente inevitável da autonomia política, contra a facticidade do poder que resiste ao direito a partir de considerações externas³²¹.

Então, as funções estatais aparecem pela fixação dos limites, através de um sistema de competências que definem a autoridade de modo negativo. Não são justificadas em desejos ou preferências previamente determinados. E aqui se trata de uma relação externa entre facticidade e validade, uma tensão entre norma e realidade, que constitui um desafio para a aplicação do direito em moldes normativos.

A sociedade contemporânea é integrada através de valores, normas e processos lingüísticos de entendimento, mas também sistemicamente, através de mercados e do poder administrativo. Dinheiro e poder administrativo constituem mecanismo da integração social, formadores do sistema, que coordenam as ações de forma objetiva, como que por trás das costas dos participantes da interação, portanto, não necessariamente através da sua consciência intencional ou comunicativa.

Desta maneira, o direito está ligado às várias fontes da integração social. Através de uma prática de autodeterminação que exige dos cidadãos o exercício comum de suas liberdades comunicativas, o direito

³²¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 61.

extrai sua força integradora, em última instância, de fontes da solidariedade social. As instituições do direito privado e público possibilitam, de outro lado, o estabelecimento de mercados e a organização de um poder do estado; pois as operações do sistema administrativo e econômico, que se configura a partir do mundo da vida, que é parte da sociedade, completam-se em formas do direito³²².

E uma vez que o direito se interliga não somente com o poder administrativo e o dinheiro, mas também com a solidariedade, esse assimila, em suas realizações integradoras, imperativos de diferentes procedências. E é de se notar que as normas jurídicas não revelam como esses imperativos podem ser trazidos para um equilíbrio.

Certamente, pode-se reconhecer nas matérias dos diferentes âmbitos do direito a procedência da necessidade de regulamentação, em relação à qual reagem a política e a própria técnica jurídica. Porém, nos imperativos funcionais do aparelho estatal do sistema econômico e de outros domínios da sociedade, impõe-se muitas vezes interesses não suficientemente filtrados, por serem os mais fortes, servindo-se da autoridade que emerge da forma jurídica, a fim de disfarçar a sua imposição meramente factual.

Como meio organizacional de uma dominação política, referida aos imperativos funcionais de uma sociedade econômica diferenciada, o direito continua sendo um meio extremamente ambíguo da integração social. Com muita frequência o direito confere a aparência de legitimidade ao poder ilegítimo. À primeira vista, esse não denota se as realizações de integração jurídica estão apoiadas no assentimento dos cidadãos associados, ou se resultam de mera autoprogramação do estado e do poder estrutural da sociedade; tampouco revela se as normas, apoiadas neste substrato material, produzem por si mesmas a necessária lealdade das massas³²³.

Entretanto, os limites à autolegitimação do direito são tanto mais estreitos quanto menos o direito, tomado como um todo, pode apoiar-se em garantias metassociais e se imunizar contra a crítica. É verdade que um direito, ao qual a sociedade contemporânea atribui o peso da integração social, é alvo da pressão dos imperativos funcionais da reprodução social; ao mesmo tempo, porém, esse se encontra sob uma certa pretensão de legitimação.

³²² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 61-2.

³²³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 62.

As realizações sistêmicas da economia e do aparelho do estado, que se realizam através do dinheiro e do poder administrativo, também devem permanecer ligadas, segundo a autocompreensão constitucional da comunidade jurídica, aos processos integrados da prática social de autodeterminação dos cidadãos. Identifica-se aí, a tensão entre os aspectos ideal e real da ordem jurídica, especialmente do direito orientado pela economia, e que simplesmente reflete a distribuição desigual do poder social. Nesse ponto, o aspecto real encontra seu eco no desencontro entre as abordagens filosóficas e sociológicas sobre o direito³²⁴.

Por meio do processo legislativo e da atuação do judiciário, pode-se factualmente eliminar a indeterminação e se aliviar o indivíduo, do peso cognitivo da decisão do justo e do injusto. Porém, só pela revisão do conceito de política pode-se avaliar legitimamente quais as regras devem ser afirmadas como normas e aos tribunais como aplicá-las³²⁵.

No estado de direito o processo legislativo precisa confrontar seus participantes com as expectativas normativas das orientações do bem da comunidade, porque é suposto que esse próprio extraia sua força vinculante do processo de entendimento dos cidadãos sobre normas de sua convivência³²⁶.

Desta sorte, identifica-se como legítima a decisão política que, direta ou indiretamente, determina a ação estatal a partir da lei e justificada em deliberação social. Tal aceção já estava implícita no pensamento de Max Weber, quando descreveu a legitimidade como “dominação consentida”, um sentimento de obrigatoriedade que decorre da aceitação fática. Habermas, assim, trata a legitimidade como elemento psicológico que confere estabilidade ao estado de direito.

A moral, enquanto parte do discurso prático em geral, é recepcionada pelo direito positivo, sem perder sua identidade procedimental “(...) se despojou de todos os conteúdos normativos determinados, sublimando-se num processo de fundamentação e de aplicação de possíveis conteúdos normativos (...)”³²⁷. Vale dizer, as demandas do princípio da segurança jurídica (“legal certainty”) e do

³²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 62-3.

³²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 151.

³²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 115.

³²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p.218.

princípio da legitimação da vontade social (“legal legitimacy”) podem ser simultaneamente preenchidas na prática jurídica. Por conseguinte, o princípio da segurança do direito demanda que as decisões devam ser coerentemente associadas ao conjunto da ordem legal existente.

Nesse sentido Habermas esclarece que se de um lado a norma positiva não é um todo coerente, de outro lado, a aplicação das normas deve ser sempre coerente. Havendo a necessidade de se buscar não a decisão correta, mas a melhor decisão possível³²⁸. Com efeito, ao se aliviar o discurso jurídico das questões de justificação, por meio da pressuposta “justiça” inserta nos princípios. O “julgamento adequado” extrai sua correção das normas interpretadas à luz do estabelecido pelo legislador político.

Ao judiciário compete utilizar o direito reconstruído de modo aberto às considerações sociais (com caráter democrático deliberativo), porque só assim a indeterminação do direito poderá ser solucionada discursivamente com a obtenção do melhor resultado possível. Deve-se ter presente que, na perspectiva de Habermas, os enunciados jurídicos representam determinações de condutas, as quais são fixadas a partir de um conceito de justiça socialmente compartilhado e não de afirmações exatas sobre a natureza das coisas.

Vale destacar, o entendimento não é um método de obtenção da verdade, mas de controle sobre o desenvolvimento da pretensão de validade, que está na dimensão da pragmática lingüística. Se o processo de formação de entendimento pode não ter fim, enquanto ideal regulador, deve estar sempre disponível para validar os atos de fala. Tal controle só tem validade se for obtido sem qualquer tipo de coação. Não é o entendimento fático que determina a natureza desta pretensão de validade, mas a possibilidade de, em qualquer momento, apresentar-se como justificada³²⁹.

Os discursos existem no contexto das práticas do mundo da vida e têm de estabelecer o consenso (um acordo de fundo) quando parcialmente perturbado. Há aqui uma espécie de função reparadora do discurso em prol do entendimento³³⁰.

³²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 289-90.

³²⁹ VOLPATO DUTRA, Delamar José. *Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2a. ed.rev. e ampl. Florianópolis: UFSC, 2005, p. 130-1.

³³⁰ Nas palavras de Habermas: “... Com o sentido assertórico de sua afirmação, um falante levanta a pretensão, criticável, à validade da proposição proferida; e como ninguém dispõe diretamente de condições de validade que não sejam interpretadas, a “validade” (Gültigkeit) tem de ser entendida epistemicamente como “validade que se mostra para nós” (Geltung). A

Fora das questões sobre as quais repousa um consenso de fundo, não há resposta para as demandas de legitimação sem a adoção conjunta, nos discursos jurídicos, de argumentos pragmáticos, éticos, morais, empíricos e também o ajuste equitativo entre interesses que podem ser tema de um compromisso. Todas as tentativas de se isolar o ordenamento jurídico a uma determinada classe de argumentos têm sido infrutíferas, tal na “teoria pura do direito”, qual na simples proposta de subordinação do direito à moral.

(b)

O segundo problema a que está submetida a pessoa deliberativa é a questão quanto a expectativas em relação à sua “força de vontade”. A percepção da incorporação da vontade oriunda da deliberação social às normas jurídicas, não garante por si que os autores das normas concordarão consigo mesmo (enquanto destinatário dos mandamentos). A pessoa deliberativa deverá agir conforme sua vontade, e, eventualmente, contra seus interesses³³¹.

Para tanto, o problema “motivacional” importará na vinculação democrática do sistema. Pois, se a validade da norma resulta da aceitação racionalmente motivada de todos os atingidos, essa norma não será exigível até que essa condição seja preenchida. “Cada um deve poder esperar que todos sigam as normas válidas. Normas válidas só são imputáveis quando puderem ser impostas faticamente contra um comportamento desviante”³³². A partir de então a legitimidade assume o papel de formação de um saber, posto que, os cidadãos devem estar aptos a concordar com as normas criadas com a sua participação. Significa o reconhecimento de que a norma surgiu a partir do procedimento político deliberativo³³³.

justificada pretensão de verdade de um proponente deve ser defensável, através de argumentos, contra objeções de possíveis oponentes e, no final, deve poder contar com um acordo racional da comunidade de interpretação em geral”, HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 32.

³³¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 151.

³³² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p.152.

³³³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 308. Nas palavras de Habermas: “... un orden legítimo merece reconocimiento. Legitimidad significa el hecho del merecimiento de reconocimiento por parte de un orden político. Lo que con esta definición se destaca es que la legitimación constituye una pretensión de validez discutible de cuyo reconocimiento (cuando menos) fáctico depende (también) la estabilidad de un orden de

Mas, a revisão do conceito de política não pode servir para situar novamente os sujeitos na cômoda posição de observadores dos eventos sociais. Na perspectiva do observador, Habermas se pergunta, como explicar que os participantes da argumentação, que após o esgotamento de todas as objeções se convenceram da legitimidade de uma pretensão de verdade, esses devem continuar na atitude reflexiva assumida? Deve-se entender que a bem sucedida desproblematização das questões sobre a verdade é uma licença para retornar a um trato ingênuo com o mundo? A resposta de Habermas é que a pretensão de verdade convincentemente justificada para “p” (no lugar da verdade de “p”) confirma que os discursos são associados a práticas do mundo da vida e têm por função reestabelecer um acordo de fundo parcialmente perturbado pelos argumentos dos vários participantes.

Ou seja, se de um lado, os participantes da argumentação, que após o esgotamento das objeções se convenceram da legitimidade de uma pretensão de verdade, não têm mais motivo racional para continuar sua atividade reflexiva provisoriamente assumida. De outro lado, não afirma que a bem sucedida desproblematização das questões sobre a verdade como licença para retornar ao trato ingênuo com o mundo³³⁴. Os sujeitos devem encontrar-se sempre prontos a argumentarem a respeito de seus interesses.

(c)

A terceira exigência a que é submetida a pessoa deliberativa vem a ser a necessária participação da “divisão moral do trabalho”. Especialmente em sociedades complexas, as obrigações se impõem como deveres coletivos, exigindo esforços cooperativos ou realizações organizacionais. Seguindo Habermas essa questão pode ser solucionada, quer dizer, as exigências morais encontrarão seus destinatários, somente no interior de um sistema de normas auto-aplicáveis estabelecidas pela política deliberativa.

A atribuição da forma jurídica a mecanismos que atuem de modo comunicativo é voltada para o aproveitamento e ampliação do potencial reflexivo da comunicação. Argumenta que o entendimento resultante do discurso, embora idealizado, já existe parcialmente na sociedade. Existindo, até, instituições mais discursivas do que outras. Supõe-se, por

dominación.”, HABERMAS, Jürgen. *La reconstrucción del materialismo histórico*. Madrid: Taurus, 1981, p. 243.

³³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: Ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 50.

exemplo, que a universidade enquanto congresso de pesquisadores seja uma instância discursiva, na qual o potencial de alcançar o entendimento esteja no auge.

Habermas toma proveito de que algumas atitudes são socialmente reconhecidas e associa esse reconhecimento à relação de comunicação de modo a transformá-lo em algo reflexivo. Se antes, o indivíduo se via obrigado por uma ordem tradicional, agora se vincula ao entendimento. Habermas acredita na força do melhor argumento. O qual, após o discurso, poderá, até, ser imposto.

Pode-se afirmar que, a origem política do direito significa que ao se criar conscientemente uma estrutura de normas, surge um fragmento de realidade social produzida artificialmente, a qual só existe até segunda ordem, porque essa pode ser modificada ou colocada fora de ação em qualquer um de seus componentes singulares.

