OPINIO JURIS VEL NECESSITATIS? ACERCA DA TENSÃO ARGUMENTATIVA INTERNA À TEORIA DO DIREITO ENTRE UMA "TEORIA DAS FONTES" E UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO MARCO DE UMA COMPREENSÃO DISCURSIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

OPINIO JURIS VEL NECESSITATIS? ABOUT THE TENSION BETWEEN A "THEORY OF SOURCES" AND A "THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION" INSIDE A DISCOURSE THEORY OF LAW AND CONSTITUTIONAL DEMOCRACY

Lúcio Antônio Chamon Junior*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: Este texto pretende problematizar a tradicional compreensão que se tem dos "costumes" como "fonte do Direito". Afinal, a partir dos avanços da Teoria Constitucional contemporânea acerca dos direitos fundamentais, devedores de uma teoria da argumentação jurídica orientada a uma reflexão mais profunda a respeito do processo de modernização do Direito e da Sociedade, a releitura de temas da Teoria do Direito há que ser retomada de forma a se adequar às compreensões acerca do caráter moderno da Modernidade. Para tanto se fazem relevantes as propostas teóricas de Ronald Dworkin e Klaus Günther, e central a Teoria do Discurso aos moldes de Jürgen Habermas.
Palavras-chave: Interpretação constitucional. Hermenêutica Crítica. Princípios constitucionais. Costumes. "Fontes" do Direito.

Abstract: This article aims to put in doubt the traditional conceptions of legal uses as a "legal source". Indeed, the debates of contemporary constitutional theory about civil rights, connected to the theory of legal discourses, intend to show us the importance of a reflection about Law and Society in Modern Age. In this way, the theoretical background offered by Ronald Dworkin, Klaus Günther and Jürgen Habermas can be adopt as the best comprehension for Theory of Law and for the modernity of Modern Age.
Key Words: Constitutional Interpretation. Legal Interpretation. Constitutional principles. Legal uses. Legal "sources".

Uma questão com a qual as discussões de Teoria do Direito contemporâneas pouco se têm preocupado reflexivamente é a referida a um resgate crítico-argumentativo da chamada "teoria das fontes" do Direito, cuja apresentação, desde a Escola Histórica de Savigny, passando pelo pandectismo de Windscheid, é muitas vezes assumida sem maiores e mais profundas problematizações.

Isso tudo se dá mesmo após as contundentes críticas de um neopositivista

* Mestre em Ciências Penais e Doutor em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

como KELSEN que, apesar de não compartilharmos de seus argumentos, desde sua época já apresentava críticas, que aqui nos interessam à reconstrução dessa matéria, a posicionamentos simplistas e ingênuos.

Afinal, será mesmo que podemos nos referir a "fontes" do Direito que não sejam as normas do próprio sistema jurídico-normativo?

Para responder a tal questão, sem cair em uma perigosa redução positivista-sociológica, à qual KELSEN, inclusive, se manteve preso, vamos, diante da consideração dos "costumes" como "fonte" do Direito, procurar problematizar tanto aspectos de uma teoria das fontes aos moldes inicialmente propostos pela Escola Histórica de SAVIGNY e PUCHTA e resgatados pelo pandectismo de WINDSCHEID (I).

Posteriormente apresentaremos uma reconstrução dos argumentos de KELSEN a tal matéria visto que, uma vez herdeiro de JELLINEK, introjeta de maneira mais sofisticada a questão das "fontes" em face de uma Teoria do Direito que teve que se rever para, diante da ruptura paradigmática proporcionada pelo Estado de Bem-Estar a partir das pré-compreensões liberais do Direito e do Estado, se adequar a um alargamento da atividade regulamentadora e intervencionista do Estado (II).

Trazendo à tona compreensões subjacentes a ambos paradigmas do Direito aqui tomados em conta como ponto de partida para a discussão, trilharemos rumo a uma proposta interpretativa que leve em consideração uma revisão teórica a partir de traços reconstrutivos da nossa própria *praxis* jurídica. Para tanto, uma teoria da argumentação jurídica assumida criticamente nos servirá como *chave interpretativa* a essa polêmica que aqui pretendemos instaurar (III).

