

O QUE É O DIREITO? DE CONCEITOS VARIADOS À LEGITIMAÇÃO PELO CONSENSO

What is the law? From miscellaneous concepts to the legitimation by consensus.

Edimar Carmo da SILVA¹

RESUMO

O conceito de Direito pode mudar conforme o grau de maturidade de um povo e de sua comunidade científica. A história e suas intercorrências em muito determinam acerca do significado do direito, notadamente quanto a sua legitimidade. A modernidade em muito repercutiu em variadas áreas do conhecimento, inclusive no conceito do direito, passando do direito absoluto para o direito posto e relativizado. Também o critério legitimador do direito teve significativa expressão, vez que o direito mais se legitima se elaborado por quem dele se valerá na regência das relações sociais, seja abstratamente considerada, seja no caso concreto, daí a relevância da teoria da ação comunicativa habermasiana, vez que se apoia na ideia do diálogo e do consenso entre os envolvidos.

PALAVRAS-CHAVE. Direito. Conceito. Legitimação. Consenso.

ABSTRACT

The concept of Law can change according to the degree of maturity of a people and its scientific community. The history and its interurrences largely determine the meaning of law, notably as to its legitimacy. Modernity has greatly impacted on several areas of knowledge, including the concept of law, moving from absolute law to placed and relativized law. Also the legitimizing criterion of law had a significant expression, since the law is more legitimized if elaborated by those who will make use of it in the regency of social relations, either abstractly considered or in concrete cases, hence the relevance of the Habermasian communicative action theory which is based on the idea of dialogue and consensus among those involved.

KEYWORDS. Law. Concept. Legitimation. Consensus.

1. INTRODUÇÃO

As reflexões primeiras que conduziram ao presente escrito eclodiram durante a aula na disciplina Problemas Jurídicos Contemporâneos, do curso de doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Buenos Aires. Naquele verão de 2014, os assistentes constataram situações concretas que, nada obstante a evidente ofensa a bem jurídico (vidas humanas), o Direito não atuou em sua proteção. Assim foi concluído após a análise de fatos retratados no filme *Katyn*². *Katyn*, certamente, foi

¹ Aluno regular do programa de doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Buenos Aires (UBA-ARG). Mestre em ciências criminais (PUC-RS). Promotor de justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). E-mail: ecdse@hotmail.com.

² Produção cinematográfica polonesa, de 2007, dirigido por Andrzej Wajda. Trata do massacre de 20 mil oficiais poloneses, além de

visto por um número indeterminado de pessoas mundo afora, vez que amplamente difundido pelos mais diversos canais de informação, inclusive na internet. Nele, pode-se perceber e concluir que os fatos lá retratados dizem respeito a uma das maiores atrocidades perpetradas por pessoas, contra pessoas. Apesar da fundada suspeita da ocorrência de um verdadeiro atentado contra a humanidade – para não dizer atos de lesa humanidade – não houve a intervenção do Direito penal ou internacional para a tutela de milhares de vidas humanas.

No contexto dessas aulas é que veio à discussão acerca do conceito de Direito: o que é o Direito? Desse primeiro questionamento emergiram outros, tais como: O Direito é resultado de fatores naturais, nato ao homem? O Direito possui caráter universal ou decorre da cultura de cada povo?

Antes de perquirir um conceito minimamente adequado acerca do Direito, afigura-se cabível ter presente o seu significado.

Para tanto, considerando a origem latina desse termo, optou-se por fazer uma breve incursão no Direito Romano. Nessa direção, oportunas são as lições de Rabinovich-Berkman. Com efeito, cabe registrar a lúcida advertência no sentido de que: “[...] al traducir un término de una lengua viva a otra, debe siempre tenerse un enorme cuidado, porque las palabras se gestan en ambientes sociales y culturales concretos, en el contexto de terminadas cosmovisiones, y llevan en sí la impronta de tales invernaderos [...]”³.

Ainda conforme Rabinovich-Berkman, a palavra “derecho” é um substantivo originado de outro: “directum”. Desse último pode ter surgido outro: “directum”. Por sua vez, a palavra “derecho”, como nome comum, derivou de substantivo do latim vulgar, assim considerada em vista da miscigenação do latim com os elementos linguísticos extraídos de povos incorporados ao Império Romano. Em outro ponto, o mesmo professor⁴ indica que no latim clássico, vale dizer, sem a influência idiomática de outros povos, era corrente o particípio “dirigo”, do verbo dirigir, assim aferido no florescimento da ciência jurídica.

Para Rabinovich-Berkman, o adjetivo “directus” tinha o significado de “directo, derecho, en línea recta, recto, severo, rígido”⁵. Ademais, o latim originário designava o direito como “ius” – iuris –, cuja sobrevivência se verifica nas palavras “justicia”, “jurisprudencia” e “jurisdicción”. Daí fica por demais difícil estabelecer, com razoável

professores universitários, muitos dos corpos localizados em valas comuns na floresta de Katyn, em 1940, quando a Polônia foi invadida por tropas Nazistas e Soviéticas.

