

A RAZÃO DO DIREITO EM HABERMAS¹

Giovanne Bressan Schiavon

Resumo: Apresenta a evolução do pensamento habermasiano sobre a metodologia do direito. Inicia com considerações sobre a obra “Theorie des kommunikativen Handelns” e conclui com comentário sobre a relação direito e moral na obra “Faktizität und geltung” e a proposta de reconstrução da metodologia do direito.

Palavras-chave: Teoria do direito, teoria do discurso, teoria crítica.

Abstract: The study shows some reviews that Habermas made in his jurisprudence. Starts with considerations about the book “Theorie des kommunikativen Handelns” and concludes with a commentary about the relationship of law and moral on the book “Faktizität und geltung” and his proposition of law’s methodology reconstruction.

Keywords: Jurisprudence, discourse theory, critical theory.

Sumário: 1 Introdução. 2 O Desencanto com a Teoria do Direito. 3 Alternativas para a Solução do Impasse. 4 “Faktizität Und Geltung” de Habermas. 4.1 A Relação Direito e Moral. 4.2 A Reconstrução da Metodologia do Direito. 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

¹ Publicado nos anais em resumo do IV congresso internacional de filosofia política e jurídica da UEL e completo Anais do Simpósio Internacional Principia: <http://www.cfh.ufsc.br/~nel/vol9.html>



e a filosofia reflete o quê pode ser conhecido, tal saber é expresso na comunicação entre sujeitos que conhecem. Na Modernidade, os filósofos apontam que, mesmo de modo inconsciente, cada época possui conceitos próprios ao seu modo de viver. Esse modelo de racionalidade, implícito na linguagem, tende a ser universalizado e influenciar os indivíduos, posto que estes interpretam sua realidade a partir dessa compreensão.

Na Modernidade, dentre os vários instrumentos de controle social, o ordenamento jurídico destaca-se com a afirmação de sua obrigatoriedade a partir da coação estatal. Neste texto, apresenta-se que se a obrigatoriedade do direito, soluciona o problema da indeterminação cognitiva objetiva (ou seja, a questão do quê deve guiar as condutas). Por outro lado da simples afirmação de que o direito guia as condutas sociais não decorre o conhecimento de seu conteúdo.

Neste momento, o conteúdo do direito passa a ser determinado caso a caso. Habermas inicialmente vislumbra no ordenamento jurídico um modelo de dominação viciado pela racionalidade instrumental. A exemplo de outros modelos de conduta sociais, operaria exclusivamente através de um juízo de adequação entre expectativas e possibilidades (cálculo “custo x benefício”).

Com o amadurecimento de sua obra, o direito tem seu papel revisto e aumentado. Além de ser compatível com a racionalidade instrumental, o ordenamento jurídico, também operaria por uma racionalidade normativa, de cunho comunicativo. Nos estreitos limites deste texto pretende-se primeiro caracterizar o desencanto de Habermas com o direito, para depois apresentar o seu reencantamento a partir da revisão da relação direito e moral. O que lhe possibilita propor a reconstrução da metodologia do direito.

2 O DESENCANTO COM A TEORIA DO DIREITO

A relação direito, moral e política, é um dos temas analisados por Jürgen Habermas em sua ampla obra filosófica. Um marco de sua contribuição ao debate se deu com a publicação da obra: *Theorie des kommunikativen Handelns* (1981) [Teoria da Ação Comunicativa].

Nessa, apresenta que na Modernidade a razão não pode mais fundamentar-se no transcendente como se fosse necessário para possibilitar a experiência e a comunicação humanas. Muito pelo contrário, afirma que a razão moderna existe para o homem de modo comunicativo, fundando-se no entendimento.

Deste modo, pode-se associar suas premissas à tradição sociológica europeia, perante a qual, não é mais possível a afirmação da existência de um modelo único de comportamento apto a explicar a tomada de decisões individuais. Afirma, após extensa argumentação teórica, que uma sociedade com um “ethos” comum só seria possível no que Max Weber denomina como “sociedades tradicionais”, ou seja, naqueles grupos que possuem uma consciência comum.

Ocorre que, com a Modernidade as teses tradicionais aptas a assumir posição como um conhecimento totalizante são rompidas. Não há mais uma religião comum, o poder político não se ajusta ao divino e a obediência não se vincula ao carisma. Assim, se as sociedades tradicionais se fragmentaram, ao tempo que certos saberes se especializaram, as condutas deixaram de ser enquadráveis numa dada racionalidade. Por exemplo, o conhecimento científico se especializou a ponto de tornar-se acessível a poucos iniciados. O mesmo ocorrendo com o direito, a arte, a economia, etc.