A validade da norma jurídica, então, é obtida quando o estado consegue garantir: (a).- que a maioria das pessoas a observe, ainda que isso implique o emprego de sanções (facticidade da coação do direito); e, (b).- que se criem pressupostos institucionais para o seu surgimento legítimo, para que ela também possa ser seguida a qualquer momento por convicção (o que denota sua legitimidade). Aqui a validade é o reconhecimento de que a norma está conforme o procedimento político-jurídico de estatuição (em respeito à autonomia pública) e por isso é legítima (conforme a autonomia privada)³³⁵.

Resulta claro que, para Habermas, a validade do direito fica condicionada simultaneamente à facticidade e à legitimidade da norma jurídica. A análise da formação do direito racional demonstra que o surgimento da modernidade foi informado por pressupostos normativos, como a noção da soberania popular, que terminaram incorporados nas legislações históricas faticamente existentes na figura de direitos humanos.

3.3.2 Divisão da autonomia em pública e privada

Na obra “Direito e Democracia”, Habermas destaca que a ética kantiana começa com o conceito de autonomia do sujeito como

³³⁵ Nas palavras de Habermas: “Validade jurídica de uma norma significa apenas que está garantida, de um lado, a legalidade do comportamento em geral, no sentido de uma obediência à norma, a qual pode, em certas circunstâncias, ser imposta por meio de sanções e, de outro lado, a legitimidade da própria regra, que torna possível em qualquer momento uma obediência à norma por respeito à lei”; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 52.

autodeterminação para atuar segundo a lei moral deduzida através do imperativo categórico. Desta sorte, Kant desenvolve sua filosofia política e jurídica a partir da vontade autônoma dos sujeitos enquanto pessoas morais que dispõem de uma razão prática examinadora de normas. A argumentação a respeito da autonomia chama a atenção para a circunstância de que as leis coercitivas devem comprovar sua legitimidade como leis da liberdade no processo da legislação. Na positivação do direito reproduz-se novamente a tensão entre facticidade e validade, porém não do mesmo modo que na dimensão da validade sistêmica de normas jurídicas.

Em consonância com Durão pode-se identificar dois argumentos sobre a relação entre direito, política e moral no pensamento de Kant. Na versão oficial, admitida pelo próprio, a filosofia da história explica o mecanismo sob o qual os sujeitos se vêem obrigados pelo conflito expresso na indissociável sociabilidade a aceitar os princípios do estado de direito (a relação direito e moral esclarece o dever de obediência ao direito positivo). Com base na aplicação do imperativo categórico, enquanto princípio moral, às relações externas, Kant obtém o princípio geral do direito, que afirma ser conforme o direito uma ação segundo a qual o livre arbítrio de cada um deve concordar com o livre arbítrio de todos os demais de acordo com uma lei universal de liberdade³³⁶.

A outra versão, implícita, é tornada evidente por Habermas: a moralidade que não pode surgir do conflito entre interesses privados é introduzida pela opinião pública inerente aos ideais da ilustração (a relação direito e moral revela o caráter comunicativo do direito)³³⁷. Como o princípio do direito só se refere às relações externas, fica em segundo plano a autonomia privada dos cidadãos e se toma em consideração exclusivamente a autonomia pública, a relação entre os arbítrios livres dos sujeitos.

Tal foi entendido como se o princípio geral do direito fosse destinado a coordenar as iguais liberdades subjetivas de pessoas que podem exercer coerção umas sobre as outras. Todavia, de acordo com a interpretação de Habermas, o princípio do direito afirma que a liberdade de um deve limitar a liberdade do outro. Ademais, o princípio geral do direito kantiano deriva do direito original do homem à liberdade que pertence a todos em virtude unicamente de sua humanidade. Por

³³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 113-4.

³³⁷ DURÃO, Aylton Barbieri. La interpretación de Habermas sobre la tensión entre derechos humanos y soberanía popular en el pensamiento de Kant. *Doxa*, n. 26, p. 827-46, 2003.

consequente, o direito a iguais liberdades subjetivas aparece como um direito inato que serve para conciliar a liberdade interior de um com a liberdade interior dos outros³³⁸.

Para dar conta do fenômeno da legislação, o liberalismo de Kant vincula os direitos humanos à dimensão da moralidade, enquanto o republicanismo relaciona à soberania popular com a dimensão ética. Assim, o liberalismo estabelece que a pessoa humana é portadora de determinados direitos subjetivos que lhe pertencem de modo absoluto (independente do direito objetivo outorgado pelo legislador). Por conseguinte, adquirem o caráter de direitos humanos e representam uma garantia contra as intromissões de outros sujeitos, incluído o próprio estado, enquanto o republicanismo presente em Rousseau concebe os direitos como derivados da “vontade geral”, a autolegislação empreendida pelos próprios cidadãos.

A principal diferença entre os modelos liberal e comunitário funda-se na diferente compreensão da democracia. Para os liberais o estado é concebido como uma estrutura programada no interesse dos sujeitos nos termos da economia de mercado. Enquanto para os comunitaristas, a política não se esgota numa mediação entre sujeitos privados, mas representa o meio a partir do qual os membros de comunidades em certo sentido solidárias assumem sua recíproca dependência e com o que em sua qualidade de cidadão prosseguem e configuram com vontade e consciência as relações de reconhecimento recíproco enquanto membros livres e iguais³³⁹.

³³⁸ DURÃO, Aylton Barbieri. La interpretación de Habermas sobre la tensión entre derechos humanos y soberanía popular en el pensamiento de Kant. *Doxa*, n. 26, p. 827-46, 2003.

³³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 332-3; e, HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro: Estudios de teoría política*. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo e Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós, 1999, p. 231-2. Nos Estados Unidos da América a tese de que existe um nexo interno entre Estado de Direito e democracia foi estabelecida a partir da discussão sobre o tema da igualdade formal e material, a qual trouxe à tona a tensão entre comunitarismo e liberalismo, vd. Posfácio *apud* HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 310; VOLPATO DUTRA, Delamar José. *Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2a. ed.rev. e ampl. Florianópolis: UFSC, 2005, p. 223. Nas palavras de Maia: “De modo simplificado, o principal traço caracterizador da grande divisão em torno do qual o debate sobre modelos de democracia vem se desenrolando na cultura anglo-saxônica é o seguinte: as vertentes liberais sublinham a importância dos direitos individuais como prioritários em relação à autonomia coletiva; já as correntes comunitaristas e republicanistas asseveram – inspiradas sobretudo em Rousseau – a primazia da vontade coletiva em face dos direitos individuais. Habermas, ao sustentar um terceiro modelo – procedimental – critica os liberais, pela sua negligência à necessidade de solidariedade social, enquanto os comunitaristas são também criticados por se

O republicanismo procedimental de Habermas diverge do republicanismo cívico de Rousseau porque enquanto para Rousseau a homogeneidade cívica traz consigo o pesado fardo de garantir que deliberações públicas se conformem à vontade geral, na teoria habermasiana a estrutura constitucional da democracia vincula legalmente a legitimidade política³⁴⁰.

De outra sorte, direitos individuais legalmente instituídos e direito à participação política legalmente instituída pressupõem-se mutuamente. Soberania popular é somente legitimada se conforme e respeitando o status legal dos sujeitos como independentes e iguais. Somente assim suas disposições podem ser entendidas como aceitas autonomamente pelo consentimento e não pela coerção³⁴¹.

É necessária, consoante a isso, a afirmação da legitimação procedimental do direito, a qual trata do carácter normativo das normas jurídicas, mas sem ficar obcecado por esse. Posto que, de outra sorte, sugerir a legitimação substantiva traz consigo o temor quanto ao estabelecimento de uma descrição paternal da política.

Então, Habermas aplica os pressupostos pragmáticos da linguagem à democracia legalmente constituída, a partir da idéia de forma jurídica e o ideal normativo de auto-governo. Isto o leva à análise da democracia constitucionalmente estruturada em moldes deliberativos na qual um conjunto de cinco categorias de direitos indica quais tipos de garantias individuais devem ser legalmente estabelecidas, se se deseja legitimamente regular as relações sociais com o meio do direito.

Pois, indivíduos que convivem e regulam suas relações pelo direito devem reconhecer a cada um como livre e igual, e nesse diapasão

inspirarem numa noção de comunidade limitada, excessivamente dependente dos laços de pertença étnicos e culturais”, MAIA, Antônio Cavalcanti. Direitos humanos e a teoria do discurso do direito e da democracia. In. MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (orgs.). *Arquivo de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 2, p. 55.

³⁴⁰ Habermas não vê contradição entre liberdades individuais e o princípio da democracia. A chave de seu argumento é que a pretensão de que democracia pressupõe que o poder do Estado decorra de decisões coletivas de cidadãos considerados iguais, tal modelo deve ser deliberativo e não meramente agregativo. Se assim for, um modelo deliberativo implica em condições apropriadas de comunicação pública e de formação da razão pública. Essas condições requerem não só liberdades políticas, mas também liberdades individuais. Direitos individuais são justificados como parte das condições que legitimam a democracia deliberativa. Habermas enxerga uma conexão interna entre autonomia pública e privada em termos da ordem legal que é necessária numa democracia; vd. ZURN, Christopher F. *Deliberative democracy and constitutional review*. *Law and Philosophy*. n. 21, pp. 467-542, ano 2002, aqui especialmente p. 512-3. Então, há um compromisso, ou responsabilidade, de se submeter à lei produzida em circunstâncias procedimentais adequadas, ainda que contrária aos interesses mais próximos.

³⁴¹ ZURN, Christopher F. *Deliberative democracy and constitutional review*. *Law and Philosophy*. n. 21, p. 467-542, ano 2002, aqui especialmente p. 516-7.

necessitam garantir para cada um: (1).- direitos a um maior número de iguais liberdades subjetivas; (2).- iguais direitos de participação na comunidade de formação e aplicação das leis; e (3).- iguais direitos à proteção legal e a capacidade processual para proteção de seus direitos. Estas três categorias de direitos podem, segundo Habermas, ser procedimentalmente justificadas em termos do sentido da legalidade e sob os pressupostos pragmáticos de surgimento e defesa normativa das pretensões de validade. A idéia básica é a de que sem esses direitos, nenhuma Constituição, ou lei, pode ser tida como racionalmente aceita, e pode ser tida como resultado de distorção ou exclusão por meio de uso direto ou indireto da força, coerção, fraude...³⁴². (4).- A quarta categoria: igual direito à participação no processo de opinião política – e formação da vontade decorre da necessidade dos membros da comunidade de se autocompreenderem como autores e sujeitos das leis a que estão submetidos. Com a quarta categoria de direitos, os membros se propõem a elaborar direitos específicos que preencham as precedentes e abstratas categorias de direitos. Finalmente, o status de igualdade pressuposto nestas quatro categorias só podem ser mais do que uma mera garantia formal se os cidadãos também se conferirem a mesma oportunidade de utilização para tais direitos através de (5).- “básicos direitos a provisões de condições de vida que sejam social, tecnológica e ecologicamente seguros, na medida e nas circunstâncias necessárias”. Habermas afirma que esta última categoria de direitos é somente instrumental e contextualmente justificada: somente são devidos numa sociedade em que a proteção formal dos direitos civis não for suficiente para assegurar igual oportunidade para todos os cidadãos³⁴³.

As sociedades contemporâneas são complexas, compostas por vários sistemas, ou seja, em cada instituição nas quais os indivíduos estão presentes suas ações são motivadas por princípios diferentes. Há instituições nas quais as ações são estratégicas ou instrumentais (relações econômicas, nas quais deve-se efetuar o cálculo “custo X benefício”) em outras são contextuais (as regras de boa educação são determinadas pelo entorno) ou são comunicativas (relações familiares, perante as quais se busca o entendimento).

³⁴² ZURN, Christopher F. Deliberative democracy and constitutional review. *Law and Philosophy*. n. 21, pp. 467-542, ano 2002, aqui especialmente p. 511.

³⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 257.

Nessa perspectiva, o poder político é produzido comunicativamente no exercício da autodeterminação dos cidadãos e se legitima na medida em que a institucionalização da liberdade pública proteja esse exercício:

A razão de ser do Estado não radica primordialmente na proteção de iguais direitos subjetivos, mas na salvaguarda de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade comum, na qual os cidadãos livres e iguais se entendem sobre as metas e normas que seriam de interesse comum para todos³⁴⁴.

Vale recordar, a discussão sobre a formação do sistema jurídico trouxe que é possível descrever o comportamento legal como uma obediência a normas que entraram em vigor, seja através da ameaça de sanções (modo sistêmico-sancionador), seja através de decisões de um legislador político (modo sistêmico-funcional). No entanto, a facticidade da legislação distingue-se da implantação do direito que impõe sanções, na medida em que a permissão para a coerção jurídica é deduzida de uma expectativa de legitimidade associada à observância das regras processuais do discurso.