Por fim, apresentaremos nossa contribuição à matéria, concluindo que os "costumes" não são capazes de criar normas jurídicas, quando muito nos são valiosos como forma de se proceder a uma releitura do Direito em face de um caso concreto como forma de se reconhecer, em uma luta argumentativa, direitos e/ou deveres interpretados a partir de princípios jurídicos modernamente assumidos como determinantes da própria forma jurídica moderna (IV).

1. A tensão entre a "fenomenologia" da *praxis* e a "convicção nacional" como fundamento do "Direito consuetudinário": as propostas de Puchta e Savigny resgatadas pela pandectística de Windscheid

Inicialmente cabe ressaltar que, desde a perspectiva assumida por PUCHTA, torna-se necessária uma explicação acerca do que significa, no contexto de seus escritos, a referência à *origem externa do Direito*. PUCHTA se refere à existência do Direito, que viria a determinar e ordenar as relações humanas, como fundada na *consciência jurídica dos homens*. Todavia, tal consciência, segundo o autor, há que ser compreendida não como algo capaz de se justificar profanamente, mas, pelo contrário, tal consciência jurídica seria algo advindo de Deus e o Direito, pois, seria, digamos, uma "ordem divina" revelada ao homem através, porque *por meio*, de sua consciência.[1] Afinal, o "verdadeiro criador" se esconderia como que por detrás do *espírito humano*, fazendo-nos acreditar que o Direito, por fim, seria fruto da criação da consciência humana, tanto no aspecto de seu desenvolvimento, quanto no que se refere também à sua formação.[2]

Acaba assumindo PUCHTA que a consciência do indivíduo, que assim a possui, vez que membro de um povo, é que teria o condão de estabelecer uma "ligação", um "liame espiritual" deste mesmo povo. O *espírito do povo*, pois, é que seria a fonte

de seu próprio Direito e das convicções jurídicas que, todavia, poderiam se manifestar e tornar-se realidade ainda que em um único indivíduo.[3]

Entende Puchta que esta seria, então, a razão da contingência que os sistemas jurídicos apresentam; afinal, o Direito estaria atrelado às diferenças dos povos e, portanto, de seus espíritos. A especialidade das *opiniões jurídicas*, segundo o autor, seria não menos importante que o idioma na caracterização das diferenças de nacionalidade, na exata medida em que *a comunidade do Direito seria um dos vínculos espirituais* que se refeririam a um povo. Assume a posição, então, de que o desenvolvimento histórico da consciência jurídica formaria *um* dos elementos que nos permitiriam distinguir um povo de outros.[4]

Mas prossegue Puchta afirmando que para a *"existência real"* do Direito não bastaria a simples consciência: somente poderíamos atribuir realidade a esse quadro que se perfaz "naturalmente", porque divinamente conduzido, quando percebêssemos que os vínculos da vida seriam realmente ordenados segundo os princípios de tal consciência jurídica.[5] Na medida em que o Direito seria conformado por preceitos que ordenariam que algo ora fosse feito, outrora que não o fosse, não seria suficiente que a mera vontade dos indivíduos existisse para que o quadro da "realidade" do Direito estivesse conformado. Afinal, vai o autor entender que a vontade de mais indivíduos, quando orientada a "um mesmo Direito", tende a se fazer valer e a impedir a injustiça.[6] Mas também avança no sentido de que não satisfaria a mera vontade, pois seria necessário um órgão ao qual se reconheceria uma atuação, visto que imbuído de autoridade. Afinal, sem a existência do Estado, o Direito, para Puchta, apresentaria uma existência tão-somente precária e imperfeita.[7]

Na medida em que vai assumir que a origem imediata do Direito seria invisível, desenvolve a idéia de que alguns vieram a pensar que o povo viria a apreender suas opiniões jurídicas, no sentido de convicções, de especialistas, dos jurisconsultos. Outros, por sua vez, acreditaram que seria uma questão de mera observação: bastaria observar que, quando alguém empreende algo, outros podem facilmente fazer o mesmo e, quando alcançada um número maior, uma maioria, o povo, por força do hábito persuade a si mesmo de que realmente se deva agir como já se age.[8]

Puchta, discordando de tais posicionamentos, acreditou que o Direito, em sua origem poder-se-ia manifestar externamente por três formas, a saber, *a)* como uma "convicção imediata dos membros da nação", isto é, o *Direito consuetudinário* vez que "imediata consciência nacional"; *b)* como lei e *c)* como produto da dedução científica.[9] Neste momento nos interessa somente o que se refere ao chamado "Direito consuetudinário".

