

2 VALIDADE E LEGITIMIDADE DO DIREITO

2.1. Constituição *versus* vontade popular

A definição de uma Constituição está sujeita a argumentações jurídicas, sociológicas e políticas, uma vez que é necessário uma visualização sistemática do referido conceito para a construção de um ordenamento eficaz. Descobrir se é a sociedade, através das relações e inovações diárias, que produz e realiza a manutenção da Constituição ou se é esta quem dita os rumos que os indivíduos devem tomar é uma árdua tarefa, mas sem dúvida enriquecedora.

Com base nesta assertiva percebe-se a relevância do tema, uma vez que uma sociedade precisa de uma legislação que possa regular as relações entre os indivíduos, bem como criar condições para um fortalecimento das instituições jurídicas e sociais.

Para a regulamentação da ordem jurídica e social é necessário uma legislação condizente com a realidade de um território e com a de seu povo. Daí decorre a dificuldade em estabelecer o ordenamento que vai servir de base para o direcionamento da sociedade existente. Se a legislação não levar em consideração aquilo que é considerado importante e essencial pelos indivíduos que vivem sob o seu crivo, como exigir que respeitem a mesma?

Neste sentido, Ferdinand Lassalle indaga sobre o que é uma Constituição¹. E aponta que as tentativas de responder esta pergunta “limitam-se a descrever exteriormente como se formam as constituições e o que *fazem*, mas não explicam o que é uma Constituição². E, sem perder de vista esta indagação faz outra sobre qual seria a essência de uma Constituição³, na tentativa de demonstrar que é necessário ter esta resposta para saber se o ordenamento se acomoda ou não aos anseios da sociedade⁴.

Ao se falar de ordenamento é necessário não colocar no mesmo patamar conceitos como lei e constituição, muito embora ambas sejam legislações, sendo

¹ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 5.

² *Ibid.*, p. 6.

³ *Ibid.*, p. 5.

⁴ *Ibid.*, p. 6.

esta uma norma fundamental e aquela infraconstitucional. Isto, segundo Lassalle, é o que todos dizem. De acordo com este autor quando se fala em norma fundamental é apresentado um novo conceito a ser discutido e diferenciado, ou seja, o que é fundamental?⁵ “A idéia de fundamento traz, implicitamente, a noção de *necessidade ativa*, de uma força eficaz e determinante que atue sobre tudo que nela se baseia, fazendo-a assim e não de outro modo”.⁶ Demonstrando, desta forma, que não deve existir contrariedade de leis com relação à Constituição, por uma questão de exigência e necessidade.

Lassalle trabalha com a ideia dos fatores reais de poder⁷ para demonstrar a força ativa e eficaz⁸ que forma o ordenamento jurídico vigente, regulamentando as relações entre os indivíduos e entre estes e o Estado. Isto tudo para dizer que ao se instituir uma Constituição é necessário se ater às fontes do poder existentes. Assim, um simples legislador não conseguirá colocar em pauta uma discussão que já não fosse realidade, oriunda de alguma fonte de poder. “Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: *a soma dos fatores reais de poder que rege uma nação*”.⁹ Qualquer situação que vá de encontro à realidade de uma sociedade não surtirá o efeito desejado, visto que não é aquilo que se vê, vive e sente, proporcionando, assim, a criação de uma Constituição que será considerada uma folha de papel.

Por outro lado, ao se colocar em um “papel” os fatores reais de poder, constrói-se uma Constituição escrita que faz parte da realidade, pois estará refletido aquilo que é vivido no cotidiano das relações. Ressalta-se, ainda, que a colocação destes fatores, que são considerados uma força ativa e eficaz, é feita de forma diplomática¹⁰ e não de forma impositiva, para se evitar, talvez e claramente, o poder do mais forte.

Os fatores reais de poder estão presentes em todas as nações e são considerados parte de uma Constituição simplesmente porque a promovem para regular aquilo que é considerado mais caro nas relações intersubjetivas. “Uma Constituição *real e efetiva* a possuíram e a possuirão sempre todos os

⁵ Ibid., p. 9.

⁶ Ibid., p. 10.

⁷ Ibid., p. 10.

⁸ Ibid., p. 10.

⁹ Ibid., p. 17.

¹⁰ Ibid., p. 18.

países [...]”¹¹. Assim, as relações entre os indivíduos são uma realidade e justamente por isto são regulamentadas independente de alguém formalizá-las em um documento. Daí o embate entre Constituição escrita e a que efetivamente subsiste. Qual a mais importante? Qual deve vigorar? Como responder a estas indagações?

Pode-se chegar a uma boa resposta a estas indagações recorrendo ao entendimento de Lassalle, qual seja:

Quando podemos dizer que uma *constituição escrita é boa e duradoura*?

A resposta é clara e parte logicamente de quanto temos exposto: Quando esta constituição escrita *corresponder à constituição real* e tiver suas raízes *nos fatores reais de poder que regem o país*.¹²

Neste sentido, a formalidade de uma Constituição escrita pode distanciar-se da realidade, o que será considerado ruim na concepção deste autor, pois fatalmente se chegaria a um conflito em razão da falta de adequação entre o ordenamento e a realidade. O *dever ser* pode destoar totalmente do que é visto na sociedade, e isto pode levar a resultados, que podem ser positivos ou negativos, levando-se em consideração o ponto de vista do observador.

O ideal é que a Constituição escrita, quando de sua elaboração, corresponda a realidade de um determinado território e de seu povo; mas será que isto será sempre possível? Ou seja, será esta situação uma realidade? Existem autores que pensam diferente de Lassalle, como Konrad Hesse e Hermann Heller, que serão abordados a seguir.

A ideia de Constituição em Hesse contrapõe-se à apresentada por Lassalle, uma vez que para aquele o ordenamento não pode simplesmente se submeter à realidade. É necessário uma reciprocidade entre a lei fundamental e o real, onde haverá uma regulação do *ser* e uma regulamentação através do *dever ser*. “Se a ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir a Constituição real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se numa simples ciência do ser”.¹³ Assim, a caracterização da Constituição é de uma

¹¹ Ibid., p. 25.

¹² Ibid., p. 33.

¹³ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. (Tradução de Gilmar Ferreira Mendes) Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 11.

ciência normativa que se diferencia das ciências da realidade¹⁴, apresentando-se, deste modo, como um caminho que leva a um futuro melhor.

Neste norte, não se pode analisar uma Constituição com base simplesmente na realidade que se apresenta, uma vez que o real se modifica a todo instante, seguindo o caminho das forças dominantes, que servem a quem tem mais poder. O condicionamento recíproco entre ordenamento e realidade, buscando uma resposta mais adequada às presentes questões pode ser uma decisão mais democrática e voltada para a justiça social. “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade.”¹⁵ Desta forma, não prevalecerá somente o *dever ser*; o trabalho também está voltado para o real, ou seja, o *ser*. Não há como fugir desta situação, pois um ordenamento tem que se apresentar normativo justamente para regular as relações existentes na sociedade, estando sempre atento aos seus conflitos.

A eficácia de uma Constituição e a condição histórica e social deve ter uma relação de interdependência¹⁶, fazendo com que haja uma adequação da norma à realidade, sem, contudo, desprezar a importância dos objetivos considerados imprescindíveis quando da formação do ordenamento.