Embora Max Weber não chegue a falar num sistema com autonomia completa, Niklas Luhmann e Talcott Parsons afirmam que esses saberes se transformaram em verdadeiras estruturas especializadas, denominados de subsistemas. Cite-se o caso do direito, no qual a afirmação da autopoiese faz com que

a ciência do direito afirme a sua autonomia cerrando em seus postulados todos os elementos necessários para a sua explicação. Aos advogados, juízes e promotores só resta aceitarem esses dogmas e cumprirem as regras técnicas. Vale indicar que isso ocorre também com os subsistemas mercado, política, artes, etc.

Habermas constata que ao indivíduo resta um pequeno espaço de autonomia - denominado de mundo da vida - que não chega a se especializar (até porque se assim fosse esse não seria acessível a todos). O mundo da vida é o espaço dos valores tradicionais, uma situação na qual as pessoas agem livremente visando o entendimento. Enquanto que cada subsistema, possui seu próprio padrão, ou racionalidade, pautados de modo teleológico, ilustrado pelo cálculo “custo X benefício”. Daí porque o mundo da vida deve ser analisado a partir de uma racionalidade comunicativa que lhe é própria.

Na modernidade, Habermas identifica que os subsistemas mercado (com sua finalidade econômica) e política (visando o poder) são os mais influentes e terminam por interferir nos outros. De um lado, os defensores do livre mercado argumentam que esse subsistema tem a capacidade de se regular e produzir riqueza para todos. Em outro extremo há aqueles que sustentam que o subsistema política deve eliminar as disfunções do mercado. Vislumbra que o mundo da vida se vê cada vez mais invadido, ora pelo mercado, ora pela política, ou por algum subsistema que se autonomizou, como o próprio direito.

Há um mundo técnico que intervém no mundo da vida. Parece que a modernidade se tornou cindida e irreconciliável consigo própria. Enfim, a obra “Teoria da Ação Comunicativa” expõe um desencanto, quanto à sociedade moderna, atomizada, individualista, perante a qual as relações sociais são funcionais e despersonalizadas.

3 REPUBLICANISMO E COMUNITARISMO

No pensamento anglo-americano das três últimas décadas, as mesmas dificuldades foram percebidas, porém com resultados mais promissores, no sentido de oferecer alternativas para a solução do impasse.

O republicanismo e o comunitarismo criticam o grande destaque conferido pelas teorias liberais à capacidade individual de alcançar o consenso e agir conforme esse. Através do republicanismo/comunitarismo propõe-se a substituição da razão prática de cunho individual por uma razão prática fundada na soberania popular.

Antes de se conceituar esses modelos normativos de democracia, faz-se necessário esclarecer o conceito de soberania popular por esses adotado. Com apoio em Jürgen Habermas recorda-se que o conceito de soberania formulado por Jean Bodin como poder absoluto, irrenunciável e perpétuo foi apropriado por Rousseau e transformado no “autodomínio de sujeitos livres e iguais”:

Segundo a concepção republicana, o povo, ao menos potencialmente presente, é o portador de uma soberania que em princípio não pode ser delegada: em sua qualidade de soberano, o povo não pode ser representado. O poder constituinte se restringe na prática da autodeterminação dos cidadãos, não de seus representantes (HABERMAS, 1999, p. 244-5).

A cidadania deve se envolver em todos os problemas de modo ativo e há necessidade do reconhecimento de que alguns valores devem, obrigatoriamente, ser impostos ao grupo social. Há que se ter em conta, também, que esta reivindicação agrega-se ao indicado “desencanto do mundo” e se desenvolve a partir de perspectivas diferentes. Peña Echeverría identifica duas tendências básicas: uma centrada na identidade e outra direcionada contra a rígida separação da autonomia individual em públi-

ca e privada (PEÑA ECHEVERIA, 1996, p. 7).

A primeira perspectiva – comunitarista – critica a concepção abstrata e homogeneizadora da sociedade moderna. A qual parece não reconhecer o papel do contexto comunitário na Constituição e manutenção da identidade dos sujeitos. Afirma que sem a referência a tradições e valores, torna-se impossível conferir coesão e sentido à vida humana.

Como exemplo de autores que possibilitaram a afirmação do comunitarismo têm-se Aristóteles e Charles Taylor. Para Aristóteles uma ação é eticamente correta quando não se distanciar dos costumes da “pólis”. Por exemplo: tem-se o covarde, o corajoso e o temerário. Aristóteles ensina que não deve-se pecar pelo excesso, logo ser corajoso é o virtuoso. Só existe virtude com referência aos valores da comunidade.

A outra perspectiva – republicana – 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 da estrutura política e jurídica para organizar a sociedade e indicar os conceitos de bem, de moralmente correto, de comunidade.

Nesse modelo, há necessidade de uma cidadania que esteja pronta a colocar em primeiro plano os interesses sociais. Cidadãos que estejam dispostos a deixar de lado seus afazeres pessoais para se envolver nas questões sociais por solidariedade. Daí afirmar uma esfera pública ampliada.

A tradição republicana, partindo de Hegel na obra “Filosofia do direito” (1821), sustenta a existência de certos valores que não podem ser desprezados. Esses valores devem ser incorporados pelo Estado e aplicados, mesmo que de modo autoritário. Assim concilia o conjunto de valores com as instituições de uma identidade moral real. A obra de Hegel é entendida como expressão da busca por uma identidade comunitária. O Estado deve ser organizado conforme o “espírito” da época.

A “eticidade substancial” é o conteúdo que informa a comunidade e que varia conforme as condições históricas e/ou sociais (dialética hegeliana). De sorte que, o republicano, se pauta nos valores sociais e resulta num civismo acentuado.

Como pilares do comunitarismo e do republicanismo, têm-se que estes: Em um primeiro momento, ampliam a soberania popular a ponto de que, seus valores, são elevados à categoria de fundamento do Estado e do direito. A partir dos valores confere-se identidade aos indivíduos e às instituições.

Um segundo pilar, é a afirmação da “virtude cidadã” de modo que, o cidadão deve sempre participar das questões públicas e resguardar seus valores. Isso porque o comunitarismo é compatível com o conceito positivo de liberdade. A partir do qual há liberdade quando as ações são guiadas pelas máximas que o sujeito próprio elabora.

O terceiro pilar está na substituição da igualdade formal liberal, por um paradigma material. Na medida em que a igualdade formal é injusta por não corresponder a uma realidade material. A lei deve ser contextual, ser particularizada. Deve adotar uma discriminação positiva.

Como crítica a materialização do direito, Max Weber já apresentava que, ao se privilegiar minorias, estará procurando solucionar problemas morais por meio do direito e o Estado não deve tomar parte de questões morais. Entretanto, os defensores da igualdade material, poderiam contra-argumentar que a sua busca por identificar, destacar as potencialidades de cada um visa dar efetividade à igualdade buscada pelos liberais no séc. XVII e XVIII.

Daí porque Peña Echeveria interpreta que o republicanismo e o comunitarismo vinculam à razão prática a uma soberania popular completamente consciente de seus valores e absolutamente livre (PEÑA ECHEVERIA, 1996, p. 13-14). 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 dela restrinja toda a individualidade. O republicanismo parece propor a integração social a partir da renúncia da subjetividade individual, já que se exige do cidadão fidelidade patriótica e se lhe nega capacidade de determinação. Por isso termina por voltar-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 kantiana.

4 ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

O ingresso de Habermas no contexto teórico do mundo anglo-saxão se dá com a obra *Faktizität und Geltung* (1992) [Direito e democracia: entre facticidade e validade]. Nesta, aperfeiçoa sua explicação do direito enquanto subsistema que coloniza o mundo da vida e expõe a possibilidade de que a criação e aplicação das normas jurídicas se dê pela racionalidade comunicativa a partir da adoção de metodologia procedimental. Toma por certo que se pode haver cumprimento do direito por obrigação, por igual poderá se obtido por convicção. Nessa linha de raciocínio, o direito não é mais tido como mero resultado de um poder, mas como expressão de uma organização social (resultado de uma “política deliberativa”).

A argumentação habermasiana, visa provar um nexos conceitual ou interno entre Estado de Direito e Democracia, o qual não é só histórico ou casual, mas também funcional e sociológico. Essa compreensão do direito contempla que os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação democrática da opinião e da vontade são a única fonte de legitimação para sociedades cujos saberes se autonomizaram.

Na explicação tradicional, o direito é essencialmente um instrumento de controle social que delimita o espaço de ação individual ou coletivo da pessoa de modo certo. Em termos mais formais, determina uma “esfera de autonomia” da pessoa

ou mais simplesmente, sua liberdade. Raramente os direitos são absolutos. Isso porque com a modernidade passou-se a considerar que o Estado de Direito é uma estrutura na qual a pessoa conhece de antemão seus direitos e deveres e suas garantias. Nesta perspectiva o ordenamento jurídico limita-se à função de segurança jurídica.

Na Modernidade, a maioria das pessoas concorda que o âmbito dos direitos individuais está limitado pelos direitos dos outros. Motivo pelo qual, tem-se o direito de fazer tudo o que não for proibido por uma lei. Os direitos estão relacionados com deveres. Sempre que alguém tiver um direito, outra pessoa terá o dever de respeitá-lo. Um dever legal é uma obrigação de fazer coisas específicas - pagar impostos, por exemplo. O direito diz respeito àquilo que foi arranjado pelo Estado, ou com seu consentimento, para regular a vida comum.

5 A RELAÇÃO DIREITO E MORAL

É certo que, com o fenômeno da positivação, a produção e a aplicação do direito (escrito ou costumeiro) é regulado por regras (escritas) obrigatórias adotadas por um povo organizado em um território. A organização estatal moderna monopolizou nos seus órgãos componentes a produção e aplicação do direito, resolveu o problema da indeterminação cognitivo-objetivo (a questão quanto ao quê deve influenciar a conduta) mas não o cognitivo-subjetivo (como selecionar o conteúdo dessa regra).

Para a solução do problema cognitivo-subjetivo, pode-se dividir o pensamento filosófico jurídico em pelo menos duas perspectivas: 1) vinculação do direito à moral, o qual propõe que a ação jurídica seja explicada pelo dever; 2) separação do direito à moral, para a qual a lei é um fato social, ou seja, uma instituição criada pelo homem com a finalidade de determinar as condutas e imposta pela coação estatal.

A afirmação da separação do direito e moral conduz a

três caminhos: a) uma perspectiva negativa: a afirmação da que a dominação exercida pelo direito é um projeto do grupo social mais influente como um meio para perpetrar a dominação sobre as massas; b) uma perspectiva neutra: que sustenta que o direito é composto por um conjunto de regras técnicas a serem aplicadas de modo neutro e imparcial; c) uma perspectiva positiva: a qual pretende que o direito seja explicado como um meio de aprimoramento das relações entre seres humanos.

Na primeira perspectiva, muitos pretenderam encontrar o conteúdo das regras jurídicas incrustados em valores morais. Posto que, no pensamento kantiano a moral cuida do conjunto de questões que pertinem a todos os sujeitos em qualquer tempo e lugar e contém o modo pelo qual uma pessoa deve tratar outra (o que não significa que sua existência esteja vinculada com sua observância, ou seja, a determinação moral é válida ainda quando não seja seguida).

Todavia, a vinculação direito e moral não é uma opção tranqüila. Habermas no “Posfácio” de “Faktizät und Geltung” apresenta que a absoluta vinculação do direito à moral não é possível porque:

- 1) o universo moral por não possuir fronteiras sociais ou históricas, abrange todas as pessoas naturais; enquanto que uma comunidade jurídica protege somente os integrantes de sua ordem, delimitada no espaço e no tempo;

- 2) as regras morais obrigam, o comportamento externo e se impõe em foro íntimo; o direito, por sua vez só se preocupa com o comportamento externo e para tanto possui força coativa que lhe confere forma impositiva;

- 3) o direito possui uma estratégia mais complexa que a da moral, porque: a) possibilita o debate e, ao mesmo tempo, restringe a liberdade de ação (com orientação simultânea em valores e interes-

ses); b) confere uma forma impositiva a objetivos e programas coletivos (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 312-3).

Se a distinção entre o justo e o injusto não está vinculada a uma moral universal. A segunda perspectiva traz a questão: a quem compete estabelecer o que é justo ou injusto? Alguns, afinados com a tradição hegeliana, pretenderam vincular a obrigatoriedade do direito à institucionalização do comportamento socialmente adequado, identificado com a perspectiva ética. Cumpre esclarecer, diferente da moral que transcende ao grupo, uma ética fica restrita a interpretação que este elabora sobre a idéia de “vida boa” (modo de vestir, alimentar, ...). Neste sentido, Ronald Dworkin explica que a ética inclui convicções sobre quês tipos de vida são bons ou maus para uma pessoa (DWORKIN, 1996, p. 135).

As teorias éticas do direito surgem da percepção de que a sociedade é heterogênea e pluralista, repartida em classes e grupos, cujos conflitos e lutas de interesses são os mais contraditórios possíveis. Assim não se permite mais explicar as normas como resultado de um “contrato social”, no qual o grupo abre mão de sua liberdade em prol do Estado.

Isso porque, em um mesmo grupo social há múltiplas concepções de vida boa e mesmo de justiça. Motivo pelo qual a estabilidade das normas se torna problemática. Nesse contexto é de convir que a metodologia clássica tivesse de ser substituída (ou modificada) por regras interpretativas correspondentes à concepções mais dinâmicas, que contemplassem essa nova compreensão da sociedade.

Nesse sentido, o ordenamento não existe de forma sistemática. O sentido da lei depende da interpretação judicial. Mesmo que o juiz pretendesse encontrar uma única decisão correta na lei, a existência de princípios contraditórios não permitiriam. Aqui, é possível a denúncia de que os juízes ao julgar protegem interesses próprios ou de um grupo social.

Contra àqueles que afirmam a absoluta separação do direito e moral, Habermas reconstrói a compreensão tradicional da sociedade em prol da racionalidade comunicativa dos modernos. Para tanto firma a noção de que o direito deve ser elaborado e aplicado discursivamente. Ou seja, a noção absoluta de justiça será identificada nos vários argumentos expressos na comunicação cotidiana do mundo da vida. Então, torna-se possível uma explicação alternativa para a relação direito e moral.

O discurso social passa a ser descrito como procedimento que possibilita ao grupo resgatar o direito como instrumento que possibilita a vida em sociedade, com os seguintes argumentos:

1) Embora a necessidade do direito derive do aparecimento de um conflito de interesses – situação que exige uma ordem de validade objetiva reconhecida como justa, para restabelecer a paz social – Habermas argumenta apesar do conflito, ou mesmo, em razão de sua existência, as partes teriam interesse na sua resolução e estrategicamente, de maneira inconsciente, fornecem elementos aptos ao consenso. Ao julgador (aplicador do direito) caberia captar esses argumentos e proferir o julgamento imparcial, sem necessidade de recurso a uma moral metafísica para justificá-lo;

2) Sobre a crítica de que, com o direito desvinculado da moral correr-se-ia o risco da indeterminação. Ou seja, uma vez que os discursos em condições ideais podem não ter fim, ou mesmo porque as regras do discurso podem não ser suficientemente seletivas para possibilitar uma única saída correta. Aqui, Habermas propõe a complementação da interpretação do direito por argumentos especiais (morais, éticos e pragmáticos) os princípios. Tais especificam as condições gerais do pro-

cesso de discursos práticos-morais em relação à ligação com o direito vigente;

3) Sobre a crítica da impossibilidade da adoção desses princípios gerais, pois o direito não é um todo coerente. Habermas concorda que o discurso social e as regras jurídicas podem espelhar teorias políticas e argumentos contraditórios. Porém se o direito é composto por regras e muitas das quais não podem ser identificadas como componentes de um todo coerente, sua aplicação deve ser sempre coerente. Havendo a necessidade de se buscar não a única decisão correta, mas a melhor decisão possível (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 288-9).

Então, para Habermas, o direito é compatível com o procedimento argumentativo, que expressa a intersubjetividade das relações sociais. Faz eco aos estudos de J. L. Austin e J. Searle, para os quais, quando de seus estudos sobre o sentido da linguagem, o ato de fala induz seu próprio significado. As palavras podem fazer coisas. Toda vez que determinadas palavras são utilizadas constitui-se em verdadeiro agir. A pragmática lingüística sugere que devem ser diferenciadas as expressões, os enunciados, a partir de suas “pretensões”: descritiva, expressiva e normativa.

6 VALIDADE DO DIREITO E ESPÉCIES DE NORMAS JURÍDICAS

A “pretensão de validade” quando relacionada com o mundo objetivo, tem uma “pretensão descritiva” que confrontará o critério de verdade ou de falsidade. Note que a linguagem é que é passível de verdade ou de falsidade, não o ser. Quando relativa ao mundo subjetivo, do ser, a linguagem possui “pretensão expressiva”; toda vez que o enunciado refere-se a um “estado interno” há pretensão de validade expressiva. Esta terá

como critério a sinceridade ou não sinceridade. Por fim, o mundo social contempla a “pretensão normativa” da linguagem; a qual enuncia parâmetros de correção ou não correção.