Desenvolvendo sua proposta teórica, o autor aprofunda afirmando que o Direito consuetudinário, como fonte do Direito, seria estreitamente conexo com a origem fundamental de cada e específico "Direito humano". E tal fonte seria, pois, a *consciência nacional* dos membros de um povo.[10] A manifestação perfeita, na expressão de Puchta, desta consciência nacional seria o fato dos indivíduos agirem em conformidade às suas "convicções jurídicas", conformando-as com a prática. Na medida em que a própria prática teria em seu fundamento um núcleo comum, a própria consciência nacional de um povo, tais práticas repetiriam *uniformemente* a partir de si mesmas, assumindo, pois, a forma dos *costumes*.[11] Mas adverte Puchta que não se poderia pretender acreditar que a repetição dos atos, que acabam por constituir o cos-

tume, é que poderia ser considerada como a fonte do Direito. Muito antes, entende que a opinião verdadeira é a contrária, pois a prática seria tão-somente o último momento, momento este em que *o Direito já se encontraria fecundado e vivo nas consciências individuais e que viria, portanto, a tomar forma externamente na prática*.[12]

Mas, afinal, como PUCHTA vem a explicar de que maneira poderíamos reconhecer o Direito consuetudinário? Na medida em que a *consciência espontânea do povo* surge como fonte do Direito, ao lado da legislação e da ciência, atribui o autor realce à questão acerca do modo de se reconhecer o Direito, pois interessaria a todos investigar sob quais condições se poderia afirmar a existência de um princípio jurídico, reconhecendo, destarte, a existência, no que aqui nos interessa, de um Direito consuetudinário.[13]

De maneira mais simplificada começa o autor a expor que o meio mais natural de reconhecer o Direito consuetudinário seria a própria prática na qual a convicção jurídica nacional, afinal, viria a se *manifestar e refletir*.[14] Tal prática consistiria em atos que "conteriam" a aplicação de princípios jurídicos, podendo ser tanto uma prática extrajudicial, como também judicial, consubstanciando-se, nesta hipótese, em *usus fori*.[15]

Mas, ao indagar sobre quais condições são necessárias para que se pudesse identificar a prática como capaz de ser interpretada como um "meio incontestável de reconhecimento do Direito consuetudinário", propõe PUCHTA que o que vai guiar esta interpretação seria, antes de mais nada, a verificação se a própria prática teria uma capacidade de ser assumida como *emanação de uma convicção comum e nacional*.[16]

Para tanto seria necessário *a)* que a aplicação do princípio subjacente à prática fosse assumido como a aplicação de um *princípio jurídico* ou também interpretado como uma *necessidade jurídica*; e *b)* que tal prática pudesse se verificar como *constante* e *uniformemente repetida* nos casos particulares em que fora alegada a aplicação do então referido princípio — de onde, pois, PUCHTA nos recorda a idéia de *longa consuetudo*.[17] Não basta a referência a tão-somente este pressuposto para que se fale em um Direito consuetudinário. PUCHTA mesmo nos alerta no sentido de que a mera repetição de um ato em épocas e momentos diferentes pode dar-se por questões "meramente fenomênicas", não se ligando, espiritualmente, pois, à consciência nacional. Aproveita também para concluir no sentido de que quando uma prática costumeira vem a expressamente contrariar ou um *preceito religioso*, ou a uma *regra de direito que não admita qualquer exceção*, por mais antigo que seja referido costume, não poderia, por sua contrariedade, ser tomado como expressão de um princípio jurídico[18] — afinal, a "prática" entraria em contradição com o fundamento último do Direito para PUCHTA, qual seja, a consciência nacional de um povo concebida por Deus.

A postura assumida e defendida por PUCHTA acerca do papel criativo dos costumes no seio do desenvolvimento do sistema normativo acabou recebendo guarida por parte de outros pensadores que, cada qual à sua maneira, acabaram por assumir o Direito consuetudinário como fonte do próprio Direito.