Ou seja, a positivação do direito vem acompanhada da expectativa de que o processo democrático da legislação legitime a suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas. Isso porque, na positividade do direito não chega a se manifestar a facticidade de qualquer tipo contingente ou arbitrário da vontade e, sim, a vontade legítima, que resulta de uma autolegislação presumivelmente racional de cidadãos politicamente autônomos.

Habermas, nessa linha, critica a leitura da redução ética do conceito de soberania popular em Kant na medida em que esse só considera possível o exercício da cidadania associado a alguma forma de identidade coletiva, da positivação do direito. E, destacará que qualquer um que legisle em nome do povo pode acarretar-lhe dano, mas o povo mesmo não pode cometer injustiças contra si mesmo.

Sob premissas da filosofia da consciência, é possível aproximar a razão e a vontade no conceito da autonomia, porém essa capacidade da autodeterminação, na obra de Kant, é atribuída a um sujeito transcendental monológico. Segundo a figura do sujeito transcendental,

³⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro: Estudios de teoría política*. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo e Gerard Vilar Roca. Barcelona, Paidós: 1999, p. p. 233-4 [tradução nossa].

a vontade racional só pode formar-se no sujeito singular, então a autonomia moral dos sujeitos singulares deve desempenhar a ficção de representar a atividade da vontade unida de todos, a fim de garantir antecipadamente, por meio do direito natural, a autonomia privada de cada um. Consoante a isso, embora o princípio do direito kantiano pareça efetuar uma mediação entre a capacidade moral e o princípio da democracia:

... não está suficientemente claro como esses dois princípios se comportam, reciprocamente. O conceito de autonomia, que suporta a construção inteira, é introduzido por Kant na perspectiva, de certo modo privada, daquele que julga moralmente; porém ele explicita esse conceito na fórmula legal do imperativo-categórico, apoiando-se na modelo de Rousseau, ou seja, numa “legislação” pública realizada democraticamente³⁴⁵.

No pensamento de Kant, a discussão a respeito da legislação revela um princípio da democracia para preencher a lacuna de normatividade em um sistema do egoísmo regulado juridicamente, que não podia reproduzir-se por si mesmo, ficando à mercê de uma base voluntarista. No entanto, essa lacuna de solidariedade, que introduz uma abertura no emprego meramente legal dos direitos subjetivos talhados na medida do agir dirigido ao sucesso, não pode mais ser fechada através de direitos do mesmo tipo, ou seja, essa não pode ser fechada somente através de direitos privados. Pois, o direito positivo não consegue sua legitimidade apenas através de uma legalidade que coloca à disposição dos destinatários enfoques e motivos³⁴⁶.

Ora, se a vontade racional só pode formar-se no sujeito superdimensionado de um povo ou de uma nação, então, a autonomia política deve ser entendida com a realização autoconsciente da essência ética de uma comunidade concreta; deve passar pela força de legitimação de uma formação discursiva da opinião e da vontade, na qual são utilizadas as forças ilocucionárias do uso da linguagem orientada pelo entendimento, a fim de aproximar razão e vontade - e

³⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 127-128.

³⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 53-4.

para chegar a convicções nas quais todos os sujeitos singulares podem concordar entre si sem coerção³⁴⁷.

Por isso, Habermas sustenta que, se no campo moral há simetria de direito e deveres, no campo jurídico, da autonomia pública decorre que os deveres nem sempre serão simétricos, porquanto resultam da necessidade de preservação do direito. Todavia, a autonomia privada como uma “cápsula protetora” garante a liberdade de arbítrio e com isso permite que sejam trazidas para o espaço de discussão questões éticas, pragmáticas e morais de todos os participantes. “Só possui caráter moral a autonomia da qual os cidadãos, enquanto co-legisladores, devem utilizar-se para que todos possam chegar ao gozo simétrico de liberdades subjetivas”³⁴⁸.

Se, a “autonomia moral”, se esgota com a autoligação racional das normas à consciência. As autonomias pública e privada incluem três aspectos: “a autonomia dos cidadãos exercitadas em comum, a capacidade para uma escolha racional e a auto-realização ética”³⁴⁹.

Na república, o contrato originário, derivado de um dever moral, faz prevalecer o princípio do direito, estabelecendo um vínculo entre o legislador e um procedimento democrático, do qual resulta a legitimidade estabelecida por meio do consenso racional. “Desta maneira, no contrato da sociedade, o direito dos homens a iguais liberdades subjetivas, fundamentado moralmente, interliga-se com o princípio da soberania do povo”³⁵⁰. Sem embargo, na estrutura jurídico-política kantiana, a república surge em função do poder autônomo, porém sistematicamente transfere-se ao governo o poder de administração:

Validade é a qualidade do que é válido, nesse sentido o direito precisa incutir um sentimento de obrigatoriedade aos cidadãos. Historicamente, esse foi associado ou ao sentido de fundamento (reconhecimento de adequação à ordem natural), ou de justificação (reconhecimento de sua adequação ao sistema legal). Mas em sociedades plurais e complexas, nas quais há diversidade de enfoques e

³⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 137-138.

³⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 311.

³⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 311.

³⁵⁰ DURÃO, Aylton Barbieri. El liberalismo en el derecho político en teoría y praxis de Kant de 1793. *Crítica*, Londrina, v. 2, n. 7, abr./jun. 1997, p. 371; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 127.

de motivos, não se consegue legitimar o direito de modo contextual, a justificação da norma jurídica só será possível em bases do entendimento, quando se desloca da posição individual subjetiva para a intersubjetiva, deve incluir considerações sobre quem se é, e sobre quem se pretende ser.

Vale exemplificar, Valda nasceu em família cujos membros exercem ocupações como servidores públicos, foram educados em escolas públicas e fazem uso regularmente do serviço público de saúde. De outra sorte, João nasceu em família pobre e alçou padrão de vida confortável como resultado do trabalho na iniciativa privada, do seu trabalho como camelô, conseguindo se estabelecer formalmente como proprietário de estabelecimento comercial no ramo de confecções. João construiu sua residência em sistema de condomínio, o qual desfruta de segurança privada, matriculou seus filhos em escola particular e paga plano de saúde privado. Valda e João residem na mesma cidade. Para Valda e seus familiares parecerá justificável defender a expansão do serviço público e enxergar que os impostos consistem em cobrança adequada à redistribuição de renda. Enquanto João dirá que os impostos são injustos.

Nesse quadro, a racionalidade do direito passa ser associado a autorizações do uso da força para proteção dos direitos naturais à liberdade. Tal, não explica a possibilidade do direito ser seguido por convicção, de modo autônomo, “por respeito à lei”. Isto é, levando em conta sua pretensão de ser digna de reconhecimento como um valor social (expressando reconhecimento de sua legitimidade).

Para ser possível contemplar as diferentes perspectivas individuais no quadro do direito, a perspectiva do participante implica na afirmação de duplo aspecto na validade do direito, que Habermas trata com o auxílio de conceitos da doutrina kantiana do direito: a coerção e a liberdade. Para um modo de ver objetivo, a validade do direito é determinada através de procedimentos juridicamente válidos – e que provisoriamente justificam sua vigência. Porém, o sentido desta validade do direito somente se explica através da referência simultânea à sua validade social ou fática (“Geltung”) e à sua validade normativa ou legitimidade (“Gültigkeit”)³⁵¹.

“Geltung” expressa o respeito às pretensões de validade (“geltungsanprüche”) que os atos de fala assumem quando da comunicação na perspectiva do observador (trata do efeito ilocucionário

³⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 48-50.

da comunicação) e é determinada pelo grau em que consegue se impor. “Gültigkeit” expressa a validade que se mostra para o participante, ou legitimidade (repercute o efeito perlocucionário da comunicação). O primeiro sentido é anterior ao uso do ato de fala (o direito é descrito como um “saber” e não como um “dado”), o segundo só pode ser definido no momento do uso, quando submetido à comunidade de interpretação (o direito é descrito como “um sistema de ação”).

Nesse passo, Habermas reconstrói a distinção entre dever interno e dever externo (obrigação) presente no conceito kantiano de legislação. A ordem dos deveres (a moral) e a ordem das obrigações (o direito) constituem-se igualmente como “normas de agir” que servem para regular conflitos interpessoais e devem proteger, de forma simétrica, todos os participantes e afetados. Contudo, enquanto a “autonomia moral” constitui-se em conceito unitário, formulado por Habermas como: “cada um segue exatamente as normas que ele, de acordo com um juízo próprio e imparcial, tem como obrigatória”³⁵².

Na “autodeterminação do cidadão” apresenta o direito uma dupla feição, ou seja, estabelece uma relação de complementariedade entre direito e moral. Segundo a qual, coexistem a “autonomia privada” (a possibilidade do direito ser seguido segundo a liberdade subjetiva de ação) e a “autonomia pública” (a possibilidade do direito ser seguido por “dever”). Para o cidadão, a observância da autonomia privada repercute no respeito à sua liberdade de opinião e expressão, já a preconizada autonomia pública o obriga a seguir a norma por ele mesmo criada. De modo que, o julgamento da consciência convive com o espaço para arbítrios, onde tudo o que não for proibido é permitido, complementam-se o arbítrio de quem decide racionalmente e a liberdade da decisão ética³⁵³.

Nessa medida, o direito nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo. A liberdade comunicativa dos cidadãos pode assumir, na prática da autodeterminação organizada, uma forma mediada através de instituições e processos jurídicos, porém não pode ser substituída inteiramente por um direito coercitivo.

Para que o conceito de moral como princípio do entendimento se aperfeiçoe pode contribuir o aprimoramento dos mecanismos de

³⁵² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 310-1.

³⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 311.

participação da sociedade no âmbito das discussões públicas, tais como mecanismos jurídicos da ação popular e de prestação de contas da administração ao tempo em que os mecanismos de participação política já existentes poderiam ser mais frequentemente utilizados tais como referendos e plebiscitos.

A conexão interna entre a facticidade e a validade da imposição do direito e da legitimidade do processo de legislação que funda a validade social constitui uma hipoteca pesada para sistemas jurídicos destinados a tirar dos ombros dos atores que agem comunicativamente a sobrecarga da integração social. Pois o dado sociológico aponta como improvável que as realizações de integração do direito venham a se alimentar somente ou, em primeira linha, de um acordo normativo já pronto ou conseguido em fontes da solidariedade³⁵⁴.

Nos imperativos funcionais de sociedades extremamente complexas, entra em jogo uma facticidade social que não mantém mais uma relação interna com a pretendida legitimidade da ordem jurídica. A autocompreensão normativa pode ser desmentida através de fatos sociais que intervêm no sistema jurídico a partir de fora. Ou seja, a validade social, os aspectos da facticidade do direito, e a validade normativa, o reconhecimento social, podem ser consideradas isoladamente. Da presença de uma não decorre a presença da outra e podem ser descritas isoladamente³⁵⁵.

A validade social é concretizada na figura dos “direitos humanos”, a qual associada a noção da “soberania popular” (fonte procedimental da validade normativa) determinam a autocompreensão normativa de estados de direito democráticos. Para sua determinação é importante perceber em que grau consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. Diferente do modo de validação tradicional, a partir de discursos de gênese ou de fundamentação, o direito contemporâneo não se apóia sobre a facticidade de formas de vida consuetudinárias e tradicionais, e sim sobre a facticidade artificial da ameaça de sanções definidas conforme o direito e que podem ser impostas pelo tribunal.

Ao passo que a legitimidade de normas se mede pela validação discursiva de sua pretensão de validade normativa. E o que conta, em última instância, é o fato das normas terem surgido num processo da

³⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 54-5.

³⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 55.

legislação racional – ou o fato de que as normas resultantes poderem ser justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais. A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se.

Ao contrário, tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a confiança dos participantes na legitimidade, e esta fé, por sua vez, apóia-se na suposição da validade das normas. Outros fatores, tais como, por exemplo, a intimidação, o poder das circunstâncias, os usos e o mero costume, estabilizam uma ordem jurídica substitutiva, e isto se torna tanto mais imperioso, quanto mais fraca for sua legitimidade³⁵⁶.

Por referir-se tanto à validade social, quanto à validade normativa (legitimidade da pretensão ao reconhecimento normativo), o direito permite aos membros da comunidade jurídica escolher entre dois enfoques distintos em relação à mesma norma: técnico-estrutural (garante a estabilidade dos comportamentos) ou performativo (assumir que o direito além de estabilizar os comportamentos, pode transformá-lo).

Para o “arbitrio” de um agente que se orienta pelo sucesso próprio, a norma jurídica constitui uma condicionante fática com conseqüências previsíveis, no caso de uma transgressão da norma jurídica. Quando, porém, um agente deseja entender-se com outros agentes sobre condições a serem preenchidas em comum para que tenha sucesso em suas ações, a norma jurídica amarra a “vontade livre” através de uma pretensão de validade normativa (deontológica).

O fato da perspectiva deontológica ficar aberta a argumentos morais, éticos ou pragmáticos não significa necessariamente uma fusão de momentos, pois, na perspectiva do observador, esses continuam irreconciliáveis. Ao variar a perspectiva escolhida, a norma jurídica forma outro tipo de componente da situação: para aquele que age estrategicamente, essa se encontra no nível de fatos sociais que limitam externamente o seu espaço de opções; para aquele que age comunicativamente, porém, essa se situa no nível de expectativas obrigatórias de comportamento, em relação às quais se supõe um acordo racionalmente motivado entre parceiros jurídicos.

O participante poderá atribuir a uma prescrição juridicamente válida o status de um fato com conseqüências prognosticáveis ou a obrigatoriedade deontológica de uma expectativa normativa de comportamento. Então, a validade jurídica significa que está garantida,

³⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 50-1.

de um lado, a validade social, no sentido da obediência à norma jurídica, a qual pode, em certas circunstâncias, ser imposta por meio de sanções e, de outro lado, a validade social, a legitimidade da própria norma jurídica, que torna possível em qualquer momento uma obediência da norma jurídica por respeito à lei³⁵⁷.

A conexão interna entre direitos humanos e soberania popular só pode ocorrer no caso de que esses não sejam impostos externamente ao legislador positivo e tampouco não podem ficar totalmente disponíveis ao seu arbítrio. Pois os direitos humanos têm como característica principal representar direitos subjetivos fundamentais que garantem ao sujeito uma esfera de liberdade privada de ação protegida contra as intromissões do poder político. Mas, enquanto direitos subjetivos têm de ser institucionalizados no ordenamento jurídico pelo legislador como qualquer outro direito.

Nesses termos, a dicotomia entre a perspectiva do observador e do participante pretende explicar como os direitos humanos surgem da vontade do legislador democrático e, ainda assim, salvaguardam o momento de incondicionalidade, pois, mediante os discursos racionais, os próprios cidadãos participam no processo de elaboração das normas como autores do direito a que encontram-se submetidos, posteriormente, como destinatários e definem direitos humanos fundamentais que são do interesse simétrico de todos, de acordo com a intuição republicana de que somente os próprios cidadãos não podem fazer algum dano a si mesmo por meio da legislação.

Questões morais podem e devem ser tratadas pelo sistema jurídico, por exemplo o absoluto “não matarás” pode ter influenciado a vedação, inscrita no art. 121, do Código Penal, de se “matar alguém”. Entretanto, ao ser acolhido pelo ordenamento jurídico, um preceito moral, se desvincula de sua origem e perde sua característica universal e absoluta. O art. 121 deve ser aplicado com apoio em questões pragmáticas e éticas além das exclusivas prescrições morais.

Pois, o sistema jurídico atenua a vedação moral, tornando lícito o ato de matar, excluindo a possibilidade de punição se, por exemplo, em “legítima defesa”. Legítima defesa pode ser definida como aquela ação necessária para afastar-se um ataque ilegal. O escopo dessa justificação é condicionado entre outras razões, decisivamente pela “ilegalidade” do ataque. Nessa questão pelo menos duas interpretações são possíveis. A ilegalidade pode ser determinada em função do “agressor”,

³⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, v I, p. 51-2.

perguntando-se quando o ataque é ilegal, ou em função do “agredido”, analisando que tipo de ataque deve ou não ser tolerado.

Então, as decisões jurídicas são casuísticas? Não, até porque a pretensão de validade do direito não estaria satisfeita com decisão mais ou menos válida. Por isso, Habermas reedita os argumentos de Dworkin e responde que justamente em razão dos problemas estruturais, o direito tem sido obrigado a confrontar é que se sugere a “hercúlea” tarefa de sua “reconstrução” racional, de modo a obter, não a única decisão correta, mas a “melhor decisão possível”.

Conforme Habermas: “uma decisão jurídica de um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente”³⁵⁸. Coerência normativa que pode ser obtida a partir da distinção do discurso na perspectiva do observador do discurso do participante.

Sob a perspectiva do participante, não é suficiente que um sistema jurídico se limite a garantir formalmente que toda pessoa seja reconhecida como detentora de iguais direitos por todas as demais pessoas. A validade normativa, o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros, deve apoiar-se, além disso, em normas jurídicas legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que “a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos”.

A moral preenche esta condição “per se”; no caso das normas do direito positivo, no entanto, essa condição precisa ser preenchida pelo legislador político. No sistema jurídico, o processo da legislação constitui, pois, o lugar propriamente dito da integração social.

Consoante a isso, Habermas supõe que os participantes do processo de legislação assumem, através de seu papel de cidadãos, a perspectiva de membros de uma comunidade jurídica livremente associada, na qual um acordo sobre os princípios da legislação já estão assegurados através da tradição ou de um entendimento segundo normas jurídicas reconhecidas como legítimas.

Essa união característica entre a validade social e validade normativa, exige um processo de legislação no qual os cidadãos participem na condição de sujeitos do direito que agem orientados não apenas pelo sucesso. Na medida em que os direitos de comunicação e de participação política são constitutivos para um processo de legislação eficiente do ponto de vista da legitimação, esses direitos subjetivos não podem ser tidos como os de sujeitos jurídicos privados isolados: esses

³⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 290.

têm que ser apreendidos no enfoque de participantes orientados pelo entendimento.

É por isso que o conceito de direito contemporâneo absorve o pensamento democrático, segundo o qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da “vontade coincidente de todos” os cidadãos livres e iguais³⁵⁹. Pois, sem respaldo religioso ou metafísico, o direito coercitivo, talhado conforme o comportamento legal, só consegue garantir sua força integradora se os destinatários singulares das normas jurídicas puderem considerar-se autores dessas normas, no sentido desenvolvido por Rousseau.

Por conseguinte, a expressão jurídica dos direitos humanos é deduzida para uma comunidade jurídica particular, mas enquanto direcionados à proteção das liberdades fundamentais do sujeito, parecem apresentar um sentido universalista que deve ser protegido inclusive contra os próprios governos autoritários.

Na perspectiva do participante, sob argumentos de aplicação, faz com que a legislação seja percebida de modo reflexivo. De modo que não basta nomear os contextos de tradições para que máximas estratégicas e normas de ação se legitimem. Se de um lado, a perspectiva do observador está voltada ao regulamento imparcial de conflitos de ação, de outro lado, sob a perspectiva do participante o indivíduo singular forma uma consciência dirigida por princípios e orienta seu agir pela idéia de autodeterminação³⁶⁰. Desta sorte:

... Argumentos em prol da legitimidade do direito devem ser compatíveis com os princípios morais da justiça e da solidariedade universal - sob pena de dissonâncias cognitivas - bem como com os princípios éticos de uma conduta de vida auto-responsável, projetada conscientemente, tanto de indivíduos, como de coletividades. Essas idéias de autodeterminação e de auto-realização não se coadunam entre si com facilidade. Por isso, as respostas do direito racional às modernas idéias de

³⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 52-3.

³⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 131

justiça não tiveram o mesmo eco encontrado pelos ideais de vida³⁶¹.

O paradigma comunicativo supõe que a linguagem tem um caráter de entendimento. Além do agente que conhece, deve ser considerado, que a situação da compreensão pressupõe a atuação de mais de um agente, os agentes fazendo uso da linguagem (discurso) assumem compromissos (coordenação da ação) que podem ser esclarecidos no modelo do “entendimento” no lugar da razão estratégico-instrumental.

Habermas tem que o discurso jurídico não pode ser auto-suficiente em um universo hermeticamente fechado do sistema do direito vigente como parece propor o positivismo; e, a correção de decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do júzo. Desta sorte, da moral deve-se afastar a atribuição de fundamentar o direito (em sentido de origem).

Pois, a posição normativa não exige a formulação de uma concepção “moralizante” do direito, a essa bastam a identificação dos argumentos funcionais para sustentar que é recomendável organizar a convivência social com os meios do direito e discutir a respeito da validação do conteúdo encontrado. “O filósofo deve satisfazer-se com a idéia de que, em sociedades complexas, só é possível estabelecer, de modo confiável, condições morais de respeito mútuo, inclusive entre estrangeiros, se se apelar para o ‘medium’ do direito”³⁶².

A validade do direito, desta sorte, no pensamento habermasiano se sustenta por igual da coerção da atuação estatal e da coerção psicológica que deriva do reconhecimento de sua legitimidade, por isso, a coerção externa convive em tensão com a interna. Nesse passo, pergunta-se, qual é o papel desempenhado pela moral?

Os argumentos expostos no capítulo III da obra “Direito e Democracia” trazem que a argumentação a respeito da relação de complementariedade aparece no sentido de conferir legitimidade do direito e é desenvolvida nos seguintes termos:

(1).- a pretensão de universalização define o procedimento de legislação (na reflexão a respeito do pensamento de Alexy que supõe

³⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 133.

³⁶² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 322-3.

haver contradição performativa se sujeitos que se consideram iguais não atribuírem reciprocamente direitos a iguais oportunidades);

(2).- os produtos do procedimento moral devem ser considerados no momento da legislação (na definição contextual da quinta classe de direitos supra-referidos);

(3).- o procedimento comunicativo é prévio ao procedimento de aplicação do direito e de modo negativo estabelece seus contornos (permite o controle sobre o resultado da interpretação e aplicação do direito descrito como parte do discurso prático em geral).

Consoante a isso, os desenvolvimentos da teoria comunicativa, levaram Habermas à afirmação de que no discurso podem ser tratadas questões de gênese e de justificação do que é afirmado e do sentido pragmático da aplicação do direito. Deste modo, a prática jurídica é engatada à noção de “entendimento” por parte dos participantes daquele discurso, consideradas as razões de todos os possíveis interessados.

Uma verdade a partir das razões que todo ser racional poderia aceitar, numa situação ideal de fala. Nesses moldes, o sujeito monológico, o observador do sistema, não poderia ter certeza de uma interpretação “a priori” antes que o discurso argumentativo fosse efetivamente realizado³⁶³.

Efetivamente, o argumento do observador pode não ser corroborado no momento de aplicação, mas o discurso do participante - com o uso da “racionalidade” inserta na legislação – deverá ser. Essa “racionalidade” é constituída a partir de princípios oriundos da moral, da pragmática ou da ética.

Note que, se essa razão fosse exclusivamente moral, com suas implicações (universalidade, generalidade, etc.) seria inviável a interpretação reconstrutiva. Reprise-se o problema crucial não é justificar a norma jurídica, as justificativas podem surgir inclusive de considerações funcionais, mas sobre como eliminar o caráter abstrato das normas jurídicas. Essa indeterminação resulta em problema de aplicação e passa pelo esclarecimento da relação do direito com a política³⁶⁴.

Os cidadãos são destinatários bem como os autores da legislação. A liberdade da pessoa reside em conduzir-se criticamente tanto frente a condutas alheias quanto as próprias. Ao se aceitar a capacidade crítica

³⁶³ VOLPATO DUTRA, Delamar José. *Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2a. ed.rev. e ampl. Florianópolis: UFSC, 2005, p. 125-6.

³⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 150.

dos cidadãos não há como determinar “se” e “de que modo” a pessoa deve fazer uso dessa capacidade e sobre “quê” espécie de argumentos pode amparar-se, “vale” a força do melhor argumento. Aqui, a legitimidade não é resultado da correspondência a uma moral superior.

Direito e moral, então, se completam. À moral compete a responsabilidade por juízos universais e equitativos, e ao direito compensar “déficits que resultam da decomposição da eticidade tradicional”³⁶⁵. Opera-se uma divisão de papéis, tal ocorre, porque ao passar para o nível de fundamentação pós-convencional, a legislação se desliga de suas explicações tradicionais. E ao se ligar a nova modalidade discursiva obriga-se a reelaborar as instituições sociais.

A relação complementar do direito com a moral é produzida porque no estado de direito se faz uso do direito positivo como meio para distribuir cargas de argumentação e institucionalizar vias de fundamentação e justificação, que se encontram abertas em direção a argumentos morais. A moral já não paira sobre o direito (como sugerido pelo direito natural racional) como um conjunto supra-positivo de normas. Emigra para o interior do direito positivo, mas sem se esgotar nesse.

Essa moral de natureza procedimental se desembaraça do conteúdo normativo e fica sublimada num procedimento de justificação de conteúdos normativos possíveis. Assim, um direito procedimental e uma moral procedimentalizada podem controlar-se mutuamente.

Nos discursos jurídicos o tratamento comunicativo de questões prático-morais fica, por assim dizê-lo, domesticado por via da institucionalização jurídica. Esse tratamento é limitado, no que se refere ao método, pela vinculação ao direito vigente; na dimensão objetiva seu limite é encontrado no tocante a temas e cargas da prova; na dimensão social é limitado pelos pressupostos de participação e a imunidades e distribuição de papéis. E, na dimensão do tempo, no tocante a prazos de decisão.

Mas, à inversa, também a argumentação moral fica institucionalizada como um procedimento aberto, que obedece a sua

³⁶⁵ Günther explica que o cidadão habermasiano deve adotar uma posição “crítica”, ou seja, motivada por meio de argumentações. Pois, “(...) uma pessoa, à qual se assenta a capacidade de uma posição crítica, pode portanto executar através de ações e manifestações o ato cognitivo de sua motivada atitude...”. Enfim, quando se refere à capacidade de atitude crítica compreende-se interrelacionados dois atos: o *cognitivo* e o *volitivo*. Cada *pessoa deliberativa* deve poder participar das discussões das quais se originam os argumentos (GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no direito penal atual e no futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, n. 24, pp. 79-92, out./dez., 1998, aqui especialmente pp. 81-82).

própria lógica e controla assim sua própria racionalidade. O direito mesmo deixa margem e estimula uma dinâmica de fundamentação e justificação, que também pode chegar a transcender a letra do direito vigente, com conteúdos não previsíveis inicialmente³⁶⁶.

É certo que, é importante diferenciar os diversos contextos que representam os argumentos desenvolvidos na ciência jurídica. Então, a correspondente prática de tomada de decisões poderia ser reconstruída também a partir do ponto de vista de até que ponto os procedimentos jurídicos deixam espaço para a lógica da argumentação ou para o sistema mediante restrições em que fazem valer coações.

A afirmação discursiva do direito também deixa implícito, que o procedimento moral pode ser compreendido como prévio à legislação, tendo a função negativa de eliminar conteúdos incompatíveis com a moral, seja no momento da elaboração das leis ou da eliminação de sua indeterminação.

Conforme esse modelo, os procedimentos moral e jurídico são separados, mas se complementam negativamente. Os conteúdos passariam antes pelo procedimento moral a fim de ver de sua compatibilidade com razões morais para depois adentrarem no procedimento jurídico. Segundo o qual, a moral parece cumprir um papel de suprir os déficits de legitimidade do direito. Entretanto, Volpato Dutra adverte apesar de Habermas esboçar esse modelo em “Direito e Democracia”, esse não foi desenvolvido³⁶⁷.

Pode-se apontar que o limite da explicação habermasiana a respeito da relação direito e moral, segundo suas próprias palavras, é que uma perspectiva do participante, para ser desenvolvida, necessita de uma semântica inferencial como aparece em “Making it explicit” de Robert Brandom³⁶⁸. Material que só lhe chegou as mãos depois da elaboração do “Direito e Democracia”.

“Making it explicit”, assevera Habermas, tem hoje a mesma importância que “A theory of justice” teve no início dos anos 1970. Pois, Brandom oferece uma potente explicação sobre como sujeitos que participam na prática de “dar e pedir razões”, ao cobrar razões dos outros, aceitam responsabilidades coletivas anteriores à própria ação por tudo quanto seja feito. Ao se permitir serem afetados pelas razões, que é,

³⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. ¿Como es posible la legitimidad por via de la legalidad? Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante: Universidad de Alicante, n. 5, p. 21-45, 1988, aqui especialmente p. 42-3.

³⁶⁷ vd. VOLPATO DUTRA, Delamar José Volpato. Perspectivas de moralização do direito: Kant e Habermas. *Crítica Revista de Filosofia*, Londrina, v. 12, n. 36, p. 337-356, out. 2007.

³⁶⁸ BRANDOM, Robert. *Making it explicit*. Massachusetts: Cambridge, 1994.

ser arrastado pela força vinculante do melhor argumento, aplicando ou obedecendo normas semânticas e do pensamento inferencial esses movem no “espaço das razões”³⁶⁹.

Na medida em que o sistema dos direitos assegura, tanto a autonomia pública como a privada, esse operacionaliza a tensão entre facticidade e validade. A tensão entre facticidade e validade, afinal, irrompe na necessidade dos direitos políticos fundamentais institucionalizarem o uso público das liberdades comunicativas na forma de direitos subjetivos que deverão ser disponibilizados aos cidadãos fazerem uso segundo seu próprio arbítrio³⁷⁰.

Enfim, para se vislumbrar os aspectos da legalidade analisados por Habermas é preciso galgar o nível da pragmática-lingüística. Sob esses aspectos é possível reconhecer a referência ambígua que os direitos subjetivos têm em relação ao uso público das liberdades comunicativas. Ao contrário da moral, o direito não pode obrigar a um emprego comunicativo de direitos subjetivos, mesmo quando os direitos políticos dos cidadãos sugerem exatamente esse tipo de uso público.

³⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. From Kant to Hegel: On Robert Brandom's Pragmatic Philosophy of Language. *European Journal of Philosophy*. v. 8, n. 3, pp. 322-355, 2000, aqui especialmente p. 322.

³⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 166-8.

CONCLUSÃO

A teoria geral do direito se propõe a formular uma explicação completa sobre origem, modificação e aplicação do direito. Enquanto teoria geral pode ser desenvolvida a partir de um sistema normativo dado e apresentar, a partir deste, a descrição de conceitos, considerando sua história, tradições, economia ou funções. Bem, como tratar dos estudos gerais que não se limitam à exposição das normas em dado sistema, mas da reflexão a respeito do fundamento, justificação ou aplicação.

É lugar comum na teoria geral do direito dizer que a explicação tradicional reduz o direito a um instrumento de controle social que delimita o espaço de ação individual ou coletivo da pessoa de modo certo e determinado. Em termos mais formais, a explicação tradicional afirma que o direito institui uma “esfera de autonomia” sob argumentos de universalidade. Consoante a isso, tradicionalmente o direito é estudado restrito ao seu conteúdo ilocucionário, descrito pelo observador como constituído por proposições coordenadas entre si em sistema e que podem ter sua eficácia garantida pela atuação estatal aplicando sanções ou pelo reconhecimento de sua legitimidade.

Nesse passo, o argumento marxiano expressou o ceticismo ante ao caráter abstrato dos interesses sociais, isso porque, a luta pelo poder faz com que a balança do direito penda para o grupo dominante. E o funcionalismo denunciou a substituição do “ethos” pela crença nos procedimentos. Pois, quando a validade jurídica resta associada à decisão do legislador sem referência a aspectos de justiça, se torna difusa a identidade do próprio direito.

A crítica das ciências sociais voltou-se a demonstrar que a afirmação formal da legitimidade do direito não elimina demandas por legitimação substancial. E, como percebido pelas ciências sociais, em sociedades descritas como complexas e plurais, não encontra-se mais disponível o modelo de legitimação pela referência à valores ou tradições. A partir de então, a ação social, aquela referida a coletividade, que podia ser desenvolvida com referência a um fundamento ético ou justificada na satisfação de algum interesse, se vê reduzida a classe da garantia dos interesses sob coerção.

Como explicitado por Hans Kelsen, enquanto a teoria do direito argumenta a respeito do conceito e estrutura formal do direito, a teoria geral do direito trata do esclarecimento das relações do mesmo com a política e a moral. Mas, para Kelsen, a validade seria algo como vigência, pois a validação da norma é atribuição do próprio

ordenamento jurídico. A pureza do direito exige que se negue qualquer relação de validade do direito com a moral, pois o fundamento do direito é estabelecido através duma relação lógica entre normas, assim, o fato de uma norma integrar o sistema é deduzido de outra norma, a norma fundamental.

Há três elementos constitucionais na formulação kelseniana: (a).- o primeiro é processual, (b).- o segundo é estrutural, e (c).- o terceiro é social. O ingrediente processual consiste na percepção de que o direito é constituído em sistema de normas, estruturas de “dever ser” fundamentadas em normas anteriores até chegar à norma fundamental (dinâmica jurídica). O ingrediente estrutural afirma que as normas são imperativos, isto é, são, sempre, previsões de coação. O terceiro ingrediente, social, descreve a existência das normas jurídicas como uma específica técnica social. A vinculação do fato à consequência, de acordo com um princípio da imputação, é ato de vontade e não evento da natureza.

No mesmo sentido, a referência ao pensamento de Max Weber ilustra como os teóricos do direito, cada qual à sua maneira, reduzem a análise do direito à perspectiva do observador, ao conteúdo ilocucionário da comunicação, uma vez que se contentam em estabelecer os critérios para justificar ou criticar decisões já estabelecidas, ao tempo em que, suas teorias não são suficientemente seletivas para auxiliar na formulação de tal decisão.

Desenvolvimento importante aparece com a revisão da dinâmica jurídica quando do esclarecimento do sistema do direito em termos da divisão das regras em primárias e secundárias. Hart revê a explicação da regra como ordem, nos moldes do utilitarismo inglês, e a define em termos lingüísticos. Estrutura a organização social através das regras secundárias que orientam a produção, modificação e aplicação das regras primárias. O direito supre deficiências da moral, uma vez que, alivia os sujeitos de demandas organizacionais que a ação puramente moral requer, ao tempo em que cria a possibilidade para a larga escala da coordenação e regulação das instituições sociais.

Herbert Hart afirma que a relação da moral com o direito embora não seja necessária, não é conceitualmente excluída. Demonstra a existência da “open texture” da norma jurídica, a qual estabelece que a interpretação do direito se dá através de razões, mas frustra ao associar a solução das questões de aplicação à decisão individual do juiz. Falha ao não desenvolver a noção de opinião pública inerente a prática social da modernidade. Nesse quadro parece não ser considerado que se o círculo

daqueles que decidem não coincide com o círculo daqueles submetidos à decisão ocorre o déficit de democracia.

Importante salientar que as críticas empreendidas pelas ciências sociais permitem que a teoria geral do direito siga para uma nova ordem de problemas. Isso porque, no quadro da descrição do conteúdo ilocucionário do direito, na perspectiva do observador, a determinação do direito é faticamente decidida por órgãos político-estatais para serem observadas pelos cidadãos (pelos participantes do sistema).

Na “Teoria da ação comunicativa”, Habermas já chamara a atenção, para o fato de Weber destacar que o direito contemporâneo é positivo, cogente e estruturado para sancionar pela ação estatal as condutas individuais, é originado por normas a partir da vontade social legisladora e tem como alvo a garantia das liberdades subjetivas. Naquele momento, visualizava que tais conceitos explicitam o modo de atuação do direito em ambiente econômico isento de valores e regulado através de mercados. Em outras palavras, define um sistema jurídico que permite que a ação racional conforme fins se generalizasse, mas não implicava em neutralização do direito.

O sistema jurídico que poderia ter sido entendido como uma ordem da vida terminou descrito por Weber como um sistema formal de colonização das relações cotidianas. Por conseguinte Habermas sugere que o sistema jurídico deveria se conformar a esfera de valor prático-moral expressa pelo entendimento e, tal afirmação, possibilitaria a racionalização sob critérios da retidão normativa.

Naquele momento, Habermas afirmava que o mundo da vida era orientado primariamente ao entendimento, e as outras modalidades do discurso teriam um caráter um tanto parasita. Mais adiante, a obra “Direito e Democracia”, acertadamente marca a revisão desse conceito. O entendimento, agora, não é mais descrito como a modalidade original, mas uma das modalidades de discurso, ao lado do agir orientado conforme fins, ou do agir contextual-normativo. Se de um lado, as demandas de legitimação do direito não podem motivar o retorno aos postulados da filosofia da consciência. De outro, não há como ignorar que, algumas questões são facilmente respondidas com recurso à argumentos técnico-pragmáticos.

Então, fixado o problema dinâmica jurídica na divisão das regras primárias e secundária, abre-se espaço para duas reflexões: (1).- a reflexão acerca do problema de como determinar a norma aplicável ao caso concreto, sendo inevitável uma referência a um discurso no âmbito do aplicação; e, (2).- como o participante pode entender o sentido de melhor compreensão do conteúdo das normas. O primeiro problema

derivou na seqüência de obras na perspectiva de aplicação, como “Levando os direitos à sério” de Ronald Dworkin ou “A teoria da argumentação jurídica” de Robert Alexy. O segundo problema reavivou a discussão a respeito da relação direito e moral passando pelo conceito de justiça, como aparece em “Uma teoria da justiça” de John Rawls.

Foi John Rawls quem resgatou o propósito de refletir sobre quais ideais e princípios éticos devem ser buscados em substituição aos ideais e princípios éticos a serem defendidos. Reagiu ao caráter instrumental associado à razão prática então referida aos fins e que desconsiderava elementos normativos. Isso porque, os princípios da justiça de Rawls tratam da estrutura sócio-política que permite ao indivíduo buscar seus próprios fins.

Na mesma linha, Ronald Dworkin volta-se para o problema da determinação do sistema jurídico, e o elucida com a afirmação de que se deve tomar seriamente o predicado da dignidade da pessoa humana, traduzido em certo conjunto de direitos morais (inerentes à estrutura sócio-política). Desenvolve a noção de que o sistema do direito deve ser estabelecido pela definição de princípios contrapostos às regras e afirma que a teoria do direito deve ser capaz de refletir a compreensão normativa dos princípios. Em síntese, deve tratar das questões de aplicação que permeiam a perspectiva do participante.

A exemplo de Rawls, Dworkin argumenta que um conceito de justiça pós-metafísico não pode ser desacoplado dos esboços abrangentes, concretos e, por isso mesmo, motivadores, de uma vida bem-sucedida. Estabelece que considerações de caráter ético são aptas a solucionar o provável dissenso sobre as orientações vitais e devem ser aproveitadas para a determinação do complexo motivacional necessário à justificação de um sistema jurídico. A doutrina de Dworkin, então, estabelece que a aplicação do direito é determinada por uma segunda espécie normativa, em princípios do direito. Esses terminam associados ao bem-estar ou na manutenção de um modelo de vida. Porém, o direito segundo essa concepção torna confuso os limites da política, ou favorece uma leitura um tanto ativista do judiciário.

Nesse quadro, Jürgen Habermas revê a reação à crítica das ciências sociais a partir de três debates acadêmicos: sobre o desenvolvimento do direito natural racional; sobre a relação entre direito subjetivo e o direito objetivo; sobre as discussões dos liberais com os republicanos a respeito da tensão entre direitos humanos e soberania popular, entre as autonomias privada e a pública.

A discussão a respeito da formulação do direito natural racional lhe possibilita avaliar que, enquanto a antiguidade não tenha conhecido

o conceito de norma jurídica desligado dos valores. Não sendo possível distinguir a norma do direito das normas religiosas ou morais. Por exemplo, a teoria política de Thomas Hobbes, segundo a qual os indivíduos se reúnem em sociedade e transferem seus direitos ao soberano sob a promessa de garantia dos bens jurídicos.

A proteção dos direitos naturais força a celebração de um pacto de renúncia dos mesmos em prol da estruturação da segurança garantida por direitos positivos da ordem civil. As normas jurídicas definem direitos objetivos de abstenção contrapostos a direitos subjetivos de poder de ação. Motivo pelo qual, tem-se o direito de fazer tudo o que não for proibido por uma norma e os direitos passam a ser relacionados com obrigações, não com deveres. O ingresso à sociedade civil, embora justificado no interesse individual, faz com que esse desapareça tão logo o ingresso se aperfeiçoe. Pois, não há possibilidade de demandar prestações positivas fora daquelas atribuições definidas pelo próprio soberano.

Com inspiração em Rousseau, o conceito de autolegislação permite dizer que os direitos subjetivos saem da perspectiva individual e entram na perspectiva coletiva uma vez que são explicados como livremente ajustados entre os cidadãos. Há a tentativa de compatibilizar a coação externa (inerente ao conceito de norma jurídica) com a soberania popular (com os interesses que justificam o ingresso na sociedade civil).

Consoante a isso, o âmbito dos direitos individuais é limitado pelos direitos dos outros sob a idéia de reciprocidade. Assim, a relação direito objetivo contraposto ao subjetivo pode ser revista. Sempre que alguém tiver um direito, outra pessoa terá a obrigação de respeitá-lo. Os direitos são delineados como reação ao comportamento dos outros (de modo reflexivo de sujeitos que se autocompreendem como igualmente livres, das ações reciprocamente referidas).

A leitura habermasiana assevera que, a despeito das qualidades formais das formulações do direito racional (que terminam por constituir o direito por normas definidas de modo geral e abstrato), todavia, seu conteúdo normativo não tem como surgir dessas qualidades formais, posto que conceitualmente explicadas no juízo da “vontade geral”. Sob esse argumento afirma que Rousseau não desenvolveu satisfatoriamente a prática da autolegislação. Isso porque não definiu um procedimento para esquematizar a universalidade dos distintos interesses em sociedades complexas (o ponto de vista moral).

Importante avanço se deu com os estudos de Immanuel Kant, segundo quem, a legislação é classificada como interior e exterior. A ação interior tem por fundamento a própria norma; enquanto que a ação exterior é fundamentada em outros motivos. Na ação exterior a norma define seus limites, sendo suficiente que a ação seja desenvolvida em conformidade com aquela: independentemente do que tenha motivado segui-la. Vale destacar, a vontade (o âmbito dos interesses) é cindida em duas perspectivas: de um lado pode-se identificar a perspectiva da compreensão prévia sobre o significado da ação (moralidade) e de outro a faculdade de estabelecer a justificativa da ação e não da ação em si (legalidade).

Por conseguinte, a divisão da ação em interior e exterior, embasa a afirmação de que na perspectiva da legalidade o direito subjetivo básico é o de poder exigir do outro o respeito à sua liberdade na medida em que essa se possa por em concordância com a igual liberdade de todos conforme leis gerais. Assim, na perspectiva interna, o desenvolvimento da capacidade moral implica no reconhecimento do outro, ao passo que, na perspectiva exterior há a percepção da necessidade de ajuste entre arbítrios. Porém, se existe um entendimento (se o âmbito da liberdade interior é passível de ser compatibilizado com a liberdade exterior) deve-se considerar que tal denota a possibilidade da compreensão prévia comum sobre o significado dos valores.

Nesse diapasão, o valor moral não é uma invenção filosófica, mas subjaz ao senso comum como princípio de universalização. Habermas identifica aqui que o traslado do modelo de fundamentação da antiguidade para o modelo de justificação moderno é feito por considerações a respeito de uma noção de opinião pública (representada por uma variação da idéia de vontade geral).

Habermas segue a reflexão a respeito da estrutura sócio-política a ser buscada e corrigida com o “Direito e democracia” o acento normativo presente em trabalhos anteriores. Sua argumentação pode ser sintetizada em dois pontos: o propósito de superar o ceticismo frente à razão moderna, lida sob a ótica estratégico-instrumental, por meio da formulação da teoria geral do direito em moldes discursivos; e, a prova do nexos conceitual ou interno entre estado de direito e democracia.

O resgate do caráter comunicativo da razão prática é desenvolvido sob o argumento de que a exigência moderna de ter de dar razões para as decisões implica na inclusão da intersubjetividade na aplicação do direito. Pois, a justificação racional exprime demandas de legitimação e essas, em sociedades contemporâneas, só podem ser

satisfeitas pelo esclarecimento das pretensões de validade expressas pela linguagem, com o recurso à teoria da comunicação sobre os efeitos locucionário, ilocucionário e perlocucionário.

No caminho da superação do ceticismo frente a normatividade da razão moderna, Habermas assevera a necessidade de um modelo que contemple a perspectiva de participantes, que elucide o caráter perlocucionário da comunicação. Isso porque, o observador se contenta em descrever a norma e a intencionalidade inerente a essa sem referência à moral. Tal explicação é contra-intuitiva, uma vez que, como tratado na “Teoria da Ação Comunicativa”, pela intuição se pode reconhecer quando o sujeito age orientado segundo fins ou para alcançar um acordo mediado linguisticamente.

No momento da comunicação, os atos de fala com efeito ilocucionário podem conter três espécies de pretensões de validade: de verdade, de correção normativa (retidão) e de veracidade. Todo ato de fala pode ser criticado como inválido mediante três aspectos: (1).- como inverídico, no que se refere a uma asserção feita; (2).- como incorreto, em relação à intenção expressa pelo falante; e, (3).- como inverossímil, em relação aos contextos normativos.

A pretensão de veracidade exige que o falante prove, na comunicação normal, pela consistência entre sua fala e seu comportamento, que não estava mentindo. No caso das pretensões de verdade e correção (retidão), a problematização dessas exige a saída da interação espontânea do contexto do mundo da vida para a análise do discurso argumentativo. Logo, esses questionamentos não são eficientemente respondidos de forma unilateral, mas exigem a reflexão a respeito de motivos ou razões.

O observador pode descrever a legislação imposta externamente de duas maneiras distintas: ou sem referência à moral, ou como tendo sua observância como um valor intrínseco. Na primeira análise o tema da legitimação é resolvido sob argumentos de igualdade formal ou de utilidade social e, na segunda, por sua vez, o direito termina associado a um conteúdo moral implícito nas suas qualidades formais.

A teoria do discurso formulada no “Direito e Democracia”, então, desenvolve a perspectiva do participante com objetivo conferir concretude ao que a teoria da justiça idealizou. Ou seja, pretende fornecer uma explicação para a ordem jurídica em sociedades complexas e plurais, com suas promessas e contradições.

Para além do conteúdo ilocucionário, descrito pelo observador, o conteúdo perlocucionário da comunicação resta evidente quando se associa o dito com um dado contexto de proferimento. Na perspectiva

de um falante, as condições de aceitabilidade identificam-se com as condições de seu êxito ilocucionário, o qual depende, por sua vez, do assentimento racionalmente motivado concedido pelo ouvinte. Um ouvinte entende o falante quando consegue captar o que é esperado do seu comportamento para realizar o que é reivindicado e compreende sua orientação motivacional.

O efeito perlocucionário manifesta que uma palavra com o sentido originário conhecido, pode no discurso receber novo sentido. Ora, se um princípio for definido pelo conjunto de suas aplicações, então, cada aplicação a novas situações mudará continuamente a significação dos próprios princípios.

A racionalidade imanente à prática comunicativa se manifesta no fato de que o acordo alcançado comunicativamente tem de apoiar-se, em última instância, em razões. Consoante a isso, a razão prática convive com a distinção entre representações que correspondem a verdades na perspectiva do observador e pensamentos que reproduzem desejos sociais dos participantes na forma de deveres ou obrigações.

A coordenação dos planos de ação dos vários atores de tal modo que as ações de um possam ser ligadas nas dos outros deve ser pensada num plano maior do que o das relações meio-fim. Nas várias modalidades do discurso (moral, ético ou pragmático), cada uso da linguagem é associado a um modelo de orientação: o argumento moral prima pela universalização; o argumento ético prestigia a identidade individual e coletiva; o argumento técnico prima pelas relações meio-fim; e, o pragmático trata do entendimento que permite ao sujeito estar e sentir-se obrigado pela norma válida.

No caminho da prova do nexos conceitual entre estado de direito e democracia, Habermas reedita argumentos do debate entre liberais e republicanos nos Estados Unidos e pretende esclarecer a pragmática inerente ao discurso jurídico com referência a princípios do discurso.

Nessa linha, o princípio da democracia (“somente aquelas normas que podem encontrar assentimento de todos os cidadãos em um processo discursivo da legislação podem aspirar legitimidade”) e o princípio moral básico (“uma norma é válida quando as conseqüências prováveis e os efeitos da sua observância geral para os interesses e valores de cada indivíduo podem ser aceitos por todos os concernidos sem coerção”) são equiprimordiais e se interpenetram no princípio mais amplo da legitimação discursiva: “são válidas somente aquelas normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento na qualidade de participantes de discursos racionais”.

Habermas pretende operar a síntese do debate entre liberais e republicanos quanto as diferentes idéias de se interpretar a relação entre a soberania do povo e os direitos humanos por meio da teoria do discurso. Sugere a síntese entre a autonomia privada dos cidadãos, garantida pelo poder anônimo de regras (no sentido de Weber) e informada pelos direitos humanos e a autonomia pública incorporada na auto-organização duma comunidade que cria suas próprias normas. Outro quadro seria contra-intuitivo, pois a idéia de direitos humanos vertida em direitos fundamentais, não pode ser imposta ao legislador soberano a partir de fora, tal de modo positivo, qual se fora limitação negativa, ou, muito menos, ser simplesmente instrumentalizada como um requisito funcional necessário aos fins.

Para Weber, a legalidade estabelece um poder de aplicar sanções ao indivíduo que dessa desviar e o convívio social parece motivar por si a obediência a esse como um valor. A legitimidade emana da legalidade. Consoante a isso, o direito estruturado em sistema tem de dar conta das demandas da autonomia privada (da ação interior) e também da autonomia pública (da ação exterior).

O interesse básico da autonomia privada é constituído a partir das relações recíprocas entre sujeitos num mesmo plano (seguindo a noção de que não se deve fazer ao outro o que não se quer para si). Então, a autonomia pública é associada à conservação do Estado, à noção de governo e a autonomia privada, revela que o estabelecimento das normas jurídicas é obra da ordem social contraposta à noção de administração.

Desta sorte, no pensamento de Weber, o governo encontra-se ligado à elaboração dos regramentos e limitado pelos direitos subjetivos adquiridos. E, quando incertos os limites entre a atividade de criação e de aplicação, a atuação jurisdicional deixa de lado o aspecto de aplicação e termina por assumir o caráter de governo. O efeito da autonomização do direito soluciona o problema da fundamentação deslocando-o para a discussão dos argumentos de justificação.

Por conseguinte, a organização estatal resolveu o problema da indeterminação cognitivo-objetivo mas não o cognitivo-subjetivo. Mas, as duas perspectivas a serem consideradas: privada e pública, aparentemente, não são satisfatoriamente contempladas. Isso porque, Habermas identifica que a positivação do direito é explicada por Weber de modo tão estreito que os argumentos de justificação ficam restritos ao conceito da autoridade que emerge da suposição de que as regras foram estabelecidas em respeito ao ideal de universalização suposto pelo conceito de autolegislação.

Habermas apropria-se da explicação kantiana de “forma legal” e segue sua análise sobre a diferença entre ação moralmente coordenada e ação legalmente coordenada. Mas identifica um perigo em seguir Kant tão próximo pela simples subordinação das relações legais às demandas morais. Se o princípio básico legal – o princípio da democracia – e o princípio moral básico – o princípio da universalização – devem ser entendidos como equiprimordiais, devem ser percebidos nas duas perspectivas a serem contempladas pela dogmática jurídica: a do observador e a do participante.

As perspectivas do observador e do participante desenvolvem duas classes de problemas: da coerência sistêmica, de um lado, e de aplicação segundo princípios, de outro. Os observadores destacam a função de estabilização das condutas por meio de garantias e coerções juridicamente definidas (segurança jurídica), os participantes, por sua vez, supõem o desenvolvimento de procedimento racional de elaboração e aplicação da lei, o qual contém a promessa de legitimação das expectativas que são tornadas obrigatórias. A legitimação discursiva resulta da interpenetração da específica forma do direito descrita pelo observador como meio de coordenação das condutas e da necessidade geral de justificação racional das normas de ação suposta pelos participantes.

Desta sorte, faz-se necessário estabelecer não somente o sistema do direito mas também a linguagem que permite à comunidade entender-se enquanto associação de sujeitos livres e iguais. A resposta aparece com a reflexão da pragmática lingüística que conduz à argumentação sobre quais direitos sujeitos que se consideram iguais em direitos e obrigações têm que atribuir-se reciprocamente. Do desenvolvimento da perspectiva do participante.

Nesta medida, o princípio moral preenche o papel de uma regra de argumentação. No momento da legislação o princípio da discussão moral pode ser justificado, formal e pragmaticamente, a partir de pressupostos gerais da argumentação - como a forma de reflexão do agir comunicativo. Em discursos de aplicação, o princípio moral é complementado através de um princípio de adequação. O princípio de adequação exprime que, além da argumentação em moldes de universalização, deve ser considerado um padrão do que é certo ou errado na vida em comunidade.

Da afirmação da teoria procedimental-pragmática do direito não se segue a noção de que o princípio moral possa fazer exigências sobre o conteúdo que deva existir no direito (como sugerido por Robert Alexy). Por si mesmo, o princípio da democracia não é capaz de determinar o

conteúdo das decisões políticas. Consoante a isso, o recurso à pragmática lingüística por Habermas visa conferir clareza sobre temas cruciais da teoria geral do direito. Habermas adverte quanto ao perigo de serem confundidos os limites do direito. Ou seja, expressa o receio de que teorias como a do caso especial terminem por transferir ao órgão judiciário competência de legislador, em vez de enaltecer o caráter próprio da jurisdição. Pois, vislumbra que essa descreve a atuação do princípio moral como se fizesse exigências sobre o conteúdo que deveria constar no ordenamento jurídico.

Em síntese, para elucidar a relação de complementariedade entre direito, moral, ética e pragmática no âmbito da razão prática Habermas distingue entre: (a).- a relação de complementariedade no que concerne à eficácia da moral; (b).- relação de complementariedade no que concerne à determinação do direito; (c).- relação de complementariedade no que concerne a legitimidade do direito.

Por conseguinte, o debate entre Alexy e Habermas revela que Dworkin, ao não separar o momento de legislação do momento da jurisdição, trata da relação de direito e moral no âmbito da eficácia da moral e torna confuso o momento da legislação com o da aplicação; enquanto Alexy trata da relação no que se refere ao problema da determinação do direito; Habermas trata da relação de complementariedade no que concerne ao resgate da legitimidade do direito.

Para resgatar o conceito de legitimidade Habermas revisa o conceito de esfera pública na qual o entendimento é o resultado da deliberação sobre argumentos levando à concordância geral. Nesse passo, a política é descrita como meio de composição voluntário de interesses individuais ou coletivos de um dado grupo e que legitima o direito ao dotar-lhe com conteúdo definido deliberativamente; e, o direito é descrito como meio de integração social que garante os desígnios políticos por dotar-lhes de forma impositiva ao tempo que estabelece as normas para que a política seja desenvolvida de modo deliberativo.

De acordo com a tradição liberal, ao tratar do problema da legislação, a autodeterminação democrática dos cidadãos somente se realiza através do “médium” do direito que assegura formalmente as liberdades. Enquanto que os republicanos têm a lei como a expressão da vontade ilimitada dos cidadãos reunidos. Não importa o modo como o “ethos” da forma de vida política comum se espelha nas leis: esse “ethos” não constitui uma limitação, na medida em que obtém validade através do processo de formação da vontade dos cidadãos, ao passo que

o princípio do exercício do poder no Estado de Direito parece colocar limites à autodeterminação soberana do povo, pois esse não pode se colocar contra os direitos humanos.

Embora a filosofia do direito kantiana tenha sido interpretada como se o princípio geral do direito fosse destinado a coordenar as iguais liberdades subjetivas de pessoas que podem exercer coerção umas sobre as outras. Todavia, segundo a interpretação de Habermas o princípio do direito leva a que o direito a iguais liberdades subjetivas aparece como um direito inato que serve para conciliar a liberdade interior de um com a dos outros.

A conexão entre autonomia privada e pública é ilustrada pela necessidade de que os sujeitos garantam entre si: (1).- direitos a um maior número de iguais liberdades subjetivas; (2).- iguais direitos de participação na comunidade de formação e aplicação das leis; (3).- iguais direito à proteção legal e a capacidade processual para proteção de seus direitos. Estas três categorias são associadas ao conceito de legalidade. A idéia básica é a de que sem esses direitos nenhuma lei pode ser tida como racionalmente aceita e pode ser tida como resultado de distorção ou exclusão por meio de uso direito ou indireto da força, coerção, fraude ... A quarta categoria (4).- igual direito à participação no processo de opinião pública e formação da vontade decorre da necessidade dos membros da comunidade de se autocompreenderem como autores e sujeitos das leis a que estão submetidos. Esta categoria preenche exigências da capacidade legiferante. As categorias precedentes devem servir para possibilitar (5).- direitos básicos a provisões e condições de vida que sejam social, tecnológica e ecologicamente seguros, na medida e circunstâncias necessárias. Esta quinta categoria só é devida em sociedade na qual a proteção formal dos direitos civis não for suficiente para assegurar igual oportunidade para todos os cidadãos.

Assim, a razão de ser do estado não radica primordialmente na garantia de iguais direitos subjetivos, mas na salvaguarda de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade comum, na qual os cidadãos livres e iguais se entendem sobre propósitos e normas que seriam do interesse comum de todos.

De tal sorte, o estado de direito pode possibilitar que as idéias de direitos humanos ou de soberania popular, que se concretizam historicamente, atuem como fonte de legitimação. A moralidade é introduzida pela opinião pública inerente aos ideais da ilustração e a validade do direito somente se explica através da referência simultânea à

sua validade social ou fática (“Geltung”) e à sua validade normativa ou legitimidade (“Gültigkeit”).

“Geltung” expressa o respeito às pretensões de validade (“geltungsanprüche”) que os atos de fala assumem quando da comunicação na perspectiva do observador (trata do efeito ilocucionário da comunicação) e é determinada pelo grau em que consegue se impor. “Gültigkeit” expressa a validade que se mostra para o participante, ou legitimidade (repercute o efeito perlocucionário da comunicação). O primeiro sentido é anterior ao uso do ato de fala (o direito é descrito como um “saber” e não como um “dado”), o segundo só pode ser definido no momento do uso, quando submetido à comunidade de interpretação (o direito é descrito como “um sistema de ação”).

Então, os argumentos expostos no capítulo III da obra “Direito e Democracia” trazem que a argumentação a respeito da relação de complementariedade aparece no sentido de conferir legitimidade do direito e é desenvolvida nos seguintes termos:

(1).- a pretensão de universalização define o procedimento de legislação (na reflexão a respeito do pensamento de Alexy que supõe haver contradição performativa se sujeitos que se consideram iguais não atribuírem reciprocamente direitos a iguais oportunidades);

(2).- os produtos do procedimento moral devem ser considerados no momento da legislação (na definição contextual da quinta classe de direitos supra-referidos);

(3).- o procedimento comunicativo é prévio ao procedimento de aplicação do direito e de modo negativo estabelece seus contornos. Pode-se apontar que o limite da explicação habermasiana a respeito da relação direito e moral, segundo suas próprias palavras, é que uma perspectiva do participante, que permite o controle da interpretação e aplicação do direito descrito como parte do discurso prático em geral, necessita de uma semântica inferencial como aparece em “Making it explicit” de Robert Brandom. Material que só lhe chegou as mãos depois da elaboração do “Direito e Democracia”.

Enfim, para se vislumbrar os três aspectos da legitimação da legislação analisados por Habermas é preciso galgar o nível da pragmática-lingüística. Sob esses aspectos é possível reconhecer a referência ambígua que os direitos subjetivos têm em relação ao uso público das liberdades comunicativas. Ao contrário da moral, o direito não pode obrigar a um emprego comunicativo de direitos subjetivos, mesmo quando os direitos políticos dos cidadãos sugerem exatamente esse tipo de uso público.

Consoante a isso, os desenvolvimentos da teoria comunicativa, levaram Habermas à afirmação de que no discurso podem ser tratadas questões de gênese e de justificação do que é afirmado e do sentido pragmático da aplicação do direito. Deste modo, nos discursos de aplicação a prática jurídica é engatada à noção de “entendimento” por parte dos participantes daquele discurso, consideradas as razões de todos os possíveis interessados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução espanhola de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

_____. *Theorie der Grundrechte: 3 Aulf.*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1996.

_____. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 3 Aulf., Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1996.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Problemas da teoria do discurso. Trad. João Maurício Adeodato. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 13-29, 1997.

_____. The special case thesis. *Ratio Juris*. v. 12, n. 4, p. 374-84, December 1999.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

_____. *El concepto y validez del derecho*. Trad. Jorge Seña. 2 ed., Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. The dual nature of Law. *Ratio Juris*. v. 23 n. 2, pp. 167-82, June 2010.

ALONSO, Loar Chein. Erro pragmático? Que bicho é esse? *Letras de Hoje*, v. 18, n. 4, p. 63-76 [s.d.].

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1992. Vol. I: Sujeitos e Objecto.

ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer: Palavras e ação*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 3ª ed. Trad. Alfredo Fait. Brasília: UnB, 1995.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Rev. Cláudio De Cicco. 6 ed. Brasília: UnB, 1995.

_____. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Locke e o direito natural*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1997.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

_____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccacia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOHMAN, James. Complexity, pluralism, and the constitutional state: On Habermas's "Faktizität und Geltung". *Law & Society Review*, ano. 28, n. 4, p. 897-930, 1994.

BOLADERAS, Margarita. *Comunicación, ética y política: Habermas y sus críticos*. Madrid: Tecnos, 1996.

BRANDOM, Robert. *Making it explicit*. Massachusetts: Cambridge, 1994.

CENCI, Ângelo Vitório. A controvérsia entre Habermas e Apel acerca da relação entre moral e razão prática na ética do discurso. Campinas, 2006. Tese (doutorado em filosofia) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Fausto. *El delito y la pena en la historia de la filosofía*. Trad. Mariano Ruiz-Funes. Cidade do México: Uteha, 1953.

DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional*. São Paulo: Método, 2008.

DURÃO, Aylton Barbieri. *A crítica de Habermas à dedução transcendental de Kant*. Londrina - Passo Fundo: Universidade Estadual de Londrina - Universidade de Passo Fundo, 1996.

_____. La crítica de Habermas a los fundamentos éticos de la teoría de la justicia de Rawls. *Crítica*, Londrina, v. 1, n. 4, p. 405-420, jul./set. 1996.

_____. El liberalismo en el derecho político en teoría y praxis de Kant de 1793. *Crítica*, Londrina [UEL], n. 7, p. 359-98, abr./jun., 1997.

_____. La moralidad en la ilustración. *Boletim*. Londrina [UEL], n. 35, p. 43-54, jul./dez., 1998.

_____. Notas de aula da disciplina “Filosofia do Direito”, ministrada no Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina em 26 de novembro de 2001.