A eficácia do ordenamento está voltada para a realidade e não pode ser visualizada fora deste contexto, pois se refere ao respeito e cumprimento das normas por partes dos indivíduos. “A constituição adquire força normativa na medida em que se logra essa pretensão de eficácia.”¹⁷ O que significa dizer que a normatização está voltada para a regulação do real. Contudo, não poderá somente se ater à vontade do poder, mas também à vontade da Constituição.¹⁸

Nesta toada, a vontade da Constituição será formada por uma ordem normativa que visa defender o Estado contra o arbítrio abusivo, bem como um processo de constante legitimação e finalmente pelo concurso da vontade humana.¹⁹

O ordenamento, ao sofrer constantes mudanças, quando da alteração da realidade, seja por questões políticas ou sociais, pode trazer uma insegurança nas

¹⁴ Ibid., p. 11.

¹⁵ Ibid., p. 14.

¹⁶ Ibid., p. 14.

¹⁷ Ibid., p. 16.

¹⁸ Ibid., p. 19.

¹⁹ Ibid., p. 19 e 20.

relações cotidianas, o que ensejará um ciclo vicioso, que se caracterizará por conflitos insolucionáveis e intermináveis. “Igualmente perigoso para a força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a frequente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política.”²⁰ Isto porque tais mudanças podem dar mais valor às questões fáticas do que a vontade da Constituição, o que poderá causar seu enfraquecimento.²¹

Deste modo, Hesse apresenta a ideia de que “a constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica”.²² E por isto flexibiliza o entendimento unilateral de Lassalle, uma vez que este entende que uma Constituição para ser plausível deve, necessariamente, ter como base os fatores reais de poder, presentes na sociedade. Tal flexibilização consiste na reciprocidade entre a lei fundamental e realidade, uma servindo de apoio à outra.

Com este entendimento, Hesse contrapõe-se diretamente a Lassalle, afirmando o seguinte: “A Constituição jurídica não significa supor ser um pedaço de papel, tal como caracterizado por Lassalle”.²³ E assim dá condições a Constituição de buscar meios de adquirir um melhor resultado em seus objetivos, ou seja, uma maior eficácia.

Os fatores reais de poder são na concepção de Lassalle aquilo que forma uma Constituição; todavia, somente a vinculação a estes fatores pode gerar, como se falou anteriormente, um problema grave, já que a realidade está em constante modificação. Para Heller, esta situação de mudança não gera um caos, mas sim a base para a ordenação do Estado.²⁴

A formação de uma Constituição, segundo Heller, se apresenta em uma situação dialética entre ordem e realidade. É neste embate que será visualizado o essencial para as relações em uma sociedade. “A Constituição do Estado não é, por isso, em primeiro lugar, processo mas produto, não atividade mas forma de atividade; é uma forma aberta através da qual passa a vida, vida em forma e forma nascida da vida.”²⁵ Desta maneira, a mudança será inevitável, pois cada momento tido como o melhor, será automaticamente analisado e criticado pela ordem ou

²⁰ Ibid., p. 22.

²¹ Ibid., p. 22.

²² Ibid., p. 24.

²³ Ibid., p. 25.

²⁴ HELLER, Hermann. “A Constituição do Estado”. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 295.

²⁵ Ibid., p. 296.

realidade e assim nascerá um nova situação, que por sua vez se tornará outra base de crítica.

A Constituição através deste processo dialético sempre se manterá, tendo em vista a probabilidade dos indivíduos cumprirem no futuro aquilo que o ordenamento determina. Heller chama esta probabilidade de cumprimento daquilo que está determinado pela lei fundamental de “mera normalidade de fato”²⁶ que está em conformidade com a Constituição.

E ainda, ensina este autor que deve-se distinguir a Constituição de um Estado em normada e não normada, sendo a primeira uma forma organizada.²⁷ Isto para dizer que não só o ordenamento, mas também o que é aceito como padrão de comportamento pelos indivíduos contribui para a manutenção das relações.

Percebe-se, assim, que as condutas dos indivíduos, consideradas padrões, ganham força e poder, podendo obter normatividade ou não. Ganhará normatividade sempre que houver necessidade de se garantir a manutenção do que é aceito como normalidade e tal situação estiver em risco.

Assim, de acordo com Heller, poderá haver normalidade sem normatização, mas não o contrário²⁸; o *ser* e o *dever ser* precisam estar alinhados para não configurar o que Lassalle chama de Constituição de papel. Este alinhamento é realizado politicamente, daí a concepção política da Constituição. Neste sentido, afirma este autor que:

Não existe Constituição política alguma que, inteiramente como *status* real, não seja, ao mesmo tempo, um ser formado por normas, isto é um forma de atividade normada, além de uma forma de atividade meramente normal.²⁹

Normalidade e normatização interagem com o objetivo de formalização de um verdadeiro direito. Este é o problema da Sociologia do Direito.³⁰

Há sempre lugar para a normalidade, seja a normada ou a não normada, porém a normatividade deve ter o cuidado de caminhar junto à realidade, sob pena de se produzir uma resistência por parte da sociedade, o que poderá provocar uma ineficácia do ordenamento. “Com bastante freqüência, o uso social, a realidade

²⁶ Ibid., p. 296.

²⁷ Ibid., p. 296.

²⁸ Ibid., p. 299.

²⁹ Ibid., p. 299.

³⁰ Ibid., p. 300.

social não normada ou normada extrajudicialmente, revela-se mais forte que a normação estatal.”³¹ Não seria esta a situação que se verifica na atualidade?

Heller trabalha com o antagonismo existente entre o normativismo de Kelsen e o decisionismo de C. Schmitt, buscando descobrir a conexão real entre ambas. Faz deste modo, uma dialética, se apoiando na realidade e na vontade humana para constituir uma Constituição. Heller aponta que:

Toda norma tem como função a ligação à vontade de modo eficaz e para o futuro, de acordo com o seu conteúdo. As normas sociais servem, por uma vinculação intersubjetiva de vontades, à manutenção de uma determinada conduta social.³²

Assim, tanto um entendimento como outro necessitam de um encontro para se tornarem realidade. E para tanto, a Constituição terá que se voltar para o presente e para o futuro, na tentativa de se colocar de forma histórica e sistemática para poder cumprir o papel ao que se propõe que é o de regular e regulamentar a sociedade. Portanto, diante da contraposição existente entre normativismo e decisionismo, ou seja, Kelsen versus C. Schmitt, busca-se a melhor posição, qual seja a construída de forma política.

Deste modo, entende Heller que: “Toda teoria que prescindir da alternativa direito ou poder, norma ou vontade, objetividade ou subjetividade, desconhece a construção dialética da realidade estatal e é, por isso, falsa já no seu ponto de partida.”³³ Caso o caminho seja este, fatalmente, ocorrerá um distanciamento entre a Constituição escrita ou formal e a real, apresentando, assim, um ordenamento que não possui autoridade e existência.³⁴

2.2. Validade do Estado de Direito e do Direito

Tendo em vista a diversidade existente na sociedade contemporânea é que se apresenta a discussão sobre o êxito do ordenamento jurídico em um determinado território. Neste sentido, a justificativa para a obediência às leis, levando-se em consideração somente o Direito tido como válido, seria atualmente,

³¹ Ibid., p. 306.

³² Ibid., p. 311.

³³ Ibid., p. 325.

³⁴ Ibid., p. 327.

insuficiente para promover o respeito e cumprimento das normas vigentes por parte dos indivíduos, o que ensejaria a impossibilidade de se verificar um conjunto de regras eficaz e legítimo.

O direito é uma importante forma de controle social, uma vez que de um modo geral a sociedade necessita ser regulamentada. O ser humano visto de uma perspectiva natural tende a buscar o melhor para si e se necessário em detrimento de seu próximo. Esta é uma tendência natural do ser humano.

O controle é um instrumento necessário para manutenção da ordem em uma determinada sociedade. Nesta perspectiva natural de saciar os desejos, o ser humano, se não controlado, pode não respeitar os anseios de *outrem*, provocando conflitos. Isto é o que deve ser evitado. Para tanto a figura do direito e da moral, como formas de controle social, se mostram importantes na tentativa de informar qual a conduta mais acertada ou mais desejada pela sociedade nas relações sociais.

Na perspectiva de Hans Kelsen, a técnica específica de controle social é o direito, visto que este possui uma característica essencial, que é ser coercitivo, ou seja, detém a possibilidade de utilização da força quando uma conduta previamente normatizada for descumprida. Todavia, este uso da força é um monopólio do Estado, só podendo ser utilizada se autorizada pela sociedade através da autoridade normativa.

Na teorização do Direito, Kelsen procura dar um tratamento científico a este, delimitando seu objeto, que são as normas, para poder descrever o ordenamento jurídico de uma determinada sociedade. Seu objetivo não é prescrevê-lo, ou seja, criar comandos e avaliar se são justos ou injustos, bons ou maus. Quem imagina que o objetivo de Kelsen é este está equivocado; seu objetivo é trabalhar com o mesmo cientificamente, construindo uma ciência do direito.

As relações sociais são pautadas no respeito e na igualdade, sendo difícil pensar em uma sociedade de desiguais, onde uns mereçam mais que outros. Segundo Hobbes, a natureza fez os homens iguais e por mais que um indivíduo seja superior, física ou espiritualmente, em relação a outro, isto não lhe dá um direito que o seu próximo não possa reclamar também.³⁵ O ordenamento social e

³⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. (Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Cláudia Berliner.) 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.106.

jurídico regulamentará esta situação, justamente para manutenção da mesma, sob pena de se entrar em um estado de conflito.

A falta de normatização pode manter os indivíduos em total insegurança, fato que promoverá um ciclo vicioso, pois toda vez que uma pessoa conquistar algo, provavelmente esta conquista será contestada por outro. Tanto seus bens materiais, como sua vida e liberdade estarão em risco, e por consequência, aquele que contestou também estará em risco. O controle pode trazer esta segurança e evitar este estado conflituoso que figura em uma sociedade sem ordem.

A ordem social é um mecanismo de controle das relações entre os indivíduos, que se dá de forma imediata ou mediata, vindo a primeira tratar das relações diretamente entre as pessoas e a segunda das relações indiretamente, o que se caracteriza pela relação do indivíduo com objetos pertencentes a outros indivíduos.³⁶

O direito e a moral são formas de controle da ordem social e têm o objetivo de fazer com que aquilo que está determinado socialmente seja cumprido. Para tanto pune ou premia os indivíduos como forma incentivadora para o alcance dos objetivos sociais determinados. É o que Kelsen chama de “princípio retributivo”, onde a punição e o prêmio são formas de sancionamento que são utilizadas como consequência a uma determinada conduta.³⁷

Contudo, Kelsen propõe uma indagação em relação à existência de ordens sociais desprovidas de sanção, onde não há aplicação do “princípio retributivo”. Esta situação seria caracterizada pela moral e seria, também, o critério de diferenciação entre esta e o direito. Todavia, não só este, mas também aquela prescrevem condutas e quando estas não são cumpridas surge a figura da reprovação; portanto, está presente o “princípio retributivo”, sendo a moral por vezes muito mais eficaz que o direito em virtude do valor interno humano que é trabalhado.³⁸ Assim, punição e premiação como sanções do controle social existem em ambas as formas de controle, dependendo somente da maneira como são estatuídos.

O direito como forma de controle social juridicamente organizado se diferencia das demais ordens sociais em razão da coatividade presente em suas

³⁶ KELSSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. (Tradução de João Baptista Machado.) 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.25.

³⁷ *Ibid.*, p.26.

³⁸ *Ibid.*, p.30.

bases. Segundo Kelsen, “as normas sociais a que chamamos direito são ordens coativas da conduta humana.”³⁹ Entre os indivíduos de uma comunidade jurídica as relações sociais são organizadas, de forma que se houver o descumprimento de uma regra haverá uma punição, ou seja, uma sanção a conduta indesejada.

A coação, característica do direito, é um instrumento de cumprimento de preceitos que impera mesmo contra a vontade do indivíduo que descumpriu alguma regra. Esta característica é essencial à eficácia do ordenamento jurídico, visto que sem coatividade, talvez não houvesse condições de se fazer cumprir o que está estabelecido socialmente e juridicamente pela comunidade.

As normas prescrevem as condutas necessárias e a punição no caso de descumprimento do contido no ordenamento jurídico, visando sua segurança. E, às vezes, utilizando da força física, como forma de coação. Todavia, para que não haja abusos, necessário haver autorização para o uso daquela. É o que Kelsen chama de “monopólio da força por parte da comunidade jurídica”.⁴⁰ Desta forma, a ordem jurídica estabelecerá as normas e suas sanções em caso de descumprimento das mesmas, sob pena de haver condutas arbitrárias, o que desvirtua o objetivo das regras estabelecidas, que é o de regulação da sociedade.

O ordenamento jurídico tem como objetivo a segurança da comunidade de forma pacífica, tendo a prerrogativa de utilizar a força se necessário. Segundo o entendimento Kelseniano: “A segurança coletiva visa a paz, pois a paz é a ausência do emprego da força física”.⁴¹ Desta forma, há uma relativização do conceito de paz, pois a qualquer momento a força poderá ser utilizada; porém este uso deve ser autorizado e somente a comunidade, através do ordenamento jurídico, poderá fazê-lo.

O ordenamento jurídico não prevê todas as situações possíveis nas relações sociais. Kelsen trabalha com o seguinte entendimento: “Uma conduta que não é juridicamente proibida é – neste sentido negativo – juridicamente permitida”.⁴² Assim, fica garantida aos indivíduos certa disposição voluntária e livre nas relações.

Existe, ainda, uma situação importante a ser observada com relação à obediência as normas jurídicas que é a identificação de qual comando os

³⁹ Ibid., p.36.

⁴⁰ Ibid., p.40.

⁴¹ Ibid., p.41.

⁴² Ibid., p. 46.

indivíduos deverão seguir. Para tanto a ideia de qual o fundamento de validade das normas deve ser identificada. O critério de justificação utilizado por Kelsen é que o ordenamento deve pautar-se em uma norma fundamental, sendo esta pressuposta ao ordenamento jurídico, bem como a ideia de eficácia global, ou seja, para que uma norma seja considerada válida os resultados práticos devem ser levados em consideração. E, ainda se houver conflito sobre qual ordenamento seguir, deve-se identificar qual a primeira constituição, e ainda verificar se a mesma não se encontra em disputa com outra, para saber se a norma produzida é fruto de uma autoridade normativa competente e pelo ordenamento vigente.⁴³

A moral, assim como o direito, é uma forma de controle que é exercido dentro de uma comunidade, desta forma, o objetivo de ambos é disciplinar as relações sociais. Aquela prescreve condutas entre indivíduos e destes em relação a si mesmos, ao passo que este, por sua vez é uma tentativa específica de controle em razão da forma coercitível existente dentro de suas características.

Direito e moral disciplinam as condutas dos indivíduos pertencentes a uma sociedade. É equivocado dizer que essa se restringe às questões internas e aquele trata de questões externas, uma vez que ambos vão atuar com relações de âmbito interno e externo. Contudo, Kelsen afirma o seguinte: “Na apreciação moral o motivo não pode ser separado da conduta motivada”.⁴⁴ Assim, o indivíduo deve ter consciência de sua ação. Com relação ao direito, às vezes, o indivíduo mesmo sem ter agido intencionalmente poderá, ainda assim, ser responsabilizado em razão da existência prévia e válida de estipulação por parte da comunidade de como devem ser as condutas sociais.

De acordo com Kelsen, o direito se distingue, essencialmente, da moral em razão da possibilidade de emanar uma ordem para obter uma determinada conduta e caso esta não seja cumprida haverá a possibilidade de se utilizar a coerção, socialmente organizada, para obtenção do resultado desejado. A moral não possui este tipo de coerção, age por meio de aprovação ou desaprovação quando da conduta dos indivíduos.

A forma de agir da moral busca um padrão de comportamento; todavia não há condições de se criar um sistema absoluto, pelo menos cientificamente. O relativismo dos conceitos é uma consequência natural, visto que as coisas mudam

⁴³ Ibid., 51 e 52.

⁴⁴ Ibid., p.70.

e as ideias também. Quando há uma análise moral do ordenamento aduzindo que ele seja justo ou injusto, bom ou mal, o resultado será relativo, uma vez que existem inúmeras formas de se apreciar o conteúdo de um ordenamento.

O objetivo de Kelsen em sua teoria não é legitimar o direito, ou mesmo justificá-lo com base na moral, sua pretensão é conhecê-lo e descrevê-lo, com o intuito de se identificar o ordenamento vigente e válido em uma determinada sociedade.

Portanto, direito e moral são campos de atuação que determinam condutas nas relações sociais em uma determinada sociedade, visando a boa convivência e por consequência evitando conflitos. Em ambas as formas de controle haverá um descontentamento caso não haja o cumprimento das determinações existentes. Contudo, aquele possui um instrumento mais eficaz de se fazer cumprir literalmente o que está determinado, que é a coerção, ou possibilidade do uso da força. Com relação àquela haverá um descontentamento, porém a sociedade não poderá fazer o uso da força sem que esta esteja autorizada e normatizada.

De acordo Hobbes, a natureza do homem possui três situações que promovem o conflito, quais sejam, a competição, que visa a conquista, buscando o sucesso sem se preocupar com o próximo. A desconfiança que promove ações por parte do indivíduo que o levam a defender-se contra tudo e contra todos de forma exacerbada, ou seja, sem limites. E a glória, que é a manutenção de sua reputação e de seus próximos, também de forma exacerbada.⁴⁵

Assim, esta situação desregulamentada configura uma condição conflituosa na sociedade, que enseja uma competição pela sobrevivência e um total desrespeito para com o próximo, visto que este é e pode ser o inimigo. Hobbes manifesta-se no seguinte sentido:

Com isto torna-se manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de mantê-los todos em temor respeitoso, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens.⁴⁶

As formas de controle podem evitar esta guerra entre os indivíduos dentro de uma comunidade, inclusive entre comunidades. A competição, a segurança e a

⁴⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. (Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Cláudia Berliner.) 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 108.

⁴⁶ *Ibid.*, p.109.

reputação estarão regulamentadas, os indivíduos se respeitarão e caso descumpram as regras estarão sujeitos às sanções estipuladas.

Ainda segundo Hobbes, pelas leis da natureza, o homem tem a liberdade e o poder de fazer aquilo que a sua própria razão lhe autoriza. O direito regulamenta a liberdade de atuação dos indivíduos, ou seja, ação e omissão e as leis regulamentam esta ou àquela.⁴⁷ Desta forma, para evitar a condição conflituosa, onde todos acham que podem tudo, o direito como forma específica de controle social criará condições de sobrevivência harmônica entre os indivíduos com instrumentos de punição em caso de desrespeito às leis.

A figura do controle social traz a ideia de que a relação entre os indivíduos deve ser regulamentada, seja de forma direta ou indireta. Segundo Kelsen, “a sociedade é a convivência ordenada, ou mais exatamente, a sociedade é o ordenamento da convivência de indivíduos”.⁴⁸

O objetivo deste controle é nortear as relações entre os indivíduos, ora autorizando determinadas condutas, ora as proibindo. Estas regras “determinam como o indivíduo deve conduzir-se em relação a outros indivíduos. Tais regras são chamadas normas”.⁴⁹ Estas, por serem produzidas de forma científica, dão um tratamento adequado aos acontecimentos procurando regulamentar as relações sociais com o intuito evitar conflitos.

Como foi dito anteriormente, a regulamentação ocorrerá de forma direta e indireta e as normas determinarão qual será a conduta desejada e, para tanto, criará dispositivos que incentivem os indivíduos a caminharem em um determinado sentido, é o que Kelsen chama de “motivação indireta”. Por outro lado, existem as regras que não trazem nenhum tipo de incentivo, o que é denominado por aquele de “motivação direta”. Porém, este tipo de motivação dificilmente se encontra de “forma pura” na sociedade, visto que os comportamentos dos indivíduos, em regra, sempre são fundados em algum valor que os mesmos elegeram como essencial.⁵⁰

Os dispositivos de incentivo para cumprimento das normas determinam as condutas dos indivíduos. “A conduta em conformidade com a ordem é

⁴⁷ Ibid., p. 112.

⁴⁸ KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* (Tradução de Luis Carlos Borges.) 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 225.

⁴⁹ Ibid., p. 225.

⁵⁰ Ibid., p. 226.

proporcionada pela própria ordem”. O princípio da recompensa e punição, ou seja, “princípio da retribuição” vai determinar a obediência às normas ou o sancionamento da conduta contrária ao regramento.⁵¹

De forma direta ou indireta o objetivo do controle social é ser observado e respeitado, ressaltando a ideia de que as normas sempre atraem os indivíduos em razão de alguma motivação. Kelsen entende, “que não há nenhuma norma cujo teor atraia diretamente os indivíduos cuja conduta regulamenta, de tal modo que a mera ideia dela seja suficiente como motivação” e “toda ordem é de certo modo ‘sancionada’ pela reação específica da comunidade à conduta de seus membros que correspondem à ordem ou divergem dela”.⁵²

O direito é uma técnica social específica de cumprimento de obrigações porque determina uma conduta social desejada por parte dos indivíduos por meio de coerção em caso de uma conduta diversa.⁵³

O Estado faz uso do direito, de forma indireta, para administrar as condutas sociais desejáveis e quando da ocorrência de transgressão das normas haverá a coercitividade para regularizar a situação. Desta forma, como o Estado tem o poder de punir, detém o monopólio da força, visto que somente este pode fazer uso desta legalmente. “A paz é uma condição em que a força não é usada”.⁵⁴ Caso a possibilidade do uso da força seja disponibilizado aos indivíduos, de forma não autorizada, o estado conflituoso estará caracterizado, sendo necessário nesta situação que a sociedade estabeleça, via autoridade normativa, como se promoverá a paz e por consequência como esta será defendida.

Kelsen trabalha, também, a ideia de inevitabilidade ou não do direito como técnica social, já que a possibilidade de existência de uma norma social sem coerção, ou seja, caracterizada pela “motivação direta”, o que é denominado pelo mesmo de “obediência voluntária” é questionável.⁵⁵ Segundo ele seria improvável uma ordem social nestes moldes, uma vez que mesmo que esta garantisse a todos os indivíduos seus desejos, dificilmente não haveria por parte de algum destes, violação de algo que estivesse determinado socialmente.⁵⁶

⁵¹ Ibid., p. 226.

⁵² Ibid., p. 226.

⁵³ Ibid., p. 230.

⁵⁴ Ibid., p. 232.

⁵⁵ Ibid., p. 233.

⁵⁶ Ibid., p. 235.

A ordem social desprovida de coercitividade, caracterizando-se pela “obediência voluntária”⁵⁷, seria na opinião de Kelsen “a suspensão de toda ordem social; e o restabelecimento de um estado de natureza, ou seja, um estado de anarquia”⁵⁸. Desta forma, para que haja cumprimento das obrigações determinadas socialmente, é necessário um mecanismo que obrigue os indivíduos a agirem da forma desejada pelo Estado. Este mecanismo é a coercitividade.