Ainda que não oferecendo uma justificação última em termos teológicos, SAVIGNY se mostrou extremamente simpático às propostas de PUCHTA no tema que aqui nos interessa, a ponto de em seu *System* seguir, em linhas gerais, a defesa empreendida por PUCHTA.

Começa SAVIGNY a explicitar, não em termos teológicos, mas em termos de uma justificação moral relacionada ao va-

lor intrínseco da tutela jurídica da própria capacidade moral, que o "Direito do povo" se desenvolveria não de uma maneira explícita ou exteriorizada mas, muito antes, de uma maneira invisível.[19] Assim, toma o cuidado de nos alertar que a expressão "Direito consuetudinário" poderia nos induzir a compreensões falseadas. Poderia levar à interpretação de que a origem do Direito seria fruto de uma "casualidade", ou que teria sido deixada ao "arbítrio",[20] como se fosse algo que não estivesse amarrado a uma concepção espiritual de um determinado povo.

Afinal, também Savigny vai assumir a posição de que uma análise mais apurada acerca do fundamento do Direito nos levaria a reconhecer a existência de uma *consciência geral do povo*, invisível por sua natureza, e que somente poderia ser, portanto, reconhecida nos atos *exteriores* que viriam a se manifestar vez que usos, hábitos e costumes.[21]

Não devemos incorrer no perigo de compreender que Savigny se atrelaria àquela interpretação meramente "fenomênica" à qual Puchta fez referência como insuficiente para desvelar o "real" sentido de uma prática reiterada e uniforme. Antes, parte Savigny à construção no sentido de que, ao seu ver, uma série de atos uniformes, uma prática constante, acusaria uma *origem comum*, a saber, e em sua opinião, *"a essência do povo"*. Caso não se pudesse alcançar esta origem comum, estar-se-ia em face da mera arbitrariedade e do acaso.[22]

Para o autor, assim como também para Puchta, o costume não determinaria o Direito, mas seria o *signo* através do qual o Direito positivo (válido) poderia ser reconhecido. Isto porque assume o argumento de que os princípios fundamentais do Direito "viveriam" com a consciência de um povo, não podendo, pois, ser desconhecidos. Afinal, Savigny, *na assunção de uma ética materializante*, acredita ser possível interpretar uma distinção entre "princípios jurídicos fundamentais", cujo desconhecimento não poderia ser alegado, e "princípios jurídicos secundários", menos evidentes, mais obscuros e, portanto, passíveis de maiores confusões. Mas, quanto aos princípios jurídicos fundamentais, que viveriam na consciência do povo, o costume cumpriria um papel pedagógico para Savigny: afinal, assume o autor a postura de que para que o povo tenha uma "consciência clara e distinta" de tais princípios, este mesmo povo necessitaria vê-los aplicados com uma certa freqüência. Para reforçar seu posicionamento Savigny faz alusão a uma frase de Puchta segundo a qual "o costume, para o povo que o estabelece, é um espelho no qual ele se reconhece". [23]

E conclui Savigny no sentido de que não devemos ser levados por pensamentos no sentido de que o reconhecimento do Direito positivo por meio dos costumes deva ser interpretado como algo inferior. Somente estar-se-ia correndo este risco quando a "adoção de um costume" fosse fruto de um ato "irrefletido", determinado por circunstâncias meramente acidentais — ou "fenomênicas", no sentido de Puchta. Mas dito preço não se pagaria se tal adoção fosse resultado de uma "deliberação da inteligência" a manter a "dignidade do Direito".[24] Afinal, o Direito consuetudinário se produziria não a partir das vontades dos indivíduos, mas porque oriundo da comunidade das convicções de um povo manifestadas, pois, em atos costumeiros: este, inclusive, é o motivo pelo qual não os usos reiterados haveriam que ser interpretados como produtores do Direito; antes, o costume seria tão-somente um meio através do qual se reconheceria o Direito manifestado pela convicção do povo.[25]