_____. La interpretación de Habermas sobre la tensión entre derechos humanos y soberanía popular en el pensamiento de Kant. *Doxa*, n. 23, p. 827-46, 2003.

_____. É possível prolatar uma única sentença correta para cada caso? XIV Congresso Nacional do Conpedi, 2006, Fortaleza, p. 1-14. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus///arquivos/Anais/Aylton%20Barbieri%20Duro.pdf>

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press: Massachusetts, 1977.

_____. *Law's Empire*. Cambridge: mass./London: The Belknap Press of Harvard UP, 1986.

_____. *La comunidad Liberal*. Trad. Claudia Montilla. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1996.

_____. Objectivity and truth: you'd better believed it. *Philosophy & Public Affairs* 25, no. 2, pp. 87-139, Spring, 1996.

_____. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 1999.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. Martins Fontes: São Paulo, 2002.

_____. Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 24, n. I, pp. 1-37, 2004.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. Manuel A. Domingues de Andrade. 3 ed. Coimbra: Armênio Amado, 1978.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: Ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Forense: Rio de Janeiro, 1978.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado e os direitos fundamentais em face da globalização. In. MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de Direitos Humanos*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 101-113.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 9. ed. Trad. Lígia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1987.

FREITAG, Bárbara; ROUANET, Sérgio Paulo. A história negativa. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 30 abr. 1995, Mais!, p. 5-4.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. Trad. Fernando de Aguiar, 4^a ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

GALUPPO, Marcelo. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARCÍA MARZÁ, V. Domingo. *Ética de la justicia: J. Habermas y la ética discursiva*. Madrid: Tecnos, 1992.

GEUS, Raymond. *Teoria crítica: Habermas e a escola de Frankfurt*. Trad. Bento Itamar Borges. Campinas: Papirus, 1988.

GUERREIRO, Mário A. L. Herbert Hart e a instauração da filosofia analítica do direito. *Crítica – Revista de Filosofia*, Londrina, v. 6, n. 22, p. 237-68, jan./mar. 2001.

GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no direito penal atual e no futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, 24:79-92, out./dez., 1998.

_____. *Teoria da argumentação no direito e na moral: Justificação e aplicação*. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HANSEN, Gilvan. *Modernidade, utopia e trabalho*. Londrina: CEFIL, 1999.

_____. Aspectos introdutórios acerca da reflexão habermasiana sobre a política. *Crítica [UEL/PR]*. Londrina: UEL, vol. 4, n.º.16:473-494, jul./ago., 1999.

HABERMAS, Jürgen. . *La reconstrucción del materialismo histórico*. Madrid: Taurus, 1981.

_____. *Conhecimento e interesse*. Trad. José Nicolau Heck. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

_____. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Taurus, 1988.

_____. *¿Como es posible la legitimidad por via de la legalidad? Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Universidad de Alicante, n. 5, p. 21-45, 1988.

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

_____. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: STEIN, Ernildo; DE BONI, Luís (orgs.) *Dialética e liberdade*. Petrópolis-Porto Alegre: Vozes-UFRGS, 1993.

_____. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. Willian Rehg. Cambridge/Massachusetts: MIT Press, 1996.

_____. *Die Einzelbeziehung des Anderen, Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp Verlag, 1996.

_____. *Teoría y praxis: estudios de filosofía social*. Trad. Salvador Mas Torres; Carlos Moya Espí. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1997.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 2 v.

_____. *La inclusión del otro: Estudios de teoría política*. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo e Gerard Vilar Roca. Barcelona, Paidós: 1999.

_____. From Kant to Hegel: On Robert Brandom's Pragmatic Philosophy of Language. *European Journal of Philosophy*. v. 8, n. 3, pp. 322-355, 2000.

_____. *Verdade e justificação: Ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HART, Herbert L. A. *The concept of law*. Oxford, 1961.

_____. *Derecho y moral: Contribuciones a sua análisis*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Depalma, 1962.

_____. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Pós-escrito Penelope A. Bulloch; Joseph Raz. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

_____. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

_____. *Post Scriptum al concepto del derecho*. Editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. Universidad Nacional Autónoma de México: México, 2000.

_____. Visita a Kelsen. *Lua Nova*, São Paulo, n. 64, pp. 153-88, abr. 2005.

HART, Herbert L. A.; DWORKIN, Ronald. La decisión judicial: El debate Hart – Dworkin. Trad. César Rodríguez. Santafé de Bogotá:

Siglo del Hombre Editores - Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, [s.d.]

HATTENAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil: Introducción histórico-dogmática*. Trad. Gonzalo Hernández. Barcelona: Ariel, 1987.

HECK, José N. Direito subjetivo e dever jurídico interno em Kant. Disponível em <ftp://logica.cle.unicamp.br/pub/kant-e-prints/vol.1.n.4.2002.pdf> Consultado em 12 maio 2009.

HEGEL, G.W.F. *Filosofía del derecho*. 5 ed. Buenos Aires: Claridad, 1968.

HÖFFE, Otfried. O imperativo categórico do direito: uma interpretação da “Introdução à Doutrina do Direito”. *Studia Kantiana*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 203-236, 1998.

INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão*. Trad. Sérgio Bath. 2a. ed. Brasília: UnB, 1994.

KALSING, Rejane Schaefer. *O direito de humanidade em Kant*. Lido em manuscrito. Inédito.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Abril Cultural, 1980 (Coleção Os Pensadores)

_____. *La Metafísica de las Costumbres*. Trad. Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. Madrid: Editorial Tecnos, 1994.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.

KELSEN, Hans. Qué es um acto jurídico? *Isonomia*, n. 4, 1996. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474063322636384254480/isonomia04/iso06.pdf>

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª. ed. da ed. de 1960. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de J. Cretella Jr.; Agnes Cretella. 4 ed. rev. da ed. de 1934, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

KUCSKO-STADLMAYER, Gabriele. *El concepto de la norma jurídica y sus tipos*. Disponível em www.derecho.unam.mx Consultado em 12 maio 2009.

KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. *Rawls “Uma teoria da justiça” e os seus críticos*. Trad. Maria Carvalho. Rev. José Soares de Almeida. Lisboa: Gradiva, 1995.

LA TORRE, Massimo. On two distinct and opposing versions of natural Law: “exclusive” versus “inclusive”. *Ratio Juris*, v. 19, n. 2, pp. 197-216, 2006.

LATOURE, Bruno. A revolução que veio do frio. Trad. Jesus de Paula Assis, *Folha de São Paulo*, cad. 5: p. 3, 6 de junho de 1999.

LOSANO, Mario G. *Sistema e struttura nel diritto*. Torino: Giappichelli, 1968.

_____. *La nozione di sistema giuridico in Hans Kelsen*. Amaliensträbler Heft n. 4, Milano: Cuesp, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: UnB, 1980.

_____. Por que uma “teoria dos sistemas”? In: STEIN, Ernildo; DE BONI, Luís (orgs.) *Dialética e liberdade*. Petrópolis-Porto Alegre: Vozes-UFRGS, 1993.

MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *H. L. A. Hart*. Trad. Claudia Santana Martins. Rev. Carla Henriete Beviláqua. Apres. Dimitri Dimoulis. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Direitos humanos e a teoria do discurso do direito e da democracia. In. MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (orgs.). *Arquivo de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 2, p. 3- 79.

_____. *O objeto da filosofia do direito*. Aula magna do Curso de Especialização em Filosofia Política e Jurídica da Universidade Estadual de Londrina, proferida em 28-08-2004. Notas taquigráficas.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 24 ed., São Paulo: RT, 1997.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: UFMG-FAFICH, 1999.

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

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia del derecho: moderna y contemporánea*. Trad. José Calvo Gonzáles, Madrid: Tecnos, 1999.

PARSONS, Talcott. *Sociedades: perspectivas evolutivas e comparativas*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1969.

PATTARO, Enrico. Al origen de la noción 'Principios generales del derecho'. Lineamento histórico filosófico. Boletín Mexicano de derecho comparado. n. 59, maio-agosto, 1987.

PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. *Legal Studies*, ano 10, n. 2, pp. 136-152, jul. 1990.

_____. *Gesammelte Schriften. Ratio Iuris*. V. 17. n. 2, pp. 263-7, jun. 2004.

PEÑA ECHEVERIA, Javier. Identidad comunitaria y universalismo. *Crítica* [UEL/PR]. Londrina: UEL, v. 2, n.5, p. 05-54, out./dez. 1996.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Los principios generales del derecho: Un mito jurídico? *Revista de estudios políticos* (Nueva Época), n. 98. Octubre-Diciembre, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. (Volume I: Introdução ao Direito Civil – Teoria Geral de Direito Civil).

POPPER, Karl R. *Conhecimento Objetivo: Uma abordagem evolucionária*. Tradução de Milton Amaro. São Paulo/Belo Horizonte: USP/Itatiaia, 1975.

RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. 2 ed. Trad. María Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Fontes e modelos do direito: Para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REYES, Graciela. *El abecé de la pragmática*. 3 ed., Madrid: Arco Libros, 1998.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*: São Paulo, ano 16, n. 64, pp.88-126, jul.-set./2008,

SCHAUER, Frederick. Was Austin Right After All? On the role of sanctions in a theory of law. *Ratio Juris*. V. 23, n. 1, March 2010.

SCHIAVON, Giovanna H. Bressan. Jusnaturalismo clássico. *Scientia Juris*. Londrina: UEL, v. 7/8, p. 241-252, 2004.

_____. Modelos normativos de democracia e a política deliberativa de Habermas. *Crítica*. Londrina: UEL, 31, p. 51-76, abr. 2005.

SEARLE, John R. *Os actos de fala. Um ensaio de filosofia da linguagem*. Coimbra: Almedina, 1984.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas: Razão comunicativa e emancipação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Hart y la teoría jurídica analítica. In.: HART, Herbert L. A. *Post Scríptum al concepto del derecho*. Editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. Universidad Nacional Autónoma de México: México, 2000.

URBINA, Sebastián. What is Legal Philosophy. *Ratio Juris*. v. 18, n. 2, p. 114-61, jun. 2005.

VILLA, Vittorio. Inclusive legal positivism, legal interpretation, and value-judgements. *Ratio Juris*, v. 22, n. 1, pp. 110-27, march, 2009.

VOLPATO DUTRA, Delamar José. *Kant e Habermas: A reformulação discursiva da moral Kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

_____. A legalidade como forma de Estado de direito. *Kriterion* [online]. 2004, vol. 45, no. 109, pp. 57-80. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2004000100004&lng=en&nrm=iso>. Cited 17/08/2007. ISSN 0100-512X.

_____. *Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2a. ed.rev. e ampl. Florianópolis: UFSC, 2005.

_____. Da problemática na aplicação do direito: A recepção habermasiana da teoria do direito de Dworkin. *Dissertatio*, n. 21, pp. 69-88, inverno de 2005.

_____. Controle de constitucionalidade e separação de poderes em Habermas. In. PINZANI, Alessandro; VOLPATO DUTRA, Delamar José (orgs.) *Habermas em discussão: Anais do Colóquio Habermas*. Florianópolis: NEFIPO, 2005.

_____. Perspectivas de moralização do direito: Kant e Habermas. *Crítica Revista de Filosofia*, Londrina, v. 12, n. 36, p. 337-356, out. 2007.

_____. Conseqüências da neutralização moral do procedimento jurídico em Direito e Democracia. *ethic@*, Florianópolis, v. 8, n. 3, p. 127-141, Maio 2009.

_____. Habermas e Weber: O modelo processual de moralização do direito ou como respeitar a autonomia da legitimidade do direito em relação à moral. *Cadernos da EMARF*, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, abr./set. 2009.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Trad. M. Irene de Q. F. Szmrecsanyi e Tamas J. M. K. Szmrecsanyi. São Paulo: Pioneira, 1967.

_____. *Metodologia das Ciências Sociais*. 2a. ed. Trad. Augustin Wernet. São Paulo: Cortez, 1993-1995.

_____. *Economia y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1998.

_____. *Sociología del derecho*. Edição e estudo preliminar de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2001.

WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho: Derecho natural y justicia material*. 2ª. ed. Trad. Felipe González Vicen. Madrid: Aguilar, 1974.

WERLE, Denilson Luís. *Justiça e democracia: Ensaio sobre John Rawls e Jürgen Habermas*. São Paulo: Singular/Esfera Pública, 2008.

WHITE, Stephen K. *Razão, justiça e modernidade: a obra recente de Jürgen Habermas*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente*. Barueri/Florianópolis: Manole/Fundação José Arthur Boiteux, 2005.

ZURN, Christopher F. Deliberative democracy and constitutional review. *Law and Philosophy*. n. 21, p. 467-542, ano 2002.