Isto posto, inicia-se o estudo da norma jurídica pelo seu conceito. Pode se conceituar norma jurídica como a proposição enunciada numa forma aceita ou imposta pelo poder público (direito interno) ou pelas pessoas de direito internacional (direito internacional) como fundamento de um direito ou obrigação legítima.

O primeiro aspecto a ser destacado deste conceito é a afirmação de que a norma expressa uma proposição e a consequência dessa assertiva. Por proposição entende-se o significado do juízo realizado a partir de um conjunto de palavras (enunciado). Desse modo Hans Kelsen pôde distinguir proposição de enunciado. Um enunciado é a forma gramatical e lingüística pela qual um determinado significado é expresso. Por isso a mesma proposição pode ter enunciados diversos, e o mesmo enunciado pode exprimir proposições diversas.

Ao contrário, com o mesmo enunciado pode-se exprimir, em contextos e circunstâncias variáveis, proposições diversas. Por exemplo, quando se diz, voltando-se para um amigo: “Gostaria de beber uma limonada”, pretende-se exprimir um desejo e além disso conferir ao amigo uma informação sobre o estado de espírito; se se dirigem as mesmas palavras para uma pessoa que está atrás do balcão de um bar, não se pretende expressar um desejo nem lhe dar uma informação, mas impor-lhe uma determinada conduta. Enquanto no primeiro uso da expressão é previsível, por parte do amigo, a resposta: “Eu também”; a mesma resposta por parte do segundo interlocutor seria quase uma ofensa.

Então, pode-se afirmar que a norma jurídica é uma estrutura proposicional, posto que o seu conteúdo pode ser enunciado mediante uma ou mais palavras entre si correlacionadas, sendo certo que o significado do enunciado por uma norma

jurídica só é dado pela interpretação das proposições que nela se contêm.

A partir dessa primeira explicação algumas observações já são possíveis, quando se diz que uma norma jurídica é uma proposição, quer-se dizer que é um conjunto de palavras que têm um significado. O que interessa ao jurista, quando interpreta uma lei, é o seu significado. Como uma proposição em geral pode ter um significado, mas ser falsa, também uma proposição normativa pode ter um significado e ser falsa. Porém, essa análise de verdade ou falsidade, refere-se a um juízo de adequação da proposição com o contexto de proferimento e não um juízo de se o que foi dito representa um fato ou objeto. Exemplo, na linguagem descritiva quando se diz “banana”, quer se representar uma fruta. Em linguagem prescritiva quando se diz “fique quieto” pretende-se provocar um comportamento, o que pode ou não ser adequado.

Então, o positivismo jurídico kelseniano quando desliga o direito da moral e possibilita a afirmação de que as proposições normativas, se diferenciam das proposições 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.

Um segundo aspecto do conceito de norma jurídica “obrigação legítima”, força recordar que perante o direito da Modernidade uma norma existe quando houve observância de um determinado procedimento e quando seu conteúdo seja adequado ao conjunto normativo. Nesse sentido, afirma-se que esse juízo pode receber explicações distintas conforme se modifique a perspectiva de análise.

Se para as teorias que vinculam o direito com a moral, só é obrigatória a conduta adequada ao senso de justiça, para as teorias que os separam, só é obrigatória a conduta enunciada

numa forma prescrita e imposta pelo Estado ou que prevalece socialmente.

O positivismo demonstrou que toda norma, seja moral, ética ou jurídica é imperativa por sempre significar uma definição de certo e errado e assim expressar uma pretensão de comandar condutas. Nesse sentido a norma jurídica distingue-se das outras espécies normativas porque somente essa é imposta pela força, somente essa é garantida por uma sanção externa e institucionalizada.

Mas daí não decorre a conclusão de que norma válida é a norma efetivamente seguida numa determinada sociedade. Ora, o estudo e aplicação do direito se dão sobre um conjunto de comandos e o problema da real aplicação desses comandos é objeto de outro grupo de estudos, da sociologia. Por isso afirma-se que a efetividade da aplicação não é requisito da norma jurídica.

Para Habermas, além de ser dotada de coação, o que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, é o fato de ser uma estrutura enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória. Se no modelo positivista a diferença entre normas é formal, no aspecto de que uma (primária) determina um dever às pessoas, ao tempo em que, outra (secundária) estabelece poderes e diz respeito à identificação, alteração e aplicação das regras primárias. Na obra de Habermas o gênero norma abrange duas espécies: regras e princípios. As regras são normas que já prevêm sua hipótese de aplicação, destinadas a comandar diretamente as condutas tal estatal, qual das pessoas. Enquanto que os princípios são normas mais gerais e abstratas que representam os valores incorporados ao conjunto normativo e desempenham uma função de “otimização” no conjunto normativo.

Consideradas do ponto de vista de sua forma, ou modo de exteriorização de seu conteúdo, as normas de direito ora se revelam como *ordens* (*mandamentos* que garantem um deter-

minado espaço de ação), ora como *diretrizes*, princípios ou preceitos meramente *dispositivos*. Nos dizeres de Robert Alexy a distinção entre regras e princípios constitui-se numa chave para a solução de problemas centrais do estudo das normas e do direito (ALEXY, 1997, p. 81-2).

Sobre as perspectivas metodológicas, cumpre observar que: a proposta da vinculação do direito com a moral padece de dificuldades até agora não solucionadas, uma vez que, na modernidade não existem mais modelos de justiça universalmente válidos. Por outro lado, a proposta da estrita separação entre direito e moral, por considerar como requisito da norma jurídica unicamente a imperatividade, termina por vincular o conceito de norma à exclusiva atuação estatal sob a promessa de produção de enunciados normativos certos e determinados. Isso na prática resultou na defesa da legalidade em detrimento da legitimidade do direito.

Habermas propõe a conciliação destas perspectivas com a afirmação de que validade jurídica é um conceito que deve ser vinculado à atuação do Estado garantindo que a maioria das pessoas obedeça às normas: a) mesmo que isso implique o emprego de sanções; ou, b) por meio de pressupostos institucionais se vincule os destinatários das leis à sua produção (surgimento legítimo da norma) para que ela também possa ser seguida a qualquer momento por convicção (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 308).

Vale ressaltar, que não parece correta a afirmação comumente associada à teoria positivista de que uma ordem jurídica possa se sustentar somente por coação ou na ameaça de sanção. O direito procedimental não despreza o dado social (particular seleção de regras sustentadas pelo poder coercitivo) porém o direito não obtém obediência fundando-se somente em mera coerção, ou ameaça de sanção, mas também na sua legitimidade.

Assim, a compreensão do direito passa a se mover sob

dois princípios fundamentais: segurança jurídica e o da legitimidade (adequação à idéia de justiça).

7 PRINCÍPIOS FUNCIONAIS DO DIREITO

O direito, pelo princípio da segurança jurídica deve ser uma força que se impõe na sociedade o que (por via de consequência) gera uma certa previsibilidade das condutas. Joseph Raz afirma, por exemplo, que o Estado de direito “significa uma organização em que todos são iguais perante a lei e todos sabem qual é sua situação perante a lei, sabendo o tratamento que podem esperar se assumirem um comportamento ou outro” (KUKATHAS; PETTIT, 1995, p. 37).

Pelo outro princípio, o da legitimidade, destaca-se que essa força pode surgir de seu reconhecimento como justa, ou seja independente do aparato estatal, mas sim de sua identidade com a justiça.

Não raro, quando da interpretação da norma jurídica, a segurança jurídica (coerência sistêmica) é obtida em detrimento da idéia de justiça. Nesse sentido, pretender descobrir a resposta correta em um julgamento jurídico significa responder primeiro se isso é possível e depois como se conciliar esses dois princípios.

Cada concepção, ou teoria sobre o direito, tende a valorizar um princípio em detrimento do outro, aqueles que separam o direito da moral valorizam a segurança jurídica, os que os associam valorizam a justiça. Com a proposta da interpretação a partir de princípios busca-se solucionar o problema de legitimação do direito sem descuidar da segurança jurídica.

Melhor dizendo, a partir do momento que se adota uma perspectiva de que o direito deve ser resultado da participação da sociedade e de que a função do Estado é intermediar as relações, a norma jurídica, então, será válida quando desempenhar esse papel. Motivo pelo qual o conceito de legitimidade deixa

de assumir uma explicação formal e passa a ser tido como um conceito material.