Windscheid, no giro positivista de sua pandectística, vai também comparti-

lhar, em linhas gerais, das compreensões de SAVIGNY e PUCHTA acerca da validade e formas de reconhecimento de um suposto Direito consuetudinário. Afirma WINDSCHEID que PUCHTA representou um papel importantíssimo no desenvolvimento de uma teoria do Direito consuetudinário, bem como SAVIGNY teve a importância de tê-la, em um primeiro momento, apresentado em seus lineamentos.[26]

Entende WINDSCHEID que por Direito consuetudinário há que se assumir como aquele *Direito usado de fato sem que o Estado o haja estabelecido*.[27] Isto porque, segundo o autor, no uso se manifestaria a *convicção daqueles que usam, lançando mão de tal prática como sendo Direito*. E, exatamente nesta razão, estaria assentada a força obrigatória do Direito consuetudinário.[28] Se se perguntasse acerca do sentido de validade jurídica de uma prática usual levada adiante pelos cidadãos, a resposta seria: a convicção que eles teriam acerca da própria força jurídico-obrigatória deste uso.

Explicita WINDSCHEID, na pretensão de conformar esta compreensão à sua proposta teórica, que, ao final, a fonte última do Direito positivo há que ser vislumbrada como a *consciência do povo* ("ragione dei popoli"), na medida em que tanto para os indivíduos, como para o povo, *a razão apresentar-se-ia como a última instância de medida das coisas*.[29] E por meio desta consciência popular é que se poderia ter instituído, imediatamente por parte do próprio povo, um Direito que se positivaria não por via legislativa, mas através do uso.[30] Afinal, estabelece WINDSCHEID uma proporção entre a produção legislativa de um povo e a firmação de um Direito consuetudinário: entende o autor que na mesma medida que se desenvolve a legislação, também se daria a retração do Direito consuetudinário.

Isto estaria justificado no fato de que uma vez que a Sociedade teria se tornado mais complexa, no sentido de um maior desenvolvimento das relações humanas, mais difícil seria pretender a *formação homogênea de uma convicção jurídica*.[31] Em razão das diferenças geográficas ou profissionais os indivíduos acabariam por assumir o "Direito dos juristas".[32]

Antes de prosseguirmos no desenvolvimento que WINDSCHEID empreende, cabe-nos aqui fazer um parêntese no que se refere à recente obra de um dos maiores processualistas da atualidade, ELIO FAZZALARI. A referência à obra de FAZZALARI torna-se neste momento interessante por nos oportunizar a compreensão de que todos esses desenvolvimentos desde SAVIGNY, passando por tantas tradições do Direito e da Ciência do Direito, se mantêm, em linhas gerais, vivos até os dias de hoje. Afinal, FAZZALARI é quem vai afirmar que a "juridicidade" de uma norma consistiria no fato desta mesma norma ser interpretada como *vinculante* e *exclusiva*. Vinculante no sentido de que a conduta dos indivíduos deve conformar-se à regra "na qual a norma consiste"; exclusiva porque esta mesma norma há que ser interpretada como prevalente em face de eventuais outras regras como, por exemplo, segundo o autor, aquelas regras de costumes.[33]

Continua FAZZALARI dissertando no sentido de que a consideração da vinculatoriedade e exclusividade da norma há que ser concretamente analisada: afinal, e aqui é o que mais nos interessa, assume o autor a posição de que os membros de uma Sociedade nutrem, no que se refere à regra jurídica, a *opinio juris vel necessitatis*, isto é, o compartilhamento entre os indivíduos de que a norma seria vinculante e exclusiva e, portanto, jurídica.[34] Complementa ainda FAZZALARI no sentido de que o que poderia mais seguramente provar a *convicção*

destes cidadãos seria a prevalência, entre esses mesmos sujeitos, da observância da referida norma e sua *marginal* não observância.[35]

A importância da referência à proposição de Fazzalari se faz na exata medida em que o autor, ao se referir à questão da *opinio juris vel necessitatis*, acaba por estabelecer uma conexão à toda a discussão aqui desenvolvida por, em nota de pé de página, diretamente fazer menção aos escritos de Puchta. Não é sem sentido, afinal, a expressão *opinio juris vel necessitatis*... Na própria compreensão de Windscheid, mas também nas colocações de Savigny e Puchta, a expressão vem tão-somente densificar o que é exigido como pressuposto da constatação de um Direito consuetudinário para além da simples prática reiterada de atos.

É nesse sentido que Windscheid, no que se refere aos "requisitos para o nascimento do Direito consuetudinário", vai afirmar a existência de basicamente cinco pressupostos ("requisitos"). O primeiro haveria que ser o fato de *o uso não dever derivar de outros motivos que não aquele apontado pela convicção de sua necessidade jurídica*.[36] Isto é, a própria idéia de *opinio juris vel necessitatis* referida por Fazzalari.

Além disso, entende Windscheid que tal convicção não pode, para efeitos de reconhecimento de Direito consuetudinário, ser algo casual, um fato isolado, mas, antes, há que se *repetir, com uma certa duração*.[37]

Mas não basta a *opinio juris vel necessitatis* e uma repetição prolongada no tempo, porque também haveria que se verificar uma *uniformidade* dos atos referidos ao uso,[38] pois, afinal, não se podem "perder" em seu sentido caindo na realização de atos exatamente opostos.

Acerca da convicção daqueles que lançam mão do uso, afirma Windscheid que haveria que existir uma "verdadeira convicção" por parte dos "usuários", não devendo a *opinio juris vel necessitatis* ser guiada por compreensões errôneas.[39]

Por fim, outro pressuposto na verificação da existência de um Direito consuetudinário seria o fato de que o conteúdo do uso não poderia ser irracional, não no sentido da prática ser inoportuna, *mas contraditória ao fundamento da ordem política e moral*.[40]

O problema de toda esta concepção se encontra no fato de uma profunda justificação em termos ético-políticos do Direito e do Estado de Direito que merecerá, mais a frente, ser problematizada. Inclusive porque todos esses autores partem de uma compreensão materializada, eticizada, daquilo que haveria que ser assumido como convicção da Nação/do povo para, a partir de então, proceder a uma densificação de um projeto político pré-moldado pelas convicções supostamente assumidas como comuns a todos os membros da comunidade jurídica.

Mas resgatando a idéia de *usus fori* apresentada por Puchta, Windscheid mesmo é quem também explicita no sentido de que a existência de referido Direito consuetudinário poderia se dar tanto pelo uso do próprio povo que *submete as relações de suas vidas* à certa norma — o que nos leva a crer a necessidade de se explicitar a distinção entre aceitação e aceitabilidade normativa —, ou ainda fruto do *uso dos juristas* que aplicariam certas normas nas sentenças, enfim, na prática jurisdicional, o que Windscheid vem a chamar de "uso dos tribunais".[41]

Interessante questão enfrentada mais diretamente por Windscheid, mas não tanto bem elaborada por Puchta em seu *Cursus der Institutionen,* é a que diz respeito aos "costumes *contra legem*". Assume Windscheid que o Direito consuetudiná-

rio teria força normativa tal qual a lei; o Direito consuetudinário não teria papel de tão-somente completar, mas também de "abolir o Direito vigente".[42] E tal fato se daria não somente entre normas de Direito consuetudinário, mas inclusive entre estas e a legislação. Todavia, alerta-nos o autor que o Direito consuetudinário *não teria qualquer força quando uma lei viesse a declará-lo como não obrigatório*.[43]

Mas não fora esta a opinião sustentada pelo próprio WINDSCHEID em edição anterior de seu *Pandekten*. O autor mesmo fez questão de deixar claro que sua posição anterior, no sentido de que "a lei não poderia dispor que o Direito não fosse Direito", tolhendo no futuro, como veio a explicar, a vigência de um Direito consuetudinário ou de uma lei, não poderia mais ser sustentada. No que interessa à matéria em foco aqui, WINDSCHEID veio explicar seu, então, novo posicionamento. Segundo este, uma lei, que viesse a excluir a força obrigatória de um futuro, posterior, costume, poderia também ser ab-rogada por um costume... Afinal, se uma convicção jurídica futura viesse a expressar, *especificamente*, que *referida lei não teria mais vigência*, aí sim, tal lei não mais regularia a proibição de se reconhecer força normativa a um costume num determinado sentido.[44] Mas veja o artifício empregado por WINDSCHEID: não é um costume qualquer aquele a ab-rogar a lei proