

# CONCEITOS DE DIREITO E DE JUSTIÇA, O GIRO LINGUÍSTICO E O JUSNATURALISMO

Carlos Medeiros da Fonseca<sup>1</sup>

Ozorio Vicente Netto<sup>2</sup>

Resumo: Este artigo apresenta conceitos de Direito, Justiça e Direito Natural/Supralegal, partindo das noções de linguagem, conhecimento científico e giro linguístico, bem como analisando as doutrinas jusfilosóficas de Kant e Habermas. O presente trabalho busca unir as concepções jurídicas dos filósofos re-tromencionados, conciliando a razão prática kantiana e a razão discursiva (agir comunicativo) habermasiana.

Palavras-Chave: giro linguístico, conceito de Direito, conceito de Justiça, razão prática de Kant, agir comunicativo de Habermas.

Abstract: This article presents concepts of Law, Justice and Natural/Supralegal Law, based on the notions of language, scientific knowledge and linguistic turn as well as analyzing the jusphilosophical doctrines of Kant and Habermas. This paper seeks to unite the legal conceptions of these philosophers, combining the Kant's practical reason and Habermas discursive reason (communicative action).

Keywords: linguistic turn, law concept, the concept of justice, Kant's practical reason, Habermas communicative action.

---

<sup>1</sup> Juiz do Trabalho. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo.

<sup>2</sup> Advogado e Professor universitário. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo.

## 1 PREMISSAS EPISTEMOLÓGICAS.

### 1.1 DIREITO ENQUANTO LINGUAGEM – O GIRO LINGUÍSTICO



nicialmente, importante se faz traçar um paralelo histórico a respeito do papel da linguagem em relação à realidade, uma vez que, até pouco tempo atrás, a distinção entre as palavras e as coisas não era concebida pelas civilizações humanas, na medida em que se creditava o surgimento das palavras à própria essência dos objetos. Nesse passo, lobriga-se que a relação havida entre as palavras e as coisas seria uma aproximação mística, de maneira que as palavras influenciariam na própria essência das coisas e, até mesmo, no seu destino (MOUSSALEM, 2006, p. 25).

Como exemplo, pode-se utilizar a passagem bíblica “utilizar o Santo Nome em vão, provoca a ira de Deus”, para que se perceba uma comparação entre a relação mágica das palavras com as coisas como se uma superstição verbal fosse, ou seja, traçava-se uma concepção da linguagem como se essa realmente, pelo só fato de designar alguma coisa, por boa ou ruim, pudesse modificar suas características, para o bem ou para o mal – “*era o tempo da filosofia do ser*” (MOUSSALEM, 2006, p. 25).

Entrementes, ao contextualizar a relação linguagem-realidade, imperioso mencionar o marco teórico que deu origem à época da filosofia da linguagem, momento em que se iniciou a independência entre ambas e se convencionou que a linguagem nada mais é do que a interpretação da realidade. Essa fase em que se estabeleceu essa mudança, em um momento em que a linguagem sobrepõe a realidade, é chamada de giro linguístico (MOUSSALEM, 2006, p. 26).

Nesse contexto, a partir desse giro, percebem-se outras

características a respeito da linguagem que, antes, não eram vistas. Com efeito, parte-se da premissa de que a linguagem existe de *per si* e independe da realidade. A título exemplificativo, cita-se o mito bíblico de Gênesis em que o criador deu nome às suas criações, como se isso fosse uma verdadeira representação do mundo físico, mas que não pretende ser um espelho da realidade. E mais, ao traçar o paralelo no mito bíblico de que o homem é feito à própria imagem do criador, conclui-se que a linguagem nada mais é do que a representação do universo humano, um universo, aliás, que só existe pela linguagem e que, portanto, passa a ter status de criação (MOUSSALEM, 2006, p. 27).

Outrossim, não se pode olvidar de que os acontecimentos fáticos exaurem-se num tempo e num espaço e que o homem só consegue interpretá-los por meio da criação linguística. Assim e por os eventos não provarem nada, por não falarem nada, cabe à linguagem traduzi-los em versões aceitáveis e, até mesmo, existentes no universo humano.

É dizer, os fatos não são acessíveis ao homem, na medida em que o universo humano apenas possui a capacidade de interpretá-los por meio da linguagem e essa interpretação não é a realidade em si, mas sim a realidade criada pelo universo humano.

Nesse diapasão, pode-se concluir que, do ponto de vista do ser humano, nada existe fora das interpretações, ou seja, a realidade não existe por si só, mas é fruto de interpretações linguísticas que assumem o papel de versões dos fatos. Posto isso, conclui-se que o mundo é uma construção de significações que são obtidas das interpretações linguísticas e que uma palavra não pode ser explicada por fatos, mas sim por outra palavra. Ou seja: a relação de significação da linguagem é que define o significado das palavras, a fim de possibilitar as interpretações fáticas (MOUSSALEM, 2006, p. 27-28).

Portanto, “*entender a realidade humana como uma con-*

*tinuidade linguística torna-se de vital importância para a compreensão do homem e do direito na medida em que ambos não trabalham com os acontecimentos físicos, mas somente com a interpretação ou versão, por fim linguagem” (MOUSSALEM, 2006, p. 28).*

## 1.2 CONHECIMENTO, CONHECIMENTO CIENTÍFICO E LINGUAGEM

Em termos gerais, este trabalho parte da premissa de que o conhecimento está intimamente atrelado à linguagem, na medida em que essa, por estruturar o próprio universo humano, também se torna indispensável à conceituação do que é conhecimento.

Com efeito, conceitua-se conhecimento como a relação entre as linguagens e suas significações, ou seja, o conhecimento é construído pelo ser humano, por meio da linguagem, à medida que ele se depara com o mundo dos fatos e cria suas significações e seus significados, mas, cuidado, ele não se restringe apenas à experiência.

De fato, parte-se do pressuposto de que o conhecimento é uma relação de significações, e não se exaure na mera experiência, porquanto o ser humano, como ser cultural, tem a experiência como primeiro passo para a obtenção do conhecimento.

Nesse passo, a experiência, por si só, não pode significar conhecimento, uma vez que sobre ela deve ser desenvolvida a linguagem para que se tenha uma interpretação significativa capaz de estruturar os universos do termo-sujeito e do termo-objeto (MOUSSALEM, 2006, p. 29).

Ademais, ressalta-se que a experiência é o momento em que o sujeito apreende os dados e somente depois, mediante uma significação obtida por meio da linguagem, passa a conhecê-los. Logo, o conhecimento seria um fato complexo composto por um processo comunicacional existente entre a linguagem

do sujeito cognoscente e a linguagem do sujeito destinatário sobre a linguagem do objeto – enunciado (MOUSSALEM, 2006, p. 29-30).

Nesse diapasão, ao partir do pressuposto de que o conhecimento está atrelado às significações linguísticas empregadas aos fatos (linguagem, enunciado) pelos sujeitos, faz-se a distinção entre o conhecimento vulgar e o científico, especialmente, por meio da aceitação de que há níveis de linguagem classificados de acordo com o grau de precisão linguística empregado pelos autores do processo comunicativo.

Dessarte, pode-se traçar o paralelo existente entre a linguagem vulgar e a linguagem científica, ao especificar que o conhecimento comum é originado pela linguagem ordinária empregada no cotidiano das pessoas, linguagem do leigo, despojada de rigor técnico; ao passo que o conhecimento científico está ligado a uma linguagem rigorosa, desprovida de ambiguidade ou vaguidade, com o objetivo de tornar o discurso científico o mais preciso possível (MOUSSALEM, 2006, p. 30-31).

E não basta a linguagem rigorosa e esmerada para que se reconheça um conhecimento como científico, de maneira que, não menos importante, deve ser observado o método utilizado para a aproximação entre o objeto e a transmissão de conhecimentos.