No embate entre “motivação direta” e “motivação indireta”, a primeira caracterizada pela moral, que regulamenta individualmente a conduta de uma pessoa e a segunda, pelo direito que regulamenta a relação social dos indivíduos coletivamente, vê-se a tentativa de se evitar o delito, ou seja, o descumprimento das normas sociais. E dentro desta discussão, o direito como técnica específica de controle social, terá mais eficácia, visto a possibilidade de se fazer cumprir o que está determinado socialmente e juridicamente mesmo contra a vontade de quem descumpriu as regras.

A presença do direito na sociedade é regulamentada por ele mesmo, sua criação se dá pelo costume e pela legislação, e figura, segundo Kelsen, de forma “estática” ou “estado de repouso”, entre delito e sanção, pois aguarda a manifestação dos indivíduos para ser aplicado. E também de forma “dinâmica”, que é o processo que vai de sua criação à sua aplicação.⁵⁹

Para a solução deste processo que vai da criação à aplicação do Direito houve a evolução de um fato substancial que foi a passagem de um estágio descentralizado, onde não havia um órgão específico para resolver os litígios para um estágio centralizado, ou seja, a criação dos tribunais, órgãos especiais com função de reger conflitos. Segundo Kelsen, a criação dos tribunais foi o fato mais importante para o desenvolvimento do direito.⁶⁰ Na forma descentralizada as próprias partes eram chamadas para a solução dos conflitos, havendo, desta forma, parcialidade nas resoluções conflituosas.

Mas será que para a validação do ordenamento jurídico bastará à visualização do direito sob esta ótica científica e racional, ou seja, emanado por uma autoridade legislativa competente, sob a égide de uma Constituição que não esteja em conflito? Habermas procura trabalhar a validade e a formação das

⁵⁷ Ibid., p. 233.

⁵⁸ Ibid., p. 235.

⁵⁹ Ibid., p. 239.

⁶⁰ Ibid., p. 217.

normas sob um enfoque diferente e para tanto utiliza a teoria do agir comunicativo, substituindo a razão prática pela comunicativa,⁶¹ mas não se distanciando totalmente da estrutura do direito positivo.

Deste modo, entende este autor que: “Apoiada no princípio do discurso, a teoria do direito – e do Estado de Direito – precisa sair dos trilhos convencionais da filosofia política e do direito, mesmo que continue assimilando seus questionamentos.”⁶² Isto porque não só a validade, mas também a legitimidade do ordenamento jurídico é essencial para uma maior eficácia das normas.

Uma sociedade deve ser ordenada para que se evite o caos; a falta de regras claras que indiquem os direitos e deveres dos cidadãos pode favorecer uma verdadeira desorganização, uma vez que nesta situação estes tendem a agir buscando o que é melhor para si. Os indivíduos independentemente do regramento existente relacionam-se entre si, pois têm a capacidade de se comunicarem e entenderem aquilo que o outro diz. “Na prática, os membros de uma determinada comunidade de linguagem têm que supor que falantes e ouvintes podem compreender uma expressão gramatical de modo idêntico.”⁶³ Parece óbvio tal concepção, mas é a partir daí que surge a possibilidade de entendimento e por consequência uma possível organização do modo de vida.

Agindo desta forma, ou seja, através do entendimento possível em razão do diálogo existente entre os cidadãos, estes podem produzir um ordenamento que não tenha como essência a coerção como forma de se fazer cumprir o que está determinado pelas normas. Isto porque a formalização das regras que irão reger as relações sociais passará pelo crivo daqueles que tem total interesse nesta situação, ou seja, os agentes que serão os destinatários das normas.

2.3. Legitimidade do Direito

A legitimidade de um ordenamento jurídico vai depender de como, por quem e em que circunstâncias foi produzido, visto que este não deve ser imposto a

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. I. (Tradução Flávio Beno Siebeneichler) 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 19.

⁶² *Ibid.*, p. 23.

⁶³ *Ibid.*, p. 29.

uma determinada sociedade, sob pena de não alcançar o resultado esperado, bem como não ter a aceitabilidade por parte dos destinatários do mesmo.

Neste norte, para que uma norma seja considerada válida não basta que seja emanada por um órgão competente e que este tenha competência para tratar da matéria, objeto da lei, visto que será necessário a legitimidade do procedimento, ou seja, como a norma foi elaborada.

Assim, para a validação do direito é necessário o respeito ao processo de normatização do Direito, que tem por escopo ser racional, garantir a liberdade e proporcionar a legitimidade⁶⁴, que é o requisito essencial para um ordenamento válido e socialmente eficaz.

A ideia de legitimidade não é de imposição do ordenamento e sim de aceitabilidade e neste sentido, afirma Habermas que:

A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se. Ao contrário, tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade, isto é, na fundamentabilidade das respectivas normas.⁶⁵

Desta maneira, os indivíduos querem crer na boa-fé dos instrumentos que permitem a produção de normas que irão reger suas vidas na comunidade. A ideia de autolegislação os aproxima da possibilidade de obtenção de um ordenamento direcionado a eles mesmos.

Tal sugestão significa que a ordem jurídica deve tornar *possível* a qualquer momento a obediência às suas regras por respeito à lei. Esta análise do modo de validade do direito obrigatório traz conseqüências para a normatização jurídica, pois revela que o direito positivo tem que legitimar-se.⁶⁶

Assim, os indivíduos pertencentes a uma comunidade podem respeitar as normas em razão da coercibilidade que as mesmas possuem e para tanto basta a validade do ordenamento; mas para haver obediência às normas simplesmente porque se acredita e aceita os objetivos a que ela se destina será necessário um respeito para com o procedimento de formação das mesmas, ou seja, se o mesmo é legítimo ou não.

⁶⁴ Ibid., p. 48.

⁶⁵ Ibid., p. 50.

⁶⁶ Ibid., p. 52.

Deste modo, afirma Habermas que: “o mundo da vida, do qual as instituições são uma parte, manifesta-se como um complexo de tradições entrelaçadas, de ordens legítimas e de identidades pessoais – tudo reproduzido pelo agir comunicativo.”⁶⁷ Isto se deve a possibilidade de comunicação entre os indivíduos desprovida de qualquer forma estratégica de interesse, uma vez que as ordens não devem ser impostas de cima para baixo e sim participadas aos cidadãos, que têm a oportunidade de interagir com o outro em busca de um ordenamento elaborado por todos.

A visualização de um ordenamento legítimo dependerá de uma aproximação do direito com a moral, resgatando um compromisso desinteressado em relação aos fins a serem alcançados, privilegiando atos que sejam caros a todos os indivíduos. Assim, entende Luiz Moreira que: “a pergunta pela legitimidade da ordem legal não obtém uma resposta adequada quando se apela para uma racionalidade jurídica autônoma, isenta da moral.”⁶⁸ Assim, em um ordenamento legítimo é necessário a existência de determinados aspectos internos e não somente aspectos coercitivos racionais que exigem o cumprimento das normas sem qualquer tipo de entendimento por parte daqueles que estão sujeitos ao controle jurisdicional.

Neste mesmo sentido, ainda segundo este autor,

[...] só tem sentido falar em legitimidade da legalidade à medida que a juridicidade se abre e incorpora a dimensão da moralidade, estabelecendo assim uma relação com o Direito que, ao mesmo tempo, é interna e normativa. Em síntese, só é legítima a legalidade circunscrita em uma racionalidade cujo procedimento se situa entre processos jurídicos e argumentos morais.⁶⁹

Deste modo, um ordenamento deve possibilitar um diálogo entre direito e moral se quiser ser, na sociedade contemporânea, considerado legítimo, pois esta sociedade é marcada pela estranheza e diversidade, necessitando de normas que sejam capazes de fazer com que os cidadãos reconheçam o próximo como parceiro e não adversário. Para tanto, este ordenamento não pode querer determinar uma comunidade simplesmente através da coerção; mas sim pela

⁶⁷ Ibid., p. 42.

⁶⁸ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 72.

⁶⁹ Ibid., p. 74.

possibilidade por parte da legislação de entendimento entre os interessados pelo bem comum.

Com isto, o direito, através do legislativo permitirá que os cidadãos resolvam seus próprios problemas, bem como minimizará a figura da coerção dando lugar a real possibilidade de solucionar conflitos.⁷⁰ O que corresponde com a ideia de autolegislação, trazendo a tona uma maior participação política dos indivíduos, chamando para si a responsabilidade de produzir um ordenamento que atenda as expectativas de uma maior efetividade do mesmo, tendo em vista que como ajudaram na criação das normas que irão direcioná-los tenderão a cumpri-las da melhor maneira possível, diminuindo, assim, os conflitos.

A ideia que os indivíduos devem sempre se submeter ao poder legiferante do Estado já há muito tempo não persiste de forma absoluta; o ser humano ganhou, ao longo do processo histórico, autonomia e desta forma começou a interagir no mundo de maneira mais crítica. Talvez o grande problema foi que muitas vezes os indivíduos confundiram, e ainda confundem, esta autonomia com a possibilidade de fazerem tudo aquilo que desejam. Esta autonomia deve ser voltada para o coletivo, com o objetivo de melhorar a vida social, construindo uma sociedade solidária.

Neste norte, Habermas promove um resgate do pensamento desenvolvido por Rousseau com relação ao entendimento sobre o bem comum e Kant no que diz respeito à ideia da autonomia ética e moral. Assim, afirma que:

É por isso que o conceito de direito moderno – que intensifica e, ao mesmo tempo, operacionaliza a tensão entre facticidade e validade na área do comportamento – absorve o *pensamento democrático*, desenvolvido por Kant e Rousseau, segundo a qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da “vontade unida e coincidente de todos” os cidadãos livres e iguais.⁷¹

Neste ínterim, as atitudes éticas e morais dos indivíduos desprovidas de interesse estratégico e voltadas para a necessidade de resolução dos conflitos terão que buscar o entendimento, utilizando, para tanto, a ação comunicativa como meio de se autoregularem. Lembrando que para haver tal possibilidade deve

⁷⁰ Ibid., p. 75.

⁷¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. I. (Tradução Flávio Beno Siebeneichler) 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 53.

existir um procedimento que possibilite este diálogo por parte dos interessados, sem qualquer tipo de limitação.

Produzir um ordenamento capaz de regular a todos com base na coercibilidade, ou seja, na possibilidade de impor uma determinada conduta, sem levar em conta o que a comunidade pensa a respeito não coaduna com a sociedade moderna, onde cada um pode pensar diferente. “O direito normatizado não consegue assegurar-se dos fundamentos de sua legitimidade apenas através de uma legalidade que coloca à disposição dos destinatários enfoques e motivos.”⁷² Em razão disto tem de haver uma possibilidade de produção e manutenção do ordenamento através de uma comunicação ativa entre os indivíduos que fazem parte da comunidade, porque assim a sociedade pós-convencional, marcada pela diversidade, poderá se comportar de uma maneira igual, pois para haver este diálogo os cidadãos deverão reconhecer uns aos outros.

Esta comunicação necessária entre os participantes de uma comunidade terá que ser oportunizada em um ambiente favorável, despida de qualquer tipo de limitação, onde os indivíduos terão o direito de discordarem entre si e exporem os seus argumentos. “Por isso, podemos ter duas atitudes frente a convicções que se tornam problemáticas: ou as apoiamos, lançando mão de argumentos, ou as rejeitamos.”⁷³ Esta abertura a uma manifestação livre é que promove o entendimento e por conseguinte uma maior aceitação do que está sendo proposto, possibilitando uma participação real dos cidadãos no ordenamento que regerá as relações sociais.

A ideia de autolegislação surge deste contexto, onde os indivíduos pertencentes a uma sociedade de direito supõem-se, como participantes livres, capazes de autorizar normas que eles são os próprios destinatários.⁷⁴ Com este entendimento se visualiza a questão da legitimidade de um ordenamento e assim, uma maior aceitabilidade deste perante a comunidade que deverá se submeter ao mesmo.

Neste norte, assevera Habermas que: “o direito extrai sua força muito mais da aliança que a positividade do direito estabelece com a pretensão da

⁷² Ibid., p. 54.

⁷³ Ibid., p. 56.

⁷⁴ Ibid., p. 59 e 60.

legitimidade.”⁷⁵ Isto tudo para dizer que não basta um ordenamento que diga o que tem que ser, ele também tem que ser aceito, sob pena de não atingir o objetivo ao qual se propôs.

A legitimidade procura a justificação do poder legal, por isso está intrinsecamente ligada à ideia de consentimento e obediência.⁷⁶ A aceitação do ordenamento por parte dos governados é fator relevante para que ocorra esta obediência desprovida de interesse. “A legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração.”⁷⁷ Com fundamento nesta afirmação de Paulo Bonavides depreende-se que a legalidade tem que apresentar as bases de sua formação para que possa realmente caracterizar um anseio democrático, sob pena de ser, simplesmente, uma forma de dizer a lei por quem detém o poder.

A imposição de regras somente pelo critério legal, que advém da percepção do estrito cumprimento daquilo que foi estabelecido pelo ordenamento vigente não dá conta de atender a realidade que se apresenta na sociedade pós-convencional, diversificada e dinâmica. Deste modo, para a visualização de um conjunto de normas legítimo é imprescindível voltar os olhos para o povo e averiguar se há consentimento e adesão dos cidadãos, dos governados.⁷⁸

Nesta perspectiva, legalidade e legitimidade, muito embora devam caminhar juntas, nem sempre subsistem ao mesmo tempo, podendo uma ocorrer sem a outra, situação que, em tese, não deve persistir para que não se vislumbre uma sociedade em conflito. Assim, de acordo com Bonavides, “concebe-se perfeitamente um governo legal que seja ilegítimo.”⁷⁹ E ainda, segundo o mesmo autor um governo tomado ilegalmente pode estar cercado de legitimidade, desde que o povo comungue do ideal almejado, justificando-o, o que no futuro promoverá uma legalidade.⁸⁰

⁷⁵ Ibid., p. 60.

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Editora Malheiros. 10 ed., 2003, p. 112.

⁷⁷ Ibid., p. 112.

⁷⁸ Ibid., p. 120.

⁷⁹ Ibid., p. 120.

⁸⁰ Ibid., p. 121.

2.4. Habermas e os vínculos entre direito, moral e política

Como a averiguação do critério da legitimidade passa pela aceitação do ordenamento por parte dos indivíduos deve-se analisar também como estes se apresentam neste contexto, ou seja, a formação interna dos cidadãos é imprescindível para a formação do Estado Democrático de Direito.

Esta formação interna dos cidadãos diz respeito à moral e neste sentido se dá importância a esta na dinâmica de construção das normas que irão regulamentar suas relações sociais. Segundo Luiz Moreira, “só são legítimas as normas legais que obrigam, na perspectiva moral, todos os membros de uma comunidade jurídica.”⁸¹ Assim, só se pode falar em legitimidade das leis se a questão moral estiver resguardada na construção das regras de comportamento.

Neste sentido como se fala em interação de todos os agentes da sociedade, depreende-se que a relação entre estes deve ser pautada na liberdade, igualdade e no reconhecimento de todos como cidadãos. Assim, entende Habermas que:

Os sujeitos do direito privado, existentes virtualmente no estado natural, ainda não aprenderam, *antes de qualquer* socialização, a assumir a perspectiva de um outro e a considerar-se a si mesmos na perspectiva de uma segunda pessoa.⁸²

Isto para dizer que para se visualizar a liberdade e a igualdade é necessário haver um reconhecimento mútuo sobre ambas e esta questão passa pelo critério interno e moral dos indivíduos, sem o qual dificilmente se poderá construir uma sociedade justa e solidária, pois para isso tem que se ter noção de valores que estão muito além da pura razão.

Deste modo, quanto maior for a capacidade crítica e de auto-reflexão dos indivíduos melhor será o produto de suas interações com os demais agentes pertencentes à comunidade onde vivem. Por isso a importância de se permitir a comunicação irrestrita entre os indivíduos no “mundo da vida”, evitando-se a sistematização deste com o intuito de cercear ou induzir aqueles a uma alienação que permite a posse contínua do poder por uma minoria que o detém. De acordo com o entendimento de Gisele Cittadino, “estamos diante de um modelo que

⁸¹ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 71.

⁸² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. I. (Tradução Flávio Beno Siebeneichler) 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 124.

supõe um debate público no qual pessoas livres e iguais definem quais direitos devem mutuamente reconhecer se pretendem legitimamente regular sua vida em comum através do direito.”⁸³ Assim, os conceitos de liberdade, igualdade e respeito devem servir de parâmetro para que se possa visualizar o reconhecimento do outro, bem como uma produção legítima dos direitos dos cidadãos.

Atingir este nível de comportamento exige dos agentes uma percepção do outro, é o que se depreende do princípio moral Kantiano. “Nós devemos escolher máximas que possam valer *ao mesmo tempo* como leis universais, o que significa que sejam capazes de autonomia ou, numa segunda versão dessa lei, não devemos tomar os outros somente como meios mas sempre *ao mesmo tempo* como fins.”⁸⁴ Como se vê as interações não devem ser pautadas em estratégias individuais, sob pena de não se atingir o bem comum da sociedade.

Segundo Habermas, no século XIX a legitimidade do direito estava entrelaçada com a autonomia moral do indivíduo, deste modo direito e moral caminhavam juntos; todavia, com o rompimento desta relação, o direito passou a afirmar-se de acordo com a interpretação positivista do ordenamento jurídico, ou seja, através de uma formalidade racional.⁸⁵ Nesta perspectiva, ainda conforme este mesmo autor, o pensamento kelseniano, “desengata o conceito do direito da moral, e inclusive da pessoa natural, porque um sistema jurídico que se tornou inteiramente autônomo tem que sobreviver com suas ficções autoproduzidas;”⁸⁶ Deste modo, esta separação de conceitos cria uma sistematização funcionalista das relações, provocando uma impessoalidade, permitindo que os cidadãos sejam tratados como peças de um jogo.

O direito e a moral devem ser visualizados em uma relação de complementaridade, visto que essa tem que proporcionar àquele, valores que permitirão um reconhecimento universal do mesmo, bem como uma formação legítima de suas normas para uma melhor regulamentação da sociedade. Por outro lado, o direito irá proporcionar às regras morais uma maior eficácia, tendo em vista o caráter coercitivo que o mesmo possui.

⁸³ CITTADINO, Gisele. *Autodeterminação e identidade. Sobre direitos individuais e coletivos em Habermas*. In: *Jürgen Habermas, 80 anos*. (Organização de Gunter Frankenberg e Luiz Moreira). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 171.

⁸⁴ KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. (Tradução de Valerio Rohden). 2ª. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. XXIV.

⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. I. (Tradução Flávio Beno Siebeneichler) 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 117.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 118.

Contudo, para se vislumbrar esta complementação entre direito e moral há que se destacar naquele a fundamentação de suas bases e nesta a autonomia, o que caracteriza sua essencialidade. Com esta atuação recíproca, validade jurídica e legitimidade estarão contidas no mesmo ordenamento, “pois uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais.”⁸⁷ É o que pensa e afirma Habermas sobre esta relação mútua entre direito e moral.

Na pré-modernidade o poder político tinha como fundamento a divindade, o que trazia a ideia de indisponibilidade do direito sagrado da época, que impunha as maneiras de agir através do soberano. Todavia, com o advento da modernidade houve uma racionalização do modo de vida em sociedade, o que provocou uma guinada na relação entre direito, moral e política, que antes eram percebidos separadamente e agora devem ser vistos como complementares.

Como se viu direito e moral fornecem um ao outro características específicas que os melhoram enquanto colaboradores da regulamentação da sociedade. No que tange a política, esta indica como o controle será exercido através de um procedimento democrático e legítimo, se submetendo também ao resultado deste. “No momento em que a legitimação é apresentada como uma realização *própria* da política, nós abandonamos *nossos* conceitos de direito e política.”⁸⁸ Isto para dizer que a legitimação do ordenamento jurídico depende do procedimento a ser utilizado, devendo ser este democrático, com ampla participação e deliberação dos cidadãos com o objetivo de se alcançar entendimento nas relações, por isso lança-se mão dos conceitos de direito e política voltados para as individualidades.

Não obstante este abandono dos conceitos de direito e política por parte dos indivíduos, estes têm a possibilidade de produzirem seus direitos subjetivos, contudo não podendo se desviar da ideia da vida em comunidade. “Na medida em que a idéia do contrato social leva em conta tal procedimento para a fundamentação de ordens políticas constituídas juridicamente, o direito positivo é submetido a princípios morais.”⁸⁹ É o que afirma Habermas com relação a

⁸⁷ Ibid., p. 140 e 141.

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. II. (Tradução Flávio Beno Siebeneichler) 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 237.

⁸⁹ Ibid., p. 238.

mudança que ocorreu com relação a consciência moral dos indivíduos com a passagem para a modernidade.⁹⁰

No contexto atual da sociedade necessário se faz trazer a tona novamente o pensamento moral kantiano para se entrelaçar com a formação do Estado Democrático de Direito e desta maneira preencher os cidadãos com autonomia para que possam escolher, por eles mesmos, o melhor caminho a trilhar, ou seja, qual regra a seguir. Para tanto, Habermas explica que Kant utiliza o imperativo categórico para estabelecer como devem ser pautadas as atitudes dos indivíduos apresentando o seguinte entendimento:

Deste princípio supremo da legislação é deduzido o direito subjetivo originário de cada um, que pode exigir de todos os outros parceiros do direito que respeitem sua liberdade, na medida em que ela estiver de acordo com a liberdade igual de todos segundo leis gerais.⁹¹

E ainda segundo Habermas, “os direitos subjetivos são co-originários com o direito objetivo; pois resulta dos direitos que os sujeitos se atribuem reciprocamente.”⁹² Estes direitos subjetivos são o preenchimento de características que permitem a livre circulação de tomadas de decisões por parte dos indivíduos.

Deste modo, quando se fala em liberalismo e republicanismo, onde aquele anseia pelos direitos fundamentais e este pela participação popular, o ideal é que se trabalhe dialeticamente com ambos para que se possa chegar a um resultado normativo efetivo e também legítimo. Assim, entende Basilone Leite que, “o princípio do direito valida o princípio da democracia, ao mesmo tempo que o princípio da democracia legitima o princípio do direito, graças a mediação realizada à luz do princípio do discurso.”⁹³ Neste norte, segundo este autor, somente será legítimo o ordenamento que nascer do processo de formação discursivo disponibilizado e utilizado pelos cidadãos, ressaltando que estes devem-se perceber, também, como destinatários do mesmo.

O princípio do discurso é introduzido por Habermas para assumir a figura do princípio da democracia, dando força legitimadora ao processo de

⁹⁰ Ibid., p. 238 e 239.

⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. I. (Tradução Flávio Beno Siebeneichler) 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 239.

⁹² Ibid., p. 121.

⁹³ LEITE, Roberto Basilone. *A chave da teoria do direito de Habermas: direitos humanos e soberania popular*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008, p. 141.

normatização, sendo apresentado de forma neutra, ou seja, indiferente a moral e ao direito⁹⁴, formando um sistema de direitos que contém as regras que os cidadãos têm que se atribuir reciprocamente se desejam regular de forma legítima suas relações através do direito positivo.⁹⁵

Neste ínterim, afirma Cittadino em relação ao procedimento democrático de elaboração legislativa que:

Ao basear a legitimidade do direito nos procedimentos democráticos de elaboração legislativa, Habermas revela o seu compromisso com o processo político deliberativo, no qual o debate argumentativo assegura a formação da vontade de cidadãos plenamente autônomos, capazes de autorrealização e de autodeterminação.⁹⁶

Com efeito, a ideia de discurso e deliberação por parte dos indivíduos na produção do ordenamento jurídico percebendo-se como os destinatários das normas permite a possibilidade de solução de conflitos de forma horizontal e não verticalizada, ou seja, imposta de cima para baixo.

Segundo a mesma autora, “há de acordo com Habermas, uma relação interna, conceitual, entre direito e democracia, que se traduz na conexão intrínseca entre direitos humanos e soberania popular.”⁹⁷ Deste modo, esta ideia de procura por parte dos indivíduos dos direitos que garantam suas liberdades deve estar em compasso com aquilo que se espera de uma sociedade de direito, ou seja, busca de entendimento nas relações.

Assevera, ainda, Gisele Cittadino que dessa relação entre direitos humanos e soberania popular Habermas coloca-se em uma posição intermediária comprometendo-se com os dois lados, visto que a conexão interna entre autonomia privada e autonomia pública deve ser trabalhada de modo que os cidadãos reconheçam o sistema de direitos para se regulamentarem através de um ordenamento legítimo.⁹⁸

Este sistema é constituído de direitos a iguais liberdades subjetivas; direitos a associação voluntária por parte dos indivíduos; direitos de igual

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. I. (Tradução Flávio Beno Siebeneichler) 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 158.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 159 e 159.

⁹⁶ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 173.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 173.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 174.

proteção legal; direitos políticos de participação; e direitos de bem-estar e segurança social.⁹⁹ Isto tudo para que se possa permitir a produção de normas visualizando cidadãos e comunidade.

A sociedade pós-convencional caracterizada pela diferença tem que ser regulamentada pelo direito; mas não um direito ditado sistematicamente com o objetivo de manter as relações controladas sem qualquer tipo de livre arbítrio por partes das pessoas. O ordenamento jurídico que se procura produzir nesta sociedade é pautado na legitimidade, ou seja, com a participação de seus maiores interessados, que são os cidadãos. Para tanto, o direito tem que se alinhar com a questão moral, que diz respeito a formação interna das pessoas e com a democracia, como procedimento adequado para se alcançar uma ordem legítima. Deste modo, afirma Habermas que:

Os direitos do homem, fundamentados na autonomia moral dos indivíduos, só podem adquirir uma figura positiva através da autonomia política dos cidadãos. O princípio do direito parece realizar uma mediação entre o princípio moral e o da democracia.¹⁰⁰

Neste sentido, o entrelaçamento entre direito, moral e política poderá produzir aquilo que a sociedade atual necessita, ou seja, um ordenamento pautado pela igualdade, socialidade e respeito para com as diferenças, permitindo que os cidadãos percebam o outro não como um adversário e sim como alguém que podem contar sempre que necessário.

Assim, os cidadãos através da formação moral orientam suas atuações com o intuito de alcançarem a ideia de autodeterminação que equivalerá a constituição de uma sociedade justa através da autoregulação democrática.¹⁰¹ Neste sentido, Habermas apresenta o argumento sobre a autolegislação dos cidadãos, exigindo que se visualizem tanto na qualidade de destinatários, como na de autores do direito em uma sociedade determinada. Não obstante, para que tenham a oportunidade de autolegislar deve-se garantir àqueles um espaço adequado, bem como o direito de participarem sem qualquer tipo de pressão ou direcionamento, sob pena de não se vislumbrar esta autoprodução legislativa.

⁹⁹ Ibid., p. 174.

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. I. (Tradução Flávio Beno Siebeneichler) 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 127.

¹⁰¹ Ibid., p. 131.

Quando se fala em autolegislação não se quer dizer formação de um ordenamento para si próprio no sentido particular e sim uma produção de um conjunto de normas realizado com o objetivo voltado para o coletivo. Desta maneira, “as deliberações servem para ponderação e discernimento de fins coletivos, bem como para a construção e a escolha de estratégias de ação apropriadas à obtenção desses fins;”¹⁰² Neste sentido, somente se pode falar em norma justa “quando todos podem querer que ela seja seguida por qualquer pessoa em situação semelhante.”¹⁰³ Tal situação caracteriza a moral kantiana representada pelo modelo do imperativo categórico, uma máxima universal.

A história da participação política dos cidadãos passou por momentos de total submissão, por momentos de manipulação e na atualidade permite-se pensar em autoregulação, ou seja, uma forma mais autônoma e soberana de interações. Isto se deu, logicamente, por fortes embates sofridos ao longo dos anos e porque não dos séculos por parte daqueles que resistiram de alguma maneira as formas não legítimas de governo. Nesta toada, afirma Habermas que: “A consciência revolucionária é o berço de uma nova mentalidade, a qual é cunhada através de uma nova consciência do tempo, de um novo conceito da prática política e de uma nova idéia de legitimação.”¹⁰⁴ Assim, a perspectiva de autodeterminação que se quer apresentar é louvável, pois as mudanças no decorrer do tempo permitem tal acontecimento, ou seja, os cidadãos podem se enquadrar não só como destinatários das normas, mas também como seus autores.

Esta consciência revolucionária clama por liberdade não é de hoje, dizia Rousseau que os homens vêm ao mundo livres e estão presos por todos os lados¹⁰⁵, e enfatizava que “enquanto um povo é obrigado a obedecer e o faz, age bem; assim que pode sacudir este jugo e o faz, age melhor ainda;”¹⁰⁶ então, pergunta-se, não chegou o momento do povo assumir sua autonomia e soberania, autodeterminando-se; porém, não pensando somente em si mesmos; mas voltados para a coletividade, reconhecendo e percebendo o outro nas relações sociais cotidianas.

¹⁰² Ibid., p. 202.

¹⁰³ Ibid., p. 203.

¹⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v.II. (Tradução Flávio Beno Siebeneichler) 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 253

¹⁰⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social: princípios do direito político*. (Tradução de Antônio de Paula Danesi; revisão da tradução de Edson Darci Heldt). 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 9.

¹⁰⁶ Ibid., p. 9.

Portanto, para que se possa desvencilhar desse jugo a sociedade pode, além da utilização dos espaços públicos formais e informais, utilizar os mecanismos de participação popular, destacando-se dentre eles a iniciativa popular de lei, tendo em vista que a mesma não se destina a simplesmente vetar, fiscalizar, servir de consulta; mas de produzir leis, legitimando o ordenamento jurídico e permitindo que os cidadãos contribuam politicamente na comunidade onde vivem.