3 RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Derecho Romano. Prólogo de Abelardo Lavaggi*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001, p. 125-126.

4 RABINOVICH-BERKMAN, *op. cit.*, p. 118.

5 RABINOVICH-BERKMAN, *loc. cit.*, p. 118.

precisão, o porquê do abandono ou a substituição da palavra “ius” por “derecho”⁶. Ademais, em outras línguas preponderou a suplantação de “ius” por “derecho”, tal como ocorreu na península Ibérica, todas oriundas do latim vulgar. Assim, para galaico-portuguesas: direito; para o castellano e línguas catalano-aragonesas: dret; em França: droit; em Itália: diritto; para os Balcanes: dracht, todas elas derivadas de um “sustantivo misterioso”⁷.

Estabelecer a etimologia com razoável precisão acerca da palavra direito não é, portanto, a mais fácil das tarefas. Buscar o significado da palavra direito, com apoio no Direito Romano, serve apenas de introyto para saber um conceito razoavelmente preciso acerca do Direito. Cumpre avançar por outros caminhos.

2. O CONCEITO DE DIREITO NA HISTÓRIA

Certamente, é difícil elaborar uma resposta condizente acerca do que é o Direito, sem antes tecer algumas considerações históricas. Não menos certo é admitir que qualquer tentativa de esclarecer à exaustão o que seja o Direito, por menos ampla que seja, sofrerá as limitações de quem se proponha a esse desafio. Assim, propor-se a esse desafio exige uma razoável dose de humildade.

Cotidianamente se põe a ler, a escrever e a falar sobre o Direito. Conduto, questão diversa é explicitar o seu conceito sem perquirição ao contexto histórico.

Sem embargo, a sequência adotada no presente texto não significa, necessariamente, uma rigorosa ordem cronológica, mesmo quando se reporta a um e a outro autor. Também em relação aos autores escolhidos, essa escolha ocorreu sem maiores rigores, nada obstante tantos outros de igual quilate.

É frequente, no estudo do Direito, notadamente nas aulas da graduação, deparar-se com assertivas acerca do conceito do Direito, as quais conterà, por certo, uma dose de autoridade por quem as enuncia. Ocorre que os conceitos não são estanques. Tendem a mudar de acordo com o grau de consciência acerca do mundo, do estágio de desenvolvimento e de maturidade por quem conhecido e vivido, especialmente pela comunidade científica. Não por outra razão Karl Engisch, admitindo o seu caráter mutante, expressa que “O Direito tem as suas épocas”⁸.

Nesse sentido, desde a graduação é corrente o uso de expressões como Direito Objetivo e Direito Subjetivo, evidenciando um duplo significado acerca do “Direito”. Segundo Ihering, no sentido objetivo o Direito “é o conjunto de princípios jurídicos aplicados pelo Estado à ordem legal da vida”. Para esse autor, no sentido subjetivo o

6 RABINOVICH-BERKMAN, *loc. cit.*, p. 119

7 *Ibidem*.

8 ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 16.

Direito “é a transfusão da regra abstrata no direito concreto da pessoa interessada”⁹.

Verifica-se que Ihering, com os conceitos de Direito objetivo e Direito subjetivo, distingue o direito positivo (legislado) com o direito tutelado juridicamente. Esse último, decorrente de uma situação concreta e de natureza procedimental.

Não muito diferente está Karl Engisch, ao pontuar que o Direito objetivo “é a ordem jurídica, o conjunto das normas ou regras jurídicas”. Acrescenta que esse conjunto de normas ou regras jurídicas é concebido como imperativo; exprime a vontade da comunidade jurídica, do Estado/ legislador; possui “força obrigatória¹⁰”. Conclui Karl Engisch que a compreensão do Direito como Direito subjetivo significa dizer que “é o poder ou legitimação conferida pelo Direito (*Berechtigung*)”¹¹.

Parece certo que as primeiras impressões acerca do Direito dizem respeito a situações formais, as quais são mais aceitas por força da incipiência de quem principia no estudo desse ramo das ciências sociais aplicadas.

As primeiras impressões de Carnelutti acerca do conceito de Direito vão se debilitando gradativamente. Nessa gradação, parece difícil dizer o que seja o Direito sem alguma comparação. Carnelutti sugere que o Direito se confunde com o Estado, mas indaga: o que é o Estado? O Estado poderia ser o Estado de Direito. Diria ainda que o Direito seria o ordenamento jurídico, mas o próprio mestre responde que o Direito não pode ser o ordenamento, mas sim o que ordena, o que possui a força¹².

Essas posições clássicas remetem à distinção entre o Direito objetivo, colocado em abstrato; e o Direito aplicado, no caso concreto. O primeiro (Direito objetivo) são as normas produzidas abstratamente pelo legislador competente. O segundo (Direito subjetivo) é o Direito buscado em juízo, do Direito pretendido e aplicado no caso concreto por meio do processo. Aliás, esse último, inclusive, remete à célebre expressão de Carnelutti no sentido de conceber o Direito como o interesse juridicamente tutelado.

Muitas dessas compreensões acerca do que seja o Direito, possivelmente devido à época em que compreendido, possuem um quê de vontade humana nutrida por questões sobre-humanas, metafísicas, divinas, ou do direito natural.

Sem embargo, em especial a partir de Kelsen, notadamente após a Teoria Pura do Direito, foi estabelecida uma compreensão do Direito como algo mundano, feito por pessoas e para pessoas. Essa obra de Kelsen almejou, ademais, especificar o Direito, distinguindo-o de outras ciências sociais pela norma cuja existência no mundo se situa no plano do *dever ser*. Vale dizer, por exemplo, que quando a Sociologia tem por objeto de

9 IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. 9 ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991, p. 03.

10 ENGISCH, loc. cit., p. 38-41.

11 ENGISCH, *Ibidem*.

12 CARNELUTTI, Francesco. *Arte do Direito*. Campinas: Edicamp, 2003, p. 15-27.

estudo e pesquisa os fatos sociais, essa ciência social compreende tais fatos na perspectiva do mundo do ser. Em regra, a valoração que se faz se dá na dimensão quantitativa dos fatos. De outro ponto, o objeto do Direito são as normas jurídicas que trazem em si a perspectiva de que devem ser realizadas ou cumpridas. Para que tais normas sejam cumpridas, possuem elas um comando imperativo que se traduz, para as pessoas em sociedade, um dever de observação. Daí que a norma é vista sob a ótica, ainda que em perspectiva, do *dever ser*. Sem sombra de dúvidas, essa foi uma herança que pode ser atribuída a Kelsen.

Contudo, o mérito de Kelsen, destacadamente na Teoria Pura do Direito, pode estar não propriamente na conceituação do Direito, senão no aprofundado estudo do objeto do Direito, da norma jurídica, destacando-se para a norma fundamental. A norma fundamental é compreendida numa consideração intrassistêmica pela qual a cada norma jurídica uma outra fundamenta sua validade. Assim: a validade da sentença judicial está na lei; a validade da lei está na autorização do parlamento, pela Constituição; a validade da Constituição, na validade da assembleia constituinte que a promulga¹³.

Ademais, não se pode olvidar que a referida obra kelseniana parece superar o dualismo entre Direito objetivo e Direito subjetivo. Esse último é visto não de modo diverso daquele. O Direito subjetivo, segundo Kelsen, é o próprio Direito objetivo que se dirige com a consequência jurídica por ele estabelecida contra um sujeito concreto. É dizer, o Direito subjetivo, na Teoria Pura do Direito, é a consequência jurídica colocada à disposição de um sujeito no caso concreto¹⁴.

De outro norte, na ótica do historiador, como Grossi, o Direito é um fenômeno primordial e radical da sociedade. Conforme Grossi, o Direito sempre existiu nas sociedades. O que veio, posteriormente, foi o poder político. Para Grossi, mesmo antes da formação do Estado moderno, como desde as primeiras configurações tomadas pelo príncipe, até a formação do contrato social, o Direito sempre existiu¹⁵.

A leitura do Direito sob a ótica do historiador traz um certo conteúdo de Direito Natural, derivado de concepções divinas e religiosas, em estreita relação com a moral.

Com efeito, Hespanha faz ampla referência ao direito divino – *ius divinum* –. Não raras vezes esse direito se imiscuía com o direito secular, daí derivando o direito canônico. Dessa relação entre direito secular com o direito divino decorriam “as limitações ético-religiosas do direito secular” ou, ainda, “o direito canônico como limite de validade dos direitos temporais”¹⁶. Assim, a repercussão de um direito divino no âmbito das sociedades

13 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. São Paulo: RT, 2001, p. 23.

14 KELSEN, *op. cit.*, p. 85.

15 GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 23-46.

16 HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 46.

antiga e medieval culminou na dificuldade em distinguir crime e pecado. Resultou ainda na dificuldade de se estabelecer a distinção adequada entre as jurisdições canônica e a cível.

No tocante à moral, Hespanha aduz que o Direito com ela mantinha estreita vinculação, especialmente para as virtudes sociais. Dessas, destacava-se o dever de compensar serviços provindo da gratidão, ou o dever de generosidade ou de magnificência, proveniente da liberalidade que impendia sobre os ricos e poderosos¹⁷.

Contudo, desses salutares apontamentos históricos não se extrai um conceito de Direito próximo da realidade atual. Colhe-se do historiador não um conceito do Direito, senão a nota evolutiva e estruturante do Direito enquanto norma regente de uma determinada sociedade em expansão, de um momento histórico a outro.

3. O CONCEITO DO DIREITO NA MODERNIDADE

Feitas essas primeiras digressões, permanece a dificuldade em conceituar o que seja Direito. Para alguns, o Direito é fruto da modernidade, uma invenção do homem. Entende-se por modernidade como a mudança do paradigma fundado nas explicações religiosas acerca do mundo, do homem e das coisas, para o paradigma fundado nas ideias emergentes do pensamento científico firmado a partir do século XVII¹⁸.

Dessa compreensão engendrou a atual configuração do Estado moderno pela nota do contrato social, seja de Hobbes, de Locke ou de Rousseau. Nessa fecunda época emergiu um novo Direito, um momento político distinto, uma nova organização social. Contudo, não significa que o Direito tenha se originado na modernidade. Houve uma significativa mudança do Direito cunhado sob uma nova organização política devido à queda do absolutismo (poder dos reis e dos príncipes) em direção ao Estado de direito.

Assim, afigura-se acertada a colocação de Grossi no sentido de que o Direito sempre existiu, desde as hordas até as sociedades medievais. A partir da modernidade foi que emergiu o germe do poder político que, adequado às novas concepções e modelos de Estado, continuamente é alvo de transformações até os tempos atuais.

Do que foi dito, ainda não resta claro acerca da obtenção de um melhor conceito acerca do Direito, mormente mais adequado ao tempo presente.

Desde essa percepção, e não distanciando do que antes consignado por outros autores, Julio Maier enfatiza que o direito é “un producto cultural, esto es, un resultado de la actividad humana”¹⁹. Para esse processualista, o Direito, por ser fruto da atividade humana, pode variar de acordo com critérios ideológicos ou políticos.

17 HESPANHA, 2005, *loc. cit.*, p. 47.

18 BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno – Volume I, Séculos XVII e XVIII*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977, 285 p.

19 MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 06.

Por sua vez, Alberto Binder, apoiado em Norberto Bobbio, pontua que o Direito “não é senão uma manifestação do poder. Direito e poder são as duas faces de uma mesma moeda, ligada diretamente ao fenômeno associativo, à sociedade humana”²⁰.

Para Raúl Ferreyra, o Direito tem a característica de “um sistema que tenta por ordem ou cujos mandados regulamentam o uso da coerção”. Complementa que, como sistema, o Direito pode ser aferido “na combinação de normas ou regras, que respondem a diferentes elaborações, normas que podem ser observadas tanto de forma estática como dinâmica. Sempre produzidas pelo homem”²¹.

A ênfase em tratar o Direito como uma “macrocombinação de regras” para a aplicação da força estatal fica bem exteriorizado nas publicações do mencionado professor portenho. Nessa perspectiva, possui o Direito, dentre outras, a função de controle social, seja abstratamente aplicado pelo Estado, seja pela via judicial por quem invoque alguma lesão. Para alcançar esse desiderato o Direito dispõe de duas classes de normas: as normas primárias e as normas secundárias. As primeiras (normas primárias) são as que prescrevem faculdades, obrigações ou proibições às pessoas; as segundas (normas secundárias), as que conferem poderes aos funcionários ou estipulam sanções²².

Em outra publicação, Raúl Ferreyra enfatiza a ideia de que o Direito “es un instrumento para el control social”²³. Complementa: “El derecho puede ser visto y entendido, pues, como un hecho social, cuyo discurso instrumenta la arquitectura social, dando contenido a las pautas que requiere la organización y aplicación de la fuerza estatal que disponga llevaría a cabo”²⁴.

Sem dúvida, essa respeitável posição se pauta no sistema jurídico concebido, em especial, a partir de Kelsen. Para esse precursor do positivismo moderno, as normas do direito são normas coercitivas (normas de conduta), vez que possuem uma parte ordenadora e uma parte sancionadora, para além das normas autorizadoras (fixadoras de competências) e das normas derogativas. As normas derogativas possuem conteúdo suficiente para mudar outra norma jurídica. Essas últimas foram admitidas por Kelsen um pouco mais tarde ao lançamento de sua obra clássica, *Teoria Pura do Direito*²⁵.

Aliás, nesse particular merece consignar a sóbria observação de Hespánha, em outra obra, quando aponta a existência de normas desprovidas de sanção estatal. Conforme Hespánha, para alguns é comum estabelecer a nota distintiva do direito às outras ordens

20 BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 03.

21 FERREYRA, Raúl Gustavo. *Constituição e Direitos Fundamentais: um enfoque sobre o mundo do direito*. Porto Alegre: Linus Editores, 2012, p. 34.

22 FERREYRA, 2012, *op. cit.*, p. 37-38.

23 FERREYRA, Raúl Gustavo. *Fundamentos Constitucionales*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2013, p. 36.

24 FERREYRA, 2013, *op. cit.*, p. 37.

25 KELSEN, *loc. cit.*, p. 30-31.

normativas, tais como a religião, a moral, bons costumes e boa educação. Assim, o Direito, porque criado pelo Estado, traz em si a nota da sanção estatal. Contudo, há normas apenas permissivas ou dispositivas, além de outras que apenas contêm definições. Hespacha faz a seguinte indagação: “Será, realmente, que basta que o Estado ameace, com uma sanção quem violar uma norma, para que, por esta simples característica externa (ou formal) essa norma se torne numa norma jurídica?”²⁶.

Sem ter uma resposta imediata à indagação antes formulada, Hespach lembra a assertiva feita por Herbert L. A. Hart (The concept of law) no sentido de que poucas questões relativas à sociedade foram postas com tanta persistência e respondidas por grandes pensadores de forma tão diversa ou mesmo contraditório como a questão “o que é o direito?”. Trata-se de nossa incapacidade de defini-lo, “apesar de todos os reconhecermos no plano da experiência”²⁷.

De todo modo, retomando a Kelsen, o direito seria o que o legislador constituinte de um determinado Estado estabelecer que o seja. Contudo, parece haver um certo reducionismo nessa proposição, tendo em vista que, conforme pondera Hespach, os fundamentos kelsenianos se ocupam somente da descrição (da existência da norma ou da sua validade formal), mas não se ocupa da justificação (da finalidade, do mérito em função da finalidade ou da validade substancial ou ontológica do direito). É dizer, o conceito do direito e da norma jurídica ficaria reduzido a uma visão interna do direito, segundo a qual “os juristas identificam o direito também a partir da norma de reconhecimento”²⁸ produzida, na hipótese kelseniana, pelos próprios juristas, tornando o direito um sistema fechado. Enquanto tal, para Hart a “norma de reconhecimento” (rule of recognition), a verificação acerca da existência dos critérios de criação, transformação e aplicação das normas jurídicas cabe não somente aos operadores do direito, mas também ao público em geral, vez que a “norma de reconhecimento pode incorporar princípios de justiça valores morais ou, mesmo, valores religiosos”²⁹.

Como exemplo de incorporação de valores ao Direito, Hespach elenca as ordens normativas de países islâmicos, tais como o Iran ou a Arábia Saudita, além de Israel e o Vaticano, cuja norma de reconhecimento incorpora nítidos valores religiosos. Na República da China, incorpora diretivas políticas. Nos Estados Unidos, incorpora-se valores morais ou normas de “salvação nacional”. A “norma de reconhecimento” acerca do direito diz respeito ao plano empírico, não no plano axiológico. Assim, a distinção que Hart faz da visão interna e da visão externa do sistema jurídico diz respeito a quem

26 KELSEN, *loc. cit.*, p. 30-31.

27 HESPANHA, 2007, *loc. cit.*, p. 73.

28 HESPANHA, 2007, *loc. cit.*, p. 109-110.

29 HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 102. Disponível em: <pt.slideshare.net>. Acesso em: 04 maio 2014.

participa desse sistema. Pela visão externa desse sistema, a norma é considerada válida quando passa, com êxito, todos os testes previstos para essa norma; enquanto que na visão interna os participantes do sistema, a norma, é mais que um fato e daí gera a convicção de obrigatoriedade³⁰.

Contudo, essa noção de visão interna e externa do direito, vale dizer, do direito visto pelos juristas e pelos historiadores, sociólogos, antropólogos jurídicos etc., mencionada por Hespanha, é extraída do direito segundo Herbert Hart. Hespanha faz um contraponto entre o positivismo kelseniano e o realismo de Hart³¹.

Sem embargo, não se tem como propósito, no presente escrito, elaborar um esboço acerca de modelos, visões ou sistemas jurídicos, apesar da temática sedutora, senão uma tentativa de situar a compreensão acerca do que seja o direito.

Retomando, afigura-se que uma linha significativa da literatura jurídica pontua como marco estruturador do direito, enquanto direito positivo e produto da pessoa jurídica de direito público (Estado), decorre do movimento modernista antes mencionado. A modernidade compreendida como a nova visão do mundo, tomada em especial a partir do século XVII, mudou, para muitos, por completo, as concepções acerca da história e do conhecimento humano, consoante apregoadado na história das ideias por Baumer³². A síntese dessa nova visão de mundo foi sentida no Renascimento ou Iluminismo, cujas descobertas repercutiram em muito na compreensão do direito e do próprio Estado.

Aliás, à guisa de mudança, a perpetuação da filosofia da consciência é evidenciada na estrutura jurídica delineada por Ferrajoli, eis que se assenta nas ideias Iluministas. Por certo, Ferrajoli³³ invoca os valores da ordenação do direito penal fundado nos pilares da epistemologia garantista, resgata os valores basilares da legalidade estrita, da materialidade e da lesividade dos delitos. Prima ainda por aspectos processuais como a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência, entre outros, tudo fruto do Iluminismo e do Liberalismo.

A referência à modernidade é feita para pontuar que muito da noção que se tem, do conceito do direito, é extraída do desenvolvimento científico advindo desse momento histórico. As descobertas e as divulgações científicas, mesmo das ciências naturais e filosóficas, repercutiu na compreensão do direito tal como reconhecido na atualidade.

4. O CONCEITO DE DIREITO PAUTADO NA LEGITIMAÇÃO

Ademais do que antes pontuado, no presente ponto uma observação se faz

30 HESPANHA, 2007, *loc. cit.*, p. 106-107.

31 HESPANHA, 2007, *loc. cit.*, p. 100-111.

32 BAUMER, *loc. cit.*, p. 43-98.

33 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 29.

necessária. O pensamento advindo das concepções modernas repercutiu no direito. Contudo, manteve sua espinha dorsal na filosofia da consciência, em cuja mestra estão pensadores da dimensão de Aristóteles e Descartes, dentre outros. Por filosofia da consciência, entenda-se, consoante Habermas, como as “dimensões do agir e do falar [...] simplesmente pré-ordenadas à cognição” ou a uma “auto-reflexão”³⁴.

Nesse sentido, merece ponderar que essa estrutura de conhecimento fundou, desde Aristóteles, passando por Descartes, a relação entre o sujeito (conhecedor) com o objeto (conhecido). Fez eclodir um conhecimento cumulativo entre o sujeito racional e o seu objeto de conhecimento, deixando à margem a relação entre o sujeito com o sujeito, em cujo instrumental está a linguagem. Assim, a noção de verdade, que se nutria fundamentalmente entre o sujeito o objeto. Com e a partir de Habermas, transmuda-se para uma “aceitabilidade racional” obtida “através de argumentos que nos deixamos *convencer* da verdade de afirmações problemáticas”³⁵, vale dizer, pela linguagem.

Ocorre que, como dito, as bases do conceito de direito hoje compreendidas e que se busca melhor conhecer, ainda perpassam e se reduzem na compreensão do conhecimento científico fundado na filosofia da consciência. Assim, afigura-se que uma mudança de aporte teórico da filosofia da consciência, pela filosofia da linguagem, destacadamente a partir da teoria da ação comunicativa preconizada por Habermas, está-se, de fato, diante de uma nova mudança de paradigma. Por paradigma, seguindo Thomas Kuhn, entenda-se como “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”³⁶.

Embora a mudança de paradigma pareça significar uma ruptura, assim não ocorre. É que, conforme Thomas Kuhn, a mudança de paradigma não significa compreender que a partir da nova teoria (nova orientação/ novo modelo) os participantes da comunidade científica seguirão a nova orientação. Os exemplos de mudanças paradigmáticas verificados em diversas áreas do conhecimento permitem concluir que o surgimento de uma nova proposta teórica requer tempo para que todos os membros da comunidade assimilem, compreendam, aceitem e vivam seu novo significado e as consequências decorrentes da superação do modelo anterior. Influenciados por fatores diversos que não convém aqui mencionar, por vezes uma nova teoria demanda tempo para ser aceita. Registre-se o caso da teoria heliocêntrica, proposta por Copérnico, em superação à teoria do geocentrismo. Demandou tempo para sua completa aceitação.³⁷ Kuhn lembra que a

34 HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 25.

35 HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destrancendentalizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 58-59.

36 KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 13.

37 KUHN, *op. cit.*, p. 249.

terra, o sol, o sistema solar ganha distinto significado antes e depois de Copérnico. De igual modo, a compreensão da queda livre e nos movimentos planetários e pendulares se situa antes e depois de Galileu. Acrescentem-se a esses exemplos: as leis da gravidade segundo Newton; a teoria da relatividade, conforme Albert Einstein; a descrição da biologia evolucionista, por Charles Darwin; dentre outros.

De outro turno, é preciso ponderar que nesta breve exposição, limitada a dizer o que é o Direito, não se mostra muito pertinente fazer uma imbricação mais robusta acerca da teoria da ação comunicativa, que também contempla a teoria do discurso e do consenso, em Habermas, vez que demandaria uma maior e mais precisa abordagem.

Nada obstante, mesmo uma breve alusão investigativa, não muito rigorosa acerca do significado de Direito, seguindo a teoria da ação comunicativa de Habermas, é possível vislumbrar sua nova roupagem, vez que essa proposta teórica se mostra pertinente às ciências sociais aplicadas. Por isso, Habermas descreve que, para essa teoria, o conceito de agir comunicativo pode assim ser compreendido: “[...], refere-se à interação de pelo menos dois sujeitos capazes de falar e agir que estabeleçam uma relação interpessoal (seja com meios verbais ou extraverbais). Os atores buscam um entendimento sobre a situação da ação para, de maneira concordante, coordenar seus planos de ação e, com isso, suas ações”³⁸.

As sociedades atuais, destacadamente do pós-Grandes Guerras mundiais e na cultura ocidental, puderam perceber que os direitos contidos e contemplados em uma Constituição são conquistados, não podendo, nessa dimensão, servirem como instrumentos de paixões efêmeras e contornados ao talante do exercício do poder.