Para tanto, tem-se por método o caminho a ser percorrido pelo cientista para justificar suas interpretações linguísticas e, via de consequência, o próprio conhecimento que se deseja aclamar como científico. Em termos gerais, por meio do método, são expostas as regras do jogo linguístico a ser realizado para que se chegue ao conhecimento científico a respeito de dado objeto (MOUSSALEM, 2006, p. 31-33).

Nesse sentido, busca-se, inicialmente, explicitar que os jogos linguísticos não se explicam ou repelem uns aos outros, apenas coexistem, na medida em que o método é escolhido de acordo com o ponto de vista que se pretende em relação ao

conhecimento a ser formulado.

Assim, o método utilizado por um filósofo não é o mesmo utilizado pelo sociólogo ou pelo cientista do direito, da mesma forma que seria equivocado dizer que esses métodos se sobrepõem uns aos outros ou se explicam/repelem, já que a escolha do método a ser utilizado é unilateral, característico de cada ciência.

Diante do exposto, destaca-se que o método a ser adotado pela ciência do direito é a análise jurídica do direito, com a utilização da lógica jurídica para a análise dos planos sintático, semântico e pragmático do direito. Lógica jurídica, por sua vez, é a ferramenta a ser utilizada na aproximação do objeto ao sentido que se vai construir por meio da linguagem, de modo a demonstrar o caminho a ser percorrido na produção do conhecimento científico.

Não obstante, para se adotar um método, o cientista do direito deverá, *prima facie* adotar um corte metodológico. Tem-se por corte metodológico o delimitador da linguagem da ciência a ser estudada, para que não se estude o objeto pretendido em um regresso infinito de signos e significações.

Nesse sentido, esse corte metodológico é realizado por meio de uma convenção compartilhada por todos os cientistas que trabalham no programa, de modo a haver pontos-limites ao âmbito de conhecimento que se pretende realizar, ou seja, deve haver um começo e um fim delineados em certo espaço e tempo, a partir dos quais os estudos não poderão se alongar e/ou regredir (MOUSSALEM, 2006, p. 34).

### 1.3 CONCEITOS DE VERDADE

Em linhas gerais, ao se adotar a premissa de que a realidade é criada pelo homem e ao conceber o conceito de verdade como objeto principal da ciência, utiliza-se de três principais conceituações de verdade: teoria da verdade por correspondên-

cia, teoria da verdade por coerência e teoria da verdade por consentimento (MOUSSALEM, 2006, p. 36-40).

Nesse sentido, explicita-se que a teoria da verdade por correspondência seria aquela em que a verdade deve se equivar à realidade fática, bem próximo do conceito de “verdade real”, como se o fato cotidiano pudesse originar uma verdade universal e independente da linguagem, independente das interpretações humanas sobre si, com o que não se pode concordar neste caso, haja vista as premissas traçadas e a crença da impossibilidade de o ser humano alcançar, no todo, essa verdade preexistente à linguagem.

Outrossim, necessário se questionar se existe, realmente, uma verdade “real”, como proposto pela doutrina processualista. Na tentativa de responder a esse questionamento, até poder-se-ia partir do pressuposto de que a verdade está no todo, o que não é equivocado, no entanto o ser humano não é onisciente e/ou onipresente, portanto, jamais alcançaria essa verdade “real”, entendida como aquela preexistente no mundo dos fatos.

Por outro lado, há a teoria da verdade por coerência que, em contraponto à por correspondência, não admite a possibilidade de haver uma verdade absoluta e independente da linguagem.

Para essa teoria, a verdade será aquela que se demonstrar mais coerente com o discurso em que se faz presente, por meio de uma coerência interna, a partir de uma pressuposição de uma pré-compreensão da realidade havida por meio da linguagem. Ou seja, admite-se uma realidade construída por meio da linguagem como pressuposto para que o discurso ocorra e esse discurso deve ser o mais coerente/convincente possível para ser compreendido como verdade.

Assim, a ideia de coerência interna dos enunciados científicos postos anteriormente é vital para a eficácia da informação, de modo que, caso um enunciado venha a se contrapor

a outro e se demonstrar mais coerente que aquele, certamente, será tomado como verdade e aquele será esquecido.

Posto isso, percebe-se que o conceito de verdade está atrelado às condições de aceitabilidade do discurso, desde que levada em consideração a ideia de um sistema uno e coerente. É dizer, a verdade é vista em relação a enunciados propostos pela linguagem, e não em relação à linguagem e realidade (MOUSSALEM, 2006, p. 36-40).

Por fim, a terceira teoria, assim como a segunda, parte do pressuposto de que a verdade é criada, e não descoberta, e, além disso, admite que ela possui vocação universal, de maneira que cada discurso busca convencer o maior número de pessoas a que se destina.

Nesse espeque, tem-se a verdade por consentimento que é obtida por meio da crença da maioria da comunidade científica em determinada proposição científica, a qual se propõe como verdade pelo simples consentimento da maioria. A verdade por consentimento é responsável, assim, pela criação de paradigmas essenciais à própria existência de uma comunidade científica, assim entendida aquela comunidade que compartilha de um paradigma (MOUSSALEM, 2006, p. 36-40).

Para este autor, diga-se por oportuno, a teoria ideal a ser seguida é a mescla da segunda e da terceira teorias, por fundamentarem um discurso de tipo coerente e consensual.

#### 1.4 CONCEITOS DE DIREITO

Ainda no ramo do conhecimento, interessante constatar que a expressão conhecimento jurídico se demonstra ambígua, na medida em que, a depender do âmbito em que se estuda, o direito poderá ter várias concepções científicas diferentes (MOUSSALEM, 2006, p. 40-43). Portanto e para evitar tais contradições, necessário conceituar o objeto de estudo em comento, qual seja: o direito.



Para tanto, como corte metodológico, cumpre esclarecer que, entre as várias concepções científicas do direito, dar-se-á uma maior importância à problemática da conceituação do direito em vista do direito natural (supralegal) e do direito positivo, para, então, conceituar o direito a ser estudado daqui em diante, o que será feito a partir das concepções kantianas e habermasianas.

Neste ponto, faz-se um adendo importante para esclarecer que a diferença entre moral e ética não é trabalhada por Habermas em seu livro “Direito e Moral”, em que pese Kant trate-a com mais rigor. Assim, esclarece-se que, para REALE, 2001:

“Um ilustre leitor de meus artigos quinzenais nesta página de OESP sugere-me que esclareça a distinção que existe entre ética e moral, cujos conceitos, a seu ver, andam baralhados, com análoga confusão no que se refere ao direito e à política, considerados ou não subordinados aos mandamentos éticos.

É natural que isso aconteça na praxe cotidiana, pois ética e moral versam sobre idéias intimamente relacionadas, de difícil distinção, como é reconhecido pelos maiores estudiosos do assunto. Também no plano da filosofia elas não raro se confundem, chegando a ser empregadas como sinônimos, mesmo porque, do ponto de vista etimológico, tanto em grego como no latim, ambas provêm da palavra costume, que indica as diretrizes de conduta a serem seguidas.

Isto não obstante, talvez se possa perceber alguma nota distintiva entre elas, pois a ética tem por fim determinar os valores fundantes do comportamento humano, ao passo que a moral se referiria mais à posição subjetiva perante esses valores, ou à maneira como eles se apresentam objetivamente como regras ou mandamentos. Sob esse ângulo, a moral representaria a realização da ética in concreto, em nossa experiência de todos os dias”.

**Já para o filósofo Professor Doutor André Coelho:**

A Filosofia Moral distingue entre ética e moral. Ética tem a ver com o "bom": é o conjunto de valores que apontam qual é a vida boa na concepção de um indivíduo ou de uma comunidade. Moral tem a ver com o "justo": é o conjunto de regras que fixam condições equitativas de convivência com respeito

e liberdade. Éticas cada qual tem e vive de acordo com a sua; moral é o que torna possível que as diversas éticas convivam entre si sem se violarem ou se sobreponem umas às outras. Por isso mesmo, a moral prevalece sobre a ética (COELHO, 2007).

Ética vem do grego "éthos" e moral, do latim "mos". Tanto "ethos" quanto "mos" significam a mesma coisa: hábito, costume. Quando os filósofos gregos quiseram cunhar um nome para a parte da filosofia que se ocupa com as ações cotidianas do indivíduo, criaram a expressão "ethiké epistéme", que significava "ciência dos costumes" ou, como ficou conhecida, "ciência ética", ou simplesmente "ética". Já quando os filósofos romanos, que eram atentos leitores dos gregos, quiseram traduzir para o latim a expressão "ethiké epistéme", tentaram encontrar um equivalente em sua língua e cunharam "scientia moralis", que significava "ciência dos costumes" ou, como ficou conhecida, "ciência moral", ou simplesmente "moral". Assim, qualquer diferença que se possa encontrar entre "ética" e "moral" não advém do significado original dos dois termos, pois estes, em sua origem, eram apenas a tradução um do outro (COELHO, 2010).

Feitas essas considerações e demonstrada a falta de consenso na doutrina, este trabalho optará, propositalmente, por utilizar os termos moral e ética como sinônimos, seja pelo fato de que Habermas não se aprofundou no tema em seu livro "Direito e Moral" e usou o vocábulo moral para descrever ambos os termos, seja por essa discussão não ser um ponto que mereça maior destaque, sob pena de se perder o foco aqui pretendido.

## 1.5 CONCEITO DE DIREITO EM KANT

Para analisar o conceito de direito em Kant, inicialmente, é importante entender como ele trabalha a ideia de Autonomia. Em Kant, essa ideia não se caracteriza pelo livre arbítrio de um indivíduo privado, mas sim, pela autodeterminação do ser humano. Como premissa, ele parte do indivíduo como ser racional e moral para ascender a uma lei moral universal, váli-

da igualmente para todos os seres racionais.

Assim, em prosseguimento, destaca-se que, para Kant, o homem, como ser racional, existe como fim em si mesmo e não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Logo, o homem deve ser considerado como fim, não só em relação às ações realizadas para consigo mesmo, mas também em relação àquelas em que ele se dirige aos outros seres racionais.

Por essa perspectiva, a vontade é compreendida como uma faculdade de o homem se determinar a si mesmo conforme a representação de certas leis e aquilo que fundamenta a vontade objetiva do ser racional individual na sua autodeterminação, ou seja, o fim deve ser válido igualmente para todos os outros seres racionais.

Pode-se perceber, então, que o pensamento de Kant se aproxima da ideia de igualdade formal, uma igualdade decorrente de um imperativo categórico que existe enquanto lei universal, qual seja: *“Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.”* (SALGADO, 2012, p. 140).

Kant foi um verdadeiro entusiasta do racionalismo. A possibilidade de se alcançar a verdade por meio da razão humana parece ser seu grande motor de estudo e, talvez, aquilo que lhe permitia dar sentido ao mundo.

Para ele, a prerrogativa humana de pensar livremente era algo tão incrível que somente a preguiça e a covardia poderiam afastá-la, mantendo-se o homem em seu estado de minoridade, que significaria “a incapacidade de se servir de seu próprio entendimento sem a tutela de um outro”. Isso é: a razão seria libertadora, pois permitiria ao homem pensar o universo independentemente de autoridades externas, como o Estado, a igreja, a escola etc., de modo a se alcançar a sua “maioridade”.

Portanto, pode-se dizer, em resumo, que, para Kant, o direito é pensado dentro de um quadro teórico marcado por

pressupostos transcendentais e a liberdade é apresentada como uma ideia da razão prática que oferece justificativa e fundamento à esfera jurídica. Diante disso, conclui-se que o sentido kantiano do direito tem como base imprescindível o pressuposto moral da liberdade.

Não obstante, para Salgado (2012, p. 192-193):

“O conceito do direito segundo essa perspectiva de Kant, na medida em que se revele como conceito ético, abrange três elementos:

1º) uma relação prática externa, o que quer dizer: todo direito é uma relação entre seres humanos (só o ser humano se envolve numa relação prática), na medida em que tal relação se mostre como ações que, como fato, possam exercer influência, num e noutro, direta ou indiretamente;

2º) essa relação prática e externa estabelece-se entre um arbítrio e outro e não entre o arbítrio do indivíduo e o desejo do outro (Wunsch), como nos atos de benemerência (Wohltätigkeit), ou de crueldade do estado de natureza, de amor ou de poder. Em lugar dessas relações, surgem as do direito como relações arbitrárias, da disposição da vontade alheia por meio do contrato (particular) ou da lei (geral);

3º) a relação puramente formal entre os arbítrios recíprocos, razão pela qual não se leva em conta o conteúdo da vontade ou matéria do arbítrio. Não interessa que objetivo alguém teve ao contrair um determinado contrato, se há um equilíbrio de vantagens ou desvantagens. Exige-se tão só que, no ato da vinculação, haja liberdade formal dos arbítrios no sentido de uma independência com relação ‘ao arbítrio coator de outro’, segundo um princípio de igualdade inata e natural, definida como a liberdade ‘de não ser obrigado pelos outros a fazer mais do que o a que eles reciprocamente também possam ser obrigados’”.

Salgado, porém, adverte que a concepção acima descrita traz elementos do direito geral, de modo que o direito em sentido estrito, ou seja, aquele que aparece na sociedade civil está ligado intimamente à ideia de coação: “*Esta é a nova característica que assume o “direito” ao entrar numa sociedade organizada politicamente com fundamento em um pacto social*” (SALGADO, 2012, p.193-194).

Além disso, Kant expressa que a definição do direito em sentido estrito deve trazer em si as ideias de liberdade e de igualdade, uma vez que essas são elementos constitutivos da ideia de justiça.

Por fim, não é demais destacar que, para Kant, o direito natural não se confunde com um conjunto de princípios acima do direito positivo, que lhe dão conteúdo, mas como princípios *a priori* da razão que justificam a existência do direito positivo e que lhe dão validade. Logo, Kant entende que o direito natural não está vinculado propriamente à natureza, mas à razão que por ele é definida como o poder de legislar em geral e o poder de legislar em particular/eticamente (SALGADO, 2012, 187-188).

## 1.6 CONCEITO DE DIREITO EM HABERMAS

De maneira um pouco diferente, em Habermas, o direito é pensado de uma forma mais prática, dentro de um quadro teórico marcado por pressupostos não transcendentais, e o agir comunicativo entre os poderes (principalmente legislativo e judiciário), juntamente com o consenso, são oferecidos como instâncias basilares mediante as quais a esfera jurídica tem sua legitimidade democrática.

Assim, para Habermas, o Direito é facticidade, quando se realiza aos desígnios de um legislador político e é cumprido e executado socialmente sob a ameaça de sanções fundadas no monopólio estatal da força; e, de outro giro, é validade, quando suas normas se fundam em argumentos racionais ou aceitáveis por seus destinatários.

Em geral, Habermas explica a legitimidade da legalidade, em contraponto às ideias de Max Weber e de Luhmann, no sentido de que a legalidade pode ser legitimada por uma racionalidade dotada de elevada carga valorativa moral (HABERMAS, 1992, p. 13-15).

Habermas destaca que, com o passar do tempo, a evolução da sociedade, que passou a contar com uma maior complexidade, trouxe à tona a necessidade de se cumprir as exigências de uma justiça social, por meio de redistribuições compensadoras, de atos estabilizadores de distribuição e de intervenções transformadoras.

Em sentido contrário, Weber toma por patéticos os princípios/postulados decorrentes do direito social como dignidade da pessoa humana e justiça, uma vez que esses colocariam em questão o próprio formalismo do direito, é dizer: possuem o condão de destruir a racionalidade formal, intrínseca ao direito posto por uma autoridade competente (HABERMAS, 1992, p. 16-17).

A seu turno, esse formalismo é concebido em três aspectos pelos estudiosos da mesma linha racional de Weber, de modo que, em um primeiro plano, destaca-se a reformulação sistemática de um corpo de proposições jurídicas, de maneira a ser possível sistematizar as normas válidas em uma ordem compreensível e controlável; sob outro prisma, há a forma das leis, gerais e abstratas, que possibilita, com mais facilidade, a uniformização sistêmica estrutural do direito; e, por fim, o fato de a justiça estar intimamente ligada a uma obrigação legal, permite uma aplicação metódica e segura das leis.

Todavia, essa compreensão do direito do estado liberal – que se justificava em razão do contexto, porquanto os valores de igualdade e propriedade, assim como outros então existentes, eram concebidos individualisticamente – cai por terra ao se incluírem alterações no sistema jurídico decorrentes do estado social, que compreendiam uma materialização do direito em um sentido descritivo (HABERMAS, 1992, p. 16-18).

Não obstante, Weber critica essa materialização do direito, uma vez que sua racionalidade advém das qualidades formais do direito. Além disso, Weber entende que essa materialização significa moralização do direito, o que não seria bem

visto, uma vez que a moral interna ao direito, na concepção formalista, deveria ser preconcebida por meio de uma racionalidade, em um sentido moral-neutral.

Por sua vez, a ideia de racional, para Weber, abrangeria os conceitos de (1) racionalidade de regulação, proveniente da técnica (de oração, de pintura de educação, e assim por diante), o que permitiria uma maior segurança/previsibilidade; de (2) racionalidade de escolha, orientada para fins entre valores pretendidos; e (3) de racionalidade científica, proveniente de uma linguagem científica e metódica, tida por aquela racionalidade desenvolvida por especialistas/peritos de modo a aumentar a complexidade e a especificidade de um saber educável (HABERMAS, 1992, p. 21-22).

Entretanto, Habermas ressalta que esses três conceitos de racionalidade privilegiam a segurança jurídica e que, de fato, a legalidade não pode ser legitimada tão somente por esse valor, na medida em que se opõe a outros valores, por vezes, mais importantes, como a própria participação com oportunidades iguais em decisões políticas ou na distribuição homogênea de indenizações sociais (HABERMAS, 1992, p. 24).

Para Habermas, tais colisões principiológicas devem ser resolvidas por meio de um ponto de vista moral de uma capacidade de generalização. De outro giro, ele enfatiza que a qualidade formal, que é atingida por leis gerais e abstratas, não legitima uma soberania baseada apenas na segurança jurídica, visto que não preenche determinadas “*necessidades funcionais para o prosseguimento privado-autônomo e racionalmente-orientado, para fins dos interesses de cada um*” (HABERMAS, 1992, p. 25).

Digno de nota que a formação das leis, gerais e abstratas, deve ser interpretada como racional apenas se aplicadas com base em princípios dotados de conteúdo, como o da isonomia, por exemplo, de modo a, no caso concreto, haver a correta diferenciação entre casos desiguais e a correta aplicação

dotada de segurança jurídica aos casos similares, ou seja, de modo a privilegiar a aplicação jurídica previsível e a igualdade do conteúdo jurídico.

Nesse diapasão, explica-se que a legitimidade da legalidade não pode se basear em uma racionalidade independente, instalada na forma jurídica de um modo moralmente livre.

De fato, essa legitimidade deve se basear, primeiramente, em uma relação interna entre moral e direito, premissa possível de ser observada até mesmo no formalismo de Weber, em torno da forma semântica da lei abstrata e geral, como visto anteriormente.

Outrossim, frisa-se que os discursos jurídicos não se podem movimentar em um universo fechado de regras jurídicas fixadas, notadamente em razão da estratificação do direito moderno em regras e princípios, visto que muitos desses princípios são simultaneamente de natureza jurídica e moral, como se pode perceber facilmente no direito constitucional (HABERMAS, 1992, p. 33-34).

Posto isso, Habermas prega que a racionalidade do processo democrático de construção das leis deve ser preservada, não só nos procedimentos do Poder Legislativo, mas também nos procedimentos desenvolvidos pelo Poder Judiciário e pelo Poder Executivo (HABERMAS, 1992, p. 46-47).

Em abono ao pensamento de Habermas, destaca-se o julgamento citado por Otto Bachof, em que um tribunal alemão exprimiu a convicção de que também o legislador constitucional se encontra vinculado ao direito, a cuja essência e conteúdo de sentido pertence o servir os valores éticos da dignidade humana e da justiça e, portanto, da liberdade. Expôs aquele tribunal que todo o poder do Estado, inclusive o constituinte, está de antemão limitado à ideia de direito (BACHOF, 1994, p. 26).

Assim, para que a racionalidade do procedimento se fizesse preservada em todas as instâncias, Habermas propõe uma linha alternativa de pensamentos em relação ao que ele deno-



mina de *des-formalização* do direito. Uma linha que leva em consideração o delinear da práxis judicial.

No entanto, a análise dessa linha passaria por uma questão: como a justiça (e os juízes) lidaria com um direito alheio à perspectiva formal, ou seja, com um direito que tutela circunstâncias materiais específicas? (HABERMAS, 1992, p. 48).

A resposta a essa questão pode ser dada segundo duas concepções distintas. A primeira delas é o jusnaturalismo. Como vertente que supõe uma ordem suprapositiva, o jusnaturalismo aponta a influência direta de determinados conteúdos sobre fenômenos jurídicos específicos, especialmente, sobre decisões proferidas por tribunais constitucionais quando na resolução de questões que exigem um nível de argumentação superior àquele existente no direito processual civil cotidiano.

Com efeito, esse tipo de atividade argumentativa não se satisfaz somente com preenchimento das categorias legais, uma vez que admite a modificação construtivamente situada, como acontece no direito constitucional:

“Aqui nota-se, de forma especialmente clara, que os argumentos, que tinham falado a favor do modelo de estado jurídico liberal, enfraqueceram. A barreira entre a esfera estatal, da <<realização do bem público>>, e o campo social do prosseguimento privado-autônomo, do respectivo bem individual, caiu” (HABERMAS, 1992, p. 48).

A Constituição, nessa senda, apresenta-se como campo de receptividade tanto da busca do bem público quanto da realização individual. Mas para alcançar seu objetivo – a compensação entre esses polos – é necessária uma baliza principiológica solidamente estabelecida: uma pauta de princípios legitimadores que correspondem a um ideário de justiça material.

A derivação dessa mesma justiça, num primeiro momento, é irrelevante para Habermas e poderá ser advinda do direito religioso, da ética axiológica ou do Ethos acostumado (HABERMAS, 1992, p. 50).

A segunda concepção que poderia oferecer respostas

sobre o questionamento do trato do direito alheio a um caráter formal é a perspectiva contextualista. Essa perspectiva é marcada por inserir “*procedimentos, princípios abstractos e valores concretos num só plano*” (HABERMAS, 1992, p. 51).

Essa proposta, contudo, trabalha de maneira pouco esclarecedora a dinâmica dos elementos normativos e as considerações de cunho funcional. Sua operacionalidade, portanto, fica comprometida, visto que a atuação dos tribunais constitucionais sequer se mostra dirigida por parâmetros suficientemente delimitados, de maneira que princípios e imperativos funcionais são utilizados no mesmo contexto sem qualquer critério diretivo.

Mas tal linha de argumentação expõe um processo irreversível de moralização do direito. É a tutela específica de direitos mediante a atuação estatal:

“Éticas de bens e valores distinguem, respectivamente, conteúdos de norma especiais – as suas premissas normativas são demasiado fortes como fundamentos para decisões, universalmente obrigatórias, numa sociedade marcada pelo pluralismo dos poderes da crença” (HABERMAS, 1992, p. 53).

Qualquer teoria da moral e da justiça de natureza processual, contudo, fundamenta-se no estabelecimento de um procedimento imparcial para o trato e para a análise desse conteúdo que se desenvolve nos liames de um itinerário institucionalizado específico.

Assim, para Habermas, a legitimidade da legalidade é concebida por procedimentos institucionalizados, por meio de uma fundamentação rigorosa (do legislativo) e um espaço argumentativo adequado (para a atuação do judiciário e do executivo). Nas palavras de Habermas, tem-se que:

“Um núcleo racional, num sentido moral-prático, de procedimentos jurídicos, evidencia-se, unicamente, quando se analisa o modo como se estabelece o contexto, entre o direito vigente, a interpretação da legislação e a forma processual de aplicação jurídica” (HABERMAS, 1992, P. 54-55).

Mas o autor também destaca que a compreensão da teo-

ria da justiça sob o ângulo processual foi objeto de investigações, e todas elas, apesar de suas peculiaridades, partiram da tradição kantiana. No pensamento de John Rawls, por exemplo, encontra-se uma teorização segundo um modelo contratual cuja acuidade dos resultados é derivada de seu próprio processo de realização (HABERMAS, 1992, p. 55-56).

Em Lawrence Kohlberg, por sua vez, os papéis fixados para cada ator social definiriam os deveres de cada um deles, sendo devido ao julgador, em virtude de sua atuação social, a necessidade moral de se colocar na posição daqueles que seriam afetados por seu julgamento. Na visão de Habermas, contudo, *“ambos os modelos têm, no meu entender, a desvantagem de que não satisfazem, por completo, a pretensão cognitiva de juízos morais”* (HABERMAS, 1992, p. 56).

Em princípio, a proposta habermasiana se baseia na percepção da própria argumentação moral como a via adequada à formação de uma vontade valorativamente legitimada. E isso também supõe a participação de todos os indivíduos potencialmente atingidos por essa vontade, de modo que, na coordenação dos argumentos, o mais coeso sustentaria a possibilidade de hegemonia. A legalidade, nesse contexto, portanto:

“[...] pode gerar legitimidade, unicamente, na medida em que, a ordem jurídica reage, de modo reflexivo, à necessidade de justificação, que nasce com um direito que se torna positivo, precisamente, na medida em que procedimentos jurídicos de decisão, que facultam os discursos morais, são institucionalizados. [...]” (HABERMAS, 1992, p. 57).

Logo, direito e moral não se apresentam em um esquema de sobreposição de um plano sobre outro. Apresentam-se em uma dinâmica de constante fusão e relacionamento. Isso é possível graças aos mecanismos que o direito positivo possibilita frente a uma profunda atividade argumentativa que é sucedida por uma rigorosa fundamentação por parte dos portadores do poder decisório.

Nesse relacionamento, a moralidade sustenta, portanto,

uma nítida natureza processual. E sua composição junto aos procedimentos jurídicos não leva em conta somente a atividade judicativa judicial ou administrativa, mas principalmente a atividade desenvolvida no processo legislativo.

Dessarte, tem-se que a legitimidade da legalidade está ligada a esse entrelaçamento entre os procedimentos jurídicos e uma argumentação moral que deve obedecer à sua própria racionalidade de procedimento. Eis, pois, a dinâmica do direito e da moral para Habermas.

Nesse espeque, pode-se concluir que Habermas propõe uma releitura do transcendentalismo de Kant ao dispor que:

“No facto de que a ideia transcendente do estado jurídico, à qual pretendo dar uma leitura discurso-teórica, não é efusiva mas que nasce, propriamente, das bases da realidade jurídica observa-se, por fim, que a autonomia do sistema jurídico é medida, exclusivamente, nesta ideia” (HABERMAS, 1992, p. 120).

Isto é: em Habermas, seu afastamento de Kant se dá, sobretudo, na opção por aquilo que HONNETH intitula “procedimento historicamente situado”:

“Assim entendo a intuição fundamental de Jürgen Habermas em sua teoria da justiça desenvolvida em facticidade e validade, a qual concebe os princípios do Estado de direito moderno como condições institucionalizadas de possibilidade de auto-legislação pública” (HONNETH, 2013, p. 14).

*Ex positis*, não obstante essa disparidade e consoante se exporá no tópico a seguir, este trabalho conceituará o direito por meio de uma disposição pretendida por consensual entre os filósofos Habermas e Kant.

## 2 CONCEITO DE DIREITO – O CORTE METODOLÓGICO

Como visto nos tópicos anteriores, apesar de haver uma aceitação de um direito natural, tanto em Habermas, quanto em Kant, as premissas de que os autores partem são diferentes.

Percebe-se, nessa senda, que, diante dos posicionamen-

tos de ambos os autores, o conceito de direito em Kant é realizado por uma perspectiva mais teórica, de modo que a análise é feita com base em conceitos e premissas abstratos (razão prática e liberdade - SALGADO, 2012, p. 188); ao passo que, em Habermas, a conceituação do direito é mais voltada à práxis dos três poderes, sem abandonar a moral e o direito natural, mas, a todo tempo, na busca por legitimar o direito por meio de um agir argumentativo que se expressa nos próprios atos do legislativo, do executivo e do judiciário.

É dizer: enquanto Kant admite um imperativo categórico independente do direito positivo, de modo que o direito tenha como base imprescindível o pressuposto moral da liberdade, ou seja, há uma admissão do direito natural como legitimador do direito positivo de maneira transcendental; Habermas entende que a moral e o direito posto dialogam, no mesmo plano, a fim de legitimar o direito, ou seja, um não se sobrepõe ao outro, um não legitima o outro separadamente, logo, é a relação direito-moral, num mesmo plano, que dá a legitimação do direito, por meio de um agir comunicativo.

Enfim, pode-se concluir que o direito kantiano – ao se fundamentar no pressuposto moral da liberdade – ganha em validade *a priori*, entretanto, é deficitário no que diz respeito à ausência de legitimidade discursiva (déficit intersubjetivo).

Já o direito habermasiano ganha em sua legitimidade intersubjetiva e democrática, mas é deficitário no que diz respeito à sua validade universal (déficit normativo *a priori*), já que sua pretensa universalidade é remetida ao consenso vinculado a uma comunidade ideal de comunicação em que todos são chamados a argumentar, mas que, na prática, seu funcionamento é ameaçado por estruturas corruptivas, pelo poder, e, entre outras contingências, pela exclusão daqueles a quem não foram possibilitados os meios de desenvolver suas capacidades e habilidades para exercer sua racionalidade comunicativa de um modo minimamente razoável.

Nessa esteira, este trabalho ousa traçar as duas teorias como premissas epistemológicas do direito, ao mesclá-las de uma maneira singelamente repaginada. Essa adoção visa a defender, em um primeiro momento de enfrentamento (firmando-se, assim, uma base meramente teórica), que o direito natural/supralegal deve ser compreendido como um conjunto de princípios *a priori* que justificam a existência do direito positivo – como fazem Kant (SALGADO, 187-188) e Bachof (1994) –, sempre por meio da racionalidade prática e do princípio universal da liberdade (formal).

Ao mesmo tempo, sob uma segunda perspectiva (neste ponto, já com a intenção de partir para a aplicação prática deste novo conceito), defende-se que, para que essa relação seja demonstrada/reafirmada/efetivada/justificada na prática, há de haver a legitimação do direito positivo pelo direito natural/moral, de modo que ambos, direito e moral, figurem no mesmo plano, desta vez, por meio de uma argumentação legislativa, com brechas de argumentação para o agir do judiciário e do executivo (como defende Habermas).

Assim, Direito Natural seria conceituado como um gênero de que decorrem, como espécies, (1) o direito supralegal que dá fundamento de validade ao direito posto e (2) a moral internalizável a esse direito positivo por meio do agir comunicativo.

Fixadas essas premissas, conceitua-se o direito como: o conjunto de normas jurídicas válidas num determinado intervalo de tempo e sobre específico espaço territorial, inter-relacionadas sintática e semanticamente, segundo um princípio unificador que as imbrica com o direito natural universalmente encontrado por meio de uma racionalidade prática, seja ao serem validadas por este, seja ao serem aplicadas por meio de um agir comunicativo entre si e esse direito natural, num mesmo plano, mas sempre com vista à pacificação social por meio da concretização da justiça.

No mesmo sentido: “*A distinção entre Moral e Direito, com a qual iniciamos, visa deixar clara a complementação e não subordinação entre os dois âmbitos, embora seja válido que o Direito não possa contradizer a Moral*” (LUCCHI, 2005, p.121).

Em outras palavras, o “meio-termo” aqui visado também pode ser bem compreendido por meio da conceituação de direito feita por Miguel Reale (REALE, 1994), no sentido de que o direito é a ordenação ética coercível, heterônoma e bilateral atributiva das relações sociais, na medida do bem comum. Essa definição, portanto, apresenta a soma das *características gerais e distintivas* das normas éticas.

É dizer: por o direito ser um conjunto de normas éticas que compartilham de determinadas *características gerais* (encontradas no direito natural), elas são imperativas (impõem uma conduta; regem-se pelo princípio da imputação – “dever ser”), violáveis (a conduta pode ser respeitada ou não) e contrafáticas (ainda que sejam desrespeitadas, as normas éticas não perdem seu valor).

Não se perca de vista, ainda, que o direito possui todas as *características distintivas* das normas éticas, na medida em que é coercível, ou seja, busca minimizar o índice de violabilidade mediante ameaças de recurso à força (assim também em Kant, como dito anteriormente); é heterônomo, haja vista que as normas jurídicas são elaboradas pelo Estado, baseadas nas normas supraleais (Kant e Bachof) e por meio de um agir comunicativo (Habermas), e devem ser cumpridas independentemente da aceitação íntima do destinatário (razão prática de Kant: aqui, prevalece a racionalidade dos arbítrios – igualdade – em detrimento da vontade).

No mesmo sentido, o direito também é axiologicamente bilateral, visto que busca concretizar valores que não estão reduzidos a uma das partes da relação fática, e sim valores que levam ao bem comum (direito supraleal e racionalidade práti-

ca); e é atributivo, porquanto, por vezes, atribui poderes, direitos e deveres aos destinatários das normas jurídicas.

Ainda assim, como o que se espera deste trabalho é coerência e consenso, nota-se claramente a vaguidade dos termos “justiça”, “direito natural” e “normas jurídicas” constantes deste conceito que ora se adota. Portanto, nos tópicos subsequentes, conceituar-se-ão esses vocábulos, notadamente para se evitar ambiguidades e/ou vaguidades futuras.

### 3 CONCEITO DE JUSTIÇA

Sabe-se que a teoria da justiça é tão discutível quanto a conceituação de direito, de modo que uma unanimidade com relação a esse conceito é de difícil ocorrência. No entanto, para não perder a coerência tão reforçada como intenção deste artigo, buscar-se-á conceituar justiça em Kant e em Habermas.

Nesse sentido, registra-se que, para compreender o conceito de justiça em Kant, inicialmente, são necessários alguns apontamentos em relação ao Estado. Com efeito, Kant entende que o Estado, em si mesmo, pode existir independentemente de quem sejam as pessoas que a ele se integram, ou seja, é despidendo que alguém seja moralmente bom.

Contudo, Kant não abandona a ideia de que o Estado possui um fim ético, porque é o guardião do direito, cujos princípios *a priori* são fornecidos pela razão prática como princípios de direito natural.

Assim, um Estado que sirva a seres maus só pode ser compreendido em seu caráter instrumental, mas, por outro lado, um direito injusto ou totalmente aético é inadmissível, uma vez que o legislador “*está vinculado à ideia do contrato originário e ao princípio da liberdade*” (SALGADO, 2012, p. 186).

Kant entende que as normas produzidas pelo legislador somente possuirão validade, quando tiverem por pressuposto uma “possível aprovação dos cidadãos”, de modo que os deve-



res por eles criados possam ser aceitos, não só pela sanção que impõe seu cumprimento, mas também e principalmente, pelo reconhecimento da razão (SALGADO, 2012, p. 186).

Nessa toada, para Kant, justo é o que está conforme os princípios *a priori* da razão juridicamente prática, de modo que o critério de justo e injusto não poderia ser encontrado de forma empírica.

Assim: “*Sobre os princípios a priori da razão deve fundar-se todo o edifício da ordem jurídica positiva e, por consequência, da ordem política que para nada mais existe senão para ser guardiã do direito*” (SALGADO, 2012, p. 191).

Já para Habermas, é nas questões morais que surge o ponto de vista normativo sob o qual se examina a possibilidade de regular a convivência no interesse simétrico de todos.

Dessarte, uma norma só é justa quando todos podem querer que ela seja seguida por qualquer pessoa em situações semelhantes. Mandamentos morais têm a forma semântica de imperativos categóricos ou incondicionais, logo, o “dever” significa, aqui, que a prática correspondente é justa.

Habermas destaca que apenas uma máxima capaz de universalização a partir da perspectiva de todos os envolvidos vale como uma norma que pode encontrar assentimento universal e, nessa medida, merece reconhecimento, ou seja, é moralmente impositiva (HABERMAS, 1992).

Em síntese, Kant entende que a justiça é traçada por princípios *a priori* da razão juridicamente prática, cuja aprovação pelos cidadãos seja possível; e, por outro lado, Habermas se fixa à ideia de que a justiça só pode ser concebida por meio da efetiva participação/anuência de todos os envolvidos.

Posto isso, ao se considerar o que foi escrito no item pretérito com relação à validade universal pretendida por Habermas, especialmente no que se refere ao consenso vinculado a uma comunidade ideal de comunicação em que todos são chamados a argumentar, mas que, na prática, essa efetivação cuja

possibilidade de ocorrência se afigura pouco ou nada provável, tem-se por bem adotar, em princípio, a teoria da justiça proposta por Kant.

#### 4 ORDENAMENTO JURÍDICO, CONSTITUIÇÃO E NORMAS JURÍDICAS – DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO NATURAL

Primeiramente, adotar-se-á neste trabalho o conceito de normas jurídicas descrito por Humberto Ávila (ÁVILA, 2015, p.50), no sentido de que:

“normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto de interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte”.

Para Ávila, as normas são construídas pelo intérprete, a partir dos enunciados (textos de lei ou situações fáticas postas), por meio de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem (ÁVILA, 2015, p. 91).

Em complemento, cumpre destacar que as normas regulam as condutas humanas que interessam ao direito, por meio de uma força coercitiva ínsita ao próprio sistema jurídico. Conforme Pontes de Miranda, as normas jurídicas possuem em sua estrutura lógica duas proposições: a antecedente, consubstanciada no *suporte fático*, ou seja, descreve os fatos relevantes para o direito; e a consequente, denominada por ele de preceito, em que haveria a disposição sobre os efeitos jurídicos que decorreriam dos fatos levados a juízo (MIRANDA, 1999).

Esse antecedente e esse consequente se interligam por meio de um conectivo “dever-ser” em uma proposição lógica “se, então”, de modo que *se* ocorre o antecedente, *então, deve-ser* o consequente.

Ordenamento jurídico, por sua vez, em que pese não se adotar o conceito de direito proposto pelo autor, pode ser conceituado por meio da visão de Norberto Bobbio, segundo o qual as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si e a esse contexto de normas é o que se entende por ordenamento jurídico (BOBBIO, 2011).

Outrossim, Bobbio explicita que o ordenamento jurídico é composto de um complexo de normas, o que justifica seu argumento de que as normas não existem isoladamente, mas são ligadas umas às outras formando um sistema normativo (BOBBIO, 2008, p. 37).

Além disso, o renomado autor também traz a concepção de ordenamento jurídico como um sistema e apresenta as características essenciais perseguidas por esse ordenamento – unidade e coerência (BOBBIO, 2011, p. 79-82).

Nesse aspecto, por se tratar de um sistema composto de normas que coexistem em um contexto e para que haja a unidade e a coerência perseguidas pelo ordenamento, esse precisa de um fundamento de validade, uma norma maior de que todas tiram validade, que, neste artigo, para efeitos de corte metodológico, é reconhecida como a Constituição, como conceituada por Otto Bachof.

Assim, explicita-se que o conceito de Constituição, para BACHOF:

“Como aqui nos temos de ocupar apenas com a constitucionalidade de normas jurídicas, podemos deixar de lado os significados atribuídos à palavra em que se entende por «Constituição» algo diferente de um sistema de normas jurídicas: pois, na verdade, uma norma só pode ser medida por normas, não por uma situação ou um processo evolutivo.

Dentro do conceito de Constituição assim delimitado, importa, porém, distinguir ainda entre a Constituição escrita ou constituição em sentido formal e a Constituição em sentido material.

Nos termos desta distinção, Constituição em sentido formal

será uma lei formal qualificada essencialmente através de características formais – particularidades do processo de formação e da designação, maior dificuldade de alteração – ou também uma pluralidade de tais leis: corresponderá, portanto, ao conteúdo global, muitas vezes mais ou menos acidental, das disposições escritas da Constituição.

Por Constituição em sentido material entende-se em geral o conjunto de normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as instituições fundamentais do Estado e sobre a posição do cidadão no Estado. Se se quiser delimitar o conceito não objectiva mas funcionalmente, então a Constituição em sentido material será «o sistema daquelas normas que representam componentes essenciais da tentativa jurídico-positiva de realização da tarefa posta ao povo de um Estado de edificar o seu ordenamento integrador». (...)

Também pode haver direito constitucional material fora do documento constitucional; inversamente, nem todas as normas constitucionais formais são direito constitucional material com função integradora: antes numerosas normas constitucionais formais devem a sua recepção na «Constituição» a simples considerações táticas, nomeadamente à intenção dos grupos políticos que foram determinantes do documento constitucional de subtraírem essas normas à possibilidade de alteração por uma futura maioria parlamentar. A diversidade de grau de normas constitucionais formais, daqui resultante, traduz-se, como SMEND exactamente sublinhou, numa questão de direito”. (BACHOF, 1994, p. 38-40)

Sobre a relação da Constituição com o direito supralegal (natural, para efeitos deste trabalho), o autor explica que:

“A validade (Geltung) de uma Constituição compreende a sua legitimidade em ambos os aspectos: a positividade, no sentido da sua «existência como plano e expressão de um poder efectivo», e a obrigatoriedade, no sentido da vinculação jurídica dos destinatários das normas ao que é ordenado.

Esta obrigatoriedade só existirá, em primeiro lugar, se e na medida em que o legislador tome em conta os «princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica» e, nomeadamente, se deixe guiar pela aspiração à justiça e evite regulamentações arbitrárias. Mas, além disso, só existira ainda (...) se o legislador atender aos mandamentos cardeais da lei mo-

ral, possivelmente diferente segundo o tempo e o lugar, reconhecida pela comunidade jurídica, ou, pelo menos, não os renegear conscientemente. Embora o direito seja apenas, nas conhecidas palavras de GEORG JELLINEK, um «mínimo ético», a verdade é que não deixa nunca de ser justamente um mínimo ético, pois de outro modo também não será direito. O direito natural que for além deste mínimo pode, no entanto, ter significado como princípio regulativo para o legislador ou como princípio interpretativo, nos casos duvidosos não regulados por aquele inequivocamente: não será, por enquanto, mais do que isso” (BACHOF, 1994, p. 42-43).

Conforme se extrai das conceituações transcritas acima, tem-se que Constituição é o fundamento de validade do sistema jurídico e que ela não se corporifica somente no texto escrito (formalmente), mas também é composta de uma parte material que se pode descrever por meio do agir comunicativo de Habermas (Direito Natural-Moral) e cuja validade está amparada no Direito Natural-Supralegal, de Kant e Bachof.

Posto isso, passa-se a tecer considerações sobre qual seria esse mínimo ético a que faz menção BACHOF em relação ao direito supralegal que compõe a Constituição, notadamente com vista a objetivar os conceitos de Direito Natural-Supralegal e de Direito Natural-Moral empregados neste trabalho.

Destaca-se, nesse sentido, que:

“Nenhum sério defensor do direito supralegal pretenderá afirmar que todos os postulados que a razão, a natureza, a religião ou lei moral ditam à ordem jurídica sejam direito vigente, só porque são postulados com essa natureza. (...) O direito supralegal assim delimitado é uma ordem objectiva. (...) é uma conclusão fundamentalmente errada pensar que «a doutrina do direito natural» e a sujeição do juiz à consciência – ao lado ou até mesmo acima do direito objectivo – sejam uma e a mesma coisa” (BACHOF, 1994, p. 43-44).

E ainda:

“(...) o direito supralegal – o «direito natural», não no sentido de princípios regulativos, mas no de normas de conduta imediatamente jurídico-vinculativas – é só aquele mínimo sem o

qual uma ordem já não mereceria a qualificação de ordem jurídica” (BACHOF, 1994, p. 80).

Com efeito, com o escopo de identificar/objetivar o mínimo ético do direito natural, ou seja, a fim de delimitar o conceito de direito natural que aqui se utiliza na conceituação do direito, frisam-se, mais uma vez, as três fórmulas do imperativo categórico de Kant (“Age apenas segundo a máxima, em virtude da qual possas querer ao mesmo tempo que ela se torne lei universal” – SALGADO, 2012, p. 140):

a) a fórmula da equiparação da máxima à universalidade da lei da natureza: ‘Age de tal modo que a máxima da tua ação, através da sua vontade, se devesse tornar em lei universal da natureza’.

b) a da humanidade ou da consideração da pessoa como fim em si mesma: ‘Age de tal modo que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e ao mesmo tempo, como fim e nunca como meio simplesmente’.

c) a da autonomia ou da liberdade positiva no reino dos fins: ‘Age de tal forma que a tua vontade, através de suas máximas, se possa considerar ao mesmo tempo como legisladora universal’” (SALGADO, 2012, p. 140).

Isso porque, para a limitação aqui pretendida, parte-se da premissa de que deve ser exprimida, como mínimo ético, a ideia de liberdade formal que, para estes autores, exprime-se em toda a dignidade do homem como ser racional, em distinção ao mundo dos objetos. O homem não pode ser usado, mas sempre está no centro com dignidade intocável.

Logo, de todas as compreensões de direito natural encontráveis na doutrina, a que interessa a este artigo é justamente aquela referente ao conjunto de normas morais pertinentes aos direitos fundamentais provenientes da aplicação das fórmulas do imperativo categórico de Kant, em específico, aos direitos humanos.

Mais uma vez, apresenta-se o problema terminológico: direitos fundamentais e direitos humanos se equivalem?

Para responder a esse questionamento, toma-se emprestada a doutrina do ilustre Professor Dr. Ingo Wolfgang Sarlet,

no sentido de que os direitos fundamentais, segundo a maior parte da moderna doutrina constitucional, são aqueles reconhecidos e vinculados à esfera do Direito Constitucional de determinado Estado, ao passo que os direitos humanos estão firmados pelas posições jurídicas de âmbito internacional que se reconhecem ao ser humano, independentemente de sua vinculação com determinada ordem Constitucional (SARLET, 2009, p. 30-31).

Pede-se, vênha, apenas para não utilizar o termo internacional e, em vez dele, usar a palavra universal, utilizada por Kant, já que o que se busca neste trabalho é a coerência.

No mais, não é demais destacar que, também em respeito à coerência, é nos direitos humanos que se encontrará a delimitação necessária ao direito natural utilizado na conceituação do Direito no tópico 1.5.

Nesse espeque, tem-se que, para conceituar direitos humanos, deve-se, em primeiro plano, conceituar dignidade humana que, para Kant, estaria prevista na segunda fórmula do imperativo categórico: *"Age de tal modo que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e ao mesmo tempo, como fim e nunca como meio simplesmente"* (SALGADO, 2012, p. 140).

Diante desse imperativo, percebe-se que todo homem, ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo, mas intrínseco, ou seja, a dignidade, que consiste no fato de ele não obedecer a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo, observada a liberdade formal do arbítrio referida por Kant e o agir comunicativo de Habermas, já descritos em tópicos anteriores.

Feitas essas considerações e para se efetivar essa segunda fórmula do imperativo categórico, traz-se a concepção de CANOTILHO sobre direitos humanos que, segundo o renomado jurista português, trata-se de direitos universais e atemporais que advêm da própria natureza humana e, portanto,

irrenunciáveis:

"... direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista): direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos humanos arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, atemporal e universal: os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta" (CANOTILHO, 2002, p. 369).

Ante o exposto, com a finalidade de emprestar objetividade ao conceito, elencam-se, conforme destaca o não menos ilustre Professor Dr. José Pedro Luchi, os direitos humanos que, necessariamente, devem constituir o mínimo ético de toda Constituição (formal e/ou material):

“Aplicando-se o Princípio do Discurso – que dá o critério de legitimidade das normas de ação – ao direito as mesmas liberdades subjetivas de ação, que estabiliza expectativas sociais, introduzem-se então:

(1) ‘Direitos fundamentais que resultam da estruturação politicamente autônoma do Direito segundo a maior medida possível das mesmas liberdades subjetivas de ação’.

A Forma do Direito apenas não garante tal categoria de Direitos porque ela estrutura os Direitos como subjetivos mas não exigem por si mesma que sejam os *mesmos* direitos para todos. (...) para a completa institucionalização do código faltam ainda dois aspectos a serem sedimentados: a definição da comunidade jurídica no interior da qual ela encontra aplicação e a reclamabilidade no caso de infração. (...)

(2) ‘Direitos fundamentais que resultam da estruturação politicamente autônoma do estatus de um membro em uma livre associação de parceiros do Direito’. (...)

(3) ‘Direitos fundamentais, que resultam imediatamente da reclamabilidade de Direitos e da estruturação politicamente autônoma da proteção individual do Direito’ (LUCHI, 2005, p. 131-132).

Em outras palavras, para dar efetividade à moral, além dos imperativos categóricos descritos alhures, ainda há a necessidade de que o direito positivo seja calcado por (1) direitos



humanos fundamentais resultantes de uma estrutura politicamente autônoma (mas não independente) que propicie o desenvolvimento da maior quantidade possível das liberdades subjetivas de ação (vida, igualdade, liberdade, entre outros) e, ao mesmo tempo, que (2) trace os limites a respeito de a quem se dirigirá diretamente essa estrutura, com a inclusão e a exclusão de direitos e deveres dos legitimados e não legitimados (membros e não membros, pertencentes e estrangeiros), e, ainda, que (3) preveja meios de se reclamar (amplo acesso à justiça, devido processo legal, criação de tribunais, *et cetera*), caso (1) e (2) sejam desrespeitados.

Entretanto, ainda há que se destacar que, além dessas características, Luchi complementa:

“Os Direitos fundamentais de (1) e (2) garantiam a autonomia privada de sujeitos de Direito que se reconheciam mutuamente como membros de uma comunidade de parceiros jurídicos e então de endereçados das leis. Na passagem que agora fazemos, os sujeitos do Direito assumem um papel de autores do Direito e daí resultam

(4) ‘Direitos fundamentais à participação igualitária em processos de formação da opinião e da vontade nos quais os cidadãos exercem sua autonomia política e através dos quais eles colocam um Direito legítimo’

‘Os Direitos políticos fundamentam o estatus de cidadãos livres e iguais (...) Cidadãos livres podem mudar a interpretação e a configuração de sua autonomia privada e pública. A partir desse objetivo estão implicados

(5) Direitos fundamentais à asseguaração de condições de vida que são garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que são necessárias para um gozo equitativo dos Direitos civis mencionados de (1) a (4) sob condições dadas” (LUCHI, 2005, p.134).

Logo, tanto os direitos elencados de (1) a (3), quanto os direitos políticos (4) deverão ser absolutamente fundamentados, especialmente em observância aos imperativos categóricos de Kant e ao agir comunicativo.

Por outro lado, os direitos sociais (5) deverão ser relativamente fundamentados, dadas as condições e as disponibili-

dades concretas – reserva do possível (LUCCHI, 2005, p. 134).

Posto isso, passa-se à análise da aplicação prática dessas premissas epistemológicas aos ordenamentos jurídicos vigentes (segundo capítulo), em especial, ao brasileiro (terceiro capítulo).

## 5 NOTAS CONCLUSIVAS

Estabelecidas as premissas epistemológicas a respeito do direito como linguagem, do giro linguístico, do conhecimento científico e dos conceitos supramencionados de verdade, direito e justiça, compreende-se o direito, afinal, como o conjunto de normas jurídicas válidas em determinados tempo e lugar, relacionadas sintática e semanticamente entre si, consoante um princípio aglutinador que as une com o direito natural universalmente identificado por meio de uma racionalidade prática, sendo validadas pelo direito natural ou pelo agir comunicativo, sempre em um mesmo plano e com o escopo de pacificação social pela concretização da justiça.

Nessa esteira, a junção das noções de direito apresentadas por Kant e Habermas é explicitada pelo entendimento de que o direito possui as *características distintivas* das normas éticas, por ser coercitivo, ou seja, buscar reduzir a própria violabilidade mediante ameaças de recurso à força (Kant); e é heterônomo, haja vista que as normas jurídicas são produzidas pelo Estado, baseadas nas normas supralegais – direito natural – (Kant e Bachof) e por meio de um agir comunicativo (Habermas), devendo ser cumpridas independentemente da aceitação íntima do destinatário (razão prática de Kant).



## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 9ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.
- BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais? Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Ed. Livraria Almedina: Portugal, 1994.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Edipro, 2011.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- COELHO, André, *Filosofia Moral: Ética e Moral*, 2007, in <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2007/11/filosofia-moral-tica-e-moral.html>, visitado em 03/12/2015.
- \_\_\_\_\_, *Filosofia Moral: Ética e Moral*, 2010, in <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2007/11/filosofia-moral-tica-e-moral.html>, visitado em 03/12/2015.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. São Paulo. Instituto Piaget. 1992.
- HONNETH, Axel. *El entramado de la justicia: sobre los límites del procedimentalismo*. In: PEREIRA, Gustavo (Org.). *Perspectivas críticas de justiça social*. Porto Alegre: Evangraf, 2013.
- LUCHI, José Pedro. *Linguagem e Sociedade*. Vitória: EDUCES, 2005.
- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 1ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. Campinas. Bookseller, 1999, tomo I.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. rev. e

aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

*Variações sobre Ética e Moral.*

<http://www.miguelreale.com.br/artigos/veticam.htm>, visitado em 29/11/2015.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. 3ª Edição. Belo Horizonte. Del Rey, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.