A coerência sistêmica, tão almejada pelo positivismo jurídico, não será conhecida de antemão. Pelo contrário, será obtida a posteriori pelo juiz à luz do caso concreto, nunca se conhecerá a resposta (ou interpretação) correta antes da situação real ser apresentada ao juiz. Uma norma é legítima quando houver reconhecimento social da adequação do seu conteúdo com o conceito de justo discursivamente compartilhado.

Cabe enfatizar que o Discurso de que fala Habermas parte daquilo que ele próprio denomina uma “situação ideal de fala” e que, na maioria das vezes, nos discursos reais que ocorrem nem todos esses pressupostos são cumpridos. Talvez o não cumprimento destes pressupostos seja uma das causas de tantas situações reais de fala conduzirem a conflitos e não ao consenso, isso sem contar o ressentimento advindo de uma expectativa quebrada e que pode culminar com atos violentos por parte de indivíduos e até mesmo de nações.

Entretanto, fica evidenciado na reflexão habermasiana, e algo similar pode ser dito de Kant, que a definição das condições de vida em sociedade e de suas respectivas regras são um processo necessariamente argumentativo, sem coação e, portanto, não violento.

8 CONCLUSÃO

Nesse sentido, a moral discursiva, ao lado da ética e dos enunciados descritivos, é um dos elementos a ser considerados no momento de criação e aplicação do direito. Afirma então que os princípios jurídicos resultado de incorporação ao direito de projetos deliberados socialmente, devem ser considerados quando da aplicação das regras.

Vale destacar, os cidadãos passam a ser entendidos não só como destinatários, mas também como autores das normas

jurídicas. A liberdade da pessoa não se restringirá ao espaço determinado pelos direitos subjetivos descritos nas regras de direito, mas reside em conduzir-se criticamente tanto frente a condutas alheias quanto às próprias.

Desse modo, Habermas não fundamenta o direito exclusivamente na coerção e, também, não o vincula subjetivamente à moral. O agir jurídico é explicado pelo entendimento. E por meio deste o direito é capaz de mediar as relações entre os subsistemas e preservar as relações cotidianas. Aylton Barbieri no 2º. seminário internacional de filosofia política e jurídica identificou aqui o papel imenso conferido ao direito no livro *Faktizität und Geltung*. Destacou que, se os subsistemas especializados cada vez mais intervêm no mundo da vida das relações cotidianas, tal com a invasão dos termos técnicos, qual com a afirmação de uma verdade inquestionável em suas proposições. O subsistema jurídico ao disciplinar as relações entre os subsistemas e mundo da vida termina por lhe proteger. A soberana vontade popular, origem do direito, deve assumir a possibilidade de intervir nos subsistemas (mercado, política, etc.).

Essa abordagem é similar ao positivismo jurídico, em seu projeto de desvincular a explicação do direito de um conteúdo metafísico (os valores do jusnaturalismo, por exemplo). Mas, em vez de vincular o direito à sua utilidade de modo neutro ou imparcial, apresenta que a validade do direito deve se dar através da aplicação das regras jurídicas a partir de princípios hermenêuticos obtidos por um procedimento reconhecido por todos e que reproduzam os objetivos e as funções do direito. Esse procedimento não será neutro, nem imparcial, e surgirá com a percepção de que o Estado e o direito devem ser utilizados para promoção de uma sociedade desejável.

Intérprete dos tempos atuais, Habermas continua sua obra de enfrentamento com os cétricos quanto ao projeto emancipatório da modernidade, argumentando que a racionalidade comunicativa pode ser incorporada ao trabalho jurídico. Isso por

meio do debate sobre temas prementes da sociedade e do direito. Como por exemplo, o fenômeno político da modificação do conceito de soberania, a emergência da revisão da teoria constitucional e, por fim, a internacionalização dos direitos humanos.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. 1997. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- DWORKIN, Ronald. 1996. *La comunidad liberal*. Trad. Claudio Montilla. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre - Facultad de Derecho - Universidad de los Andes.
- HABERMAS, Jürgen. 1997. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2 v.
- HABERMAS, Jürgen. 1999. *La inclusión del otro: Estudios de teoría política*. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo e Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós.
- KUKATHAS, Chandran; PATTIT, Philip. 1995. *Rawls “Uma teoria da justiça” e os seus críticos*. Trad. Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva.
- PEÑA ECHEVERIA, Javier. 1996. Identidad comunitaria y universalismo. *Crítica* [UEL/PR]. 2(5), 05-54.