O próprio filme *Katyn* pode ser um exemplo típico de escassez na tutela internacional da dignidade da pessoa, particularmente na sanção de condutas dignas da nota lesa humanidade. Desse filme é possível vislumbrar que os direitos humanos fundamentais, na ordem jurídica internacional, não se mostraram, àquele tempo, fortes ou com dignidade suficiente para que tamanha atrocidade passasse incólume aos mecanismos de tutela internacional.

Não para algum fim específico, mas exatamente nesse contexto e contribuindo para um aprimoramento da humanização nas relações sociais, é que Habermas exteriorizou, a partir dos anos oitenta do século passado, as bases da teoria do agir comunicativo. Essa teoria pode ser uma alternativa, senão para um novo Direito, para uma nova roupagem do Direito. Sendo mais preciso: para um novo olhar acerca e sobre o Direito, pautado, agora, na legitimidade democrática.

Com efeito, a pertinência dessa teoria habermasiana se amolda ao modelo

38 HABERMAS, 2012, *loc. cit.*, p. 166

democrático de Estado, vez que nele se reclama a efetiva participação popular, ainda que por meio de representantes eleitos, na produção do direito. As questões do mundo da vida são, em regra, procedimentalizadas por meios da linguagem. Nesse sentido, nas democráticas as normas constitucionais decorrem do poder constituinte originário. Essas normas são produzidas por representantes diretos da população interessada. Os direitos fundamentais inseridos na Constituição resultam de um intenso debate no seio do poder constituinte, seja captando, seja rejeitando, seja acolhendo ou desacolhendo, mas sempre voltado para o entendimento e aos valores superiores da sociedade.

Da Constituição, portanto, resultam as normas que estruturam e formam o arcabouço jurídico do Estado, as quais, por sua força normativa, reclamam vigência e validade fundada na legitimidade democrática no seu processo de criação. Tais normas resultam, pois, de intensos debates instrumentalizados pela linguagem entre as pessoas envolvidas, voltados para o mútuo entendimento.

Vê-se que, na produção do Direito, aqui referida, o termo entendimento trata-se, segundo Habermas, do “significado mínimo segundo o qual (ao menos) dois sujeitos aptos a falar e agir entendem uma expressão linguística de maneira idêntica”³⁹. Para “entender o que um falante quer dizer com um ato desses, o ouvinte precisa conhecer as condições sob as quais esse ato pode ser aceito”. Ainda mais, “Quando o ouvinte aceita uma oferta de ato de fala, estabelece-se um comum acordo entre (pelo menos) dois sujeitos aptos a falar e agir”⁴⁰.

Seguindo a posição de Habermas, quanto à construção do entendimento, é possível compreender a produção do Direito pelo parlamento ou pelo processo judicial. Assim, a intensão comunicativa do falante deve obedecer aos seguintes pressupostos:

- a) realizar uma ação de fala correta tendo em vista o contexto normativo dado, a fim de que se estabeleça uma relação interpessoal entre ele e o ouvinte, enquanto relação;
- b) fazer um enunciado verdadeiro (ou uma pressuposição acertada de existência), a fim de que o ouvinte assuma e partilhe o saber do falante;
- c) expressar de maneira veraz opiniões, intenções, sentimentos, desejos etc. A fim de que o ouvinte acredite no que é dito⁴¹.

Esses pressupostos são acrescidos do discurso e da busca ao entendimento, os quais se mostram consentâneos com o processo de criação do direito nos Estados Democráticos, tanto pelo parlamento quanto por meio do processo judicial. Por meio desses pressupostos, nas duas hipóteses de formação do direito, antes referidas, o aspecto moral fica evidenciado na perspectiva da moral instrumentalizada no procedimento,

39 HABERMAS, 2012, *loc. cit.*, p. 531.

40 HABERMAS, 2012, *loc. cit.*, p. 532.

41 *Ibidem.*

evitando o dogmatismo do direito natural. Ademais, esses pressupostos são retratados na fala correta de modo tal que o outro se situe na relação do falante; no uso de enunciados verdadeiros de modo tal que o outro compartilhe o saber do falante; acrescido da veracidade de quem fala, sem coação, é possível adequar a linguagem voltada para o entendimento entre os sujeitos.

Ainda acerca da aceitabilidade racional da fala que detenha a capacidade de convencimento pelos melhores argumentos, no contexto da ação comunicativa, acrescenta Habermas outros pressupostos:

- (a) publicidade e inclusão: ninguém que, à vista de uma exigência de validade controversa, possa trazer uma contribuição relevante, deve ser excluído;
- (b) direitos comunicativos iguais: a todos são dadas as mesmas chances de se expressar sobre as coisas;
- (c) exclusão de enganos e ilusões: os participantes devem pretender o que dizem; e
- (d) não-coação: a comunicação deve estar livre de restrições, que impedem que o melhor argumento venha à tona e determine a saída da discussão⁴².

Essa explanação, ainda que em bases introdutórias acerca da teoria da ação comunicativa de Habermas, objetiva fazer uma aproximação entre o Direito e a sua legitimação no Estado Democrático de Direito.

De todo modo, afigura-se que a filosofia da linguagem, ao propor uma guinada na compreensão do homem no mundo e nas relações sociais, implica certamente na mudança de paradigma em relação à filosofia da consciência. Sua compreensão e aceitação, como tantas outras mudanças de paradigmas, demandará tempo.

Muito embora a teoria da ação comunicativa não ofereça, de pronto uma resposta ao conceito do Direito, sua nota determinante é situar o Direito como a norma de regulação, ordenação social elaborada pelo poder político competente e legitimado. Ademais, essa teoria não se contrapõe à compreensão do Direito enquanto norma primária ou com uma sanção secundária. Apenas a supera. Ademais, firma que no trato das relações sociais o Direito seja elaborado e produzido, seja pelo parlamento, seja no caso concreto (no processo), pelas próprias partes interessadas, tomando-se por base o consenso e o agir comunicativo das partes voltados para o entendimento.

Não se pode olvidar que mesmo Herbert Hart em sua vasta pesquisa acerca do que seja direito, após muita divagação deixou em aberto o que seja o Direito, muito embora explorasse diversas teorias e diversos doutrinadores.

Assim, poder-se-ia tomar um conceito atual de Raúl Ferreyra, segundo o qual o

42 HABERMAS, 2002, *loc. cit.*, p. 67.

Direito pode ser visto como “el conjunto de disposiciones normativas que distingue a la organización de una comunidad y que se desenvuelven dentro de ella”⁴³.

Cada conceito se submete aos valores daquele que o enuncia e, daí, o próprio Direito vai sofrendo variações de acordo com a percepção, com a experiência e, sobretudo, com o grau de consciência de cada qual. Não por outro motivo Herbert Hart admitiu a dificuldade em demonstrar o que seja o Direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito poderia guardar estreita relação com a justiça, mas a justiça nem sempre está em consonância com o Direito, vez que aquela é uma abstração, enquanto este é construído e posto.

Como assinalado por Prigogine⁴⁴, antes da teoria da relatividade imaginava-se que o tempo fosse perene, permanente e inalterável. Contudo, a partir de Einstein o tempo não é algo absoluto. Assim, chega-se ao fim das verdades absolutas, ganha relevância a aceitabilidade racional. Assim caminha o Direito.

A proposta decorrente da filosofia da linguagem, segundo Habermas, indica um novo caminho para a compreensão do direito como algo construído pelos próprios interessados, seja por representantes legítimos, seja em cada caso concreto.

Contudo, a verdade última está distante. Como o tempo, o Direito caminha com a humanidade, sofrendo suas variações de acordo com o avanço de cada sociedade. Parece existir certa simetria entre o tempo e o Direito. Do tempo total/absoluto, ao tempo relativo; do direito absoluto ao direito democrático. Ambos, tempo e direito, terão seus respectivos significados e conceitos de acordo com a ótica do observador.

6. REFERÊNCIAS

BAUMER, Franklin L. **O Pensamento Europeu Moderno**. Volume I, Séculos XVII e XVIII. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Tradução de Fernando Zani, revisão de Fauzi Hassan Choukr, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003;

CARNELUTTI, Francesco. **Arte do Direito**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo, Campinas: Edicamp, 2003;

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução de J. Batista Machado, 6. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983;

⁴³ FERREYRA, 2014.

⁴⁴ PRIGOGINE, Ilya. *O Fim das Certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo: UNESP, 1996. 199 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Tradutores Ana Paula Zomer et. all. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREYRA, Raúl Gustavo. **Constituição e Direitos Fundamentais**: um enfoque sobre o mundo do direito. Tradução de Carolina Machado Cyrillo da Silva e David Leal da Silva, Porto Alegre: Linus Editores, 2012.

_____. **Fundamentos Constitucionales**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2013.

_____. **Sobre Creación Política y Dimensión del Poder Judicial**. Disponível em: <www.infojus.gov.ar/doctrina.de.21/03/2014>. Acesso em: 04 maio 2014.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004;

HABERMAS, Jürgen. **Agir Comunicativo e Razão Destrancendentalizada**. Tradução de Lúcia Aragão, revisão de Daniel Camarinha da Silva, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Teoria do Agir Comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Vol. 1. Tradução Paulo Astor Soethe, revisão Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. Disponível em: <pt.slideshare.net>. Acesso em: 04 maio 2014.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. **O Caleidoscópio do Direito**: O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje. Lisboa: Almedina, 2007.

IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**. Tradução de João Vasconcelos, 9 ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do direi-

to. Tradução J. Cretella Júnior e Agnes Cretella, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2009.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal**, I. Fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

PRIGOGINE, Ilya. **O Fim das Certezas**: tempo, caos e as leis da natureza. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. **Derecho Romano**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001.

Recebido em: 07.03.2017

Aprovado em: 11.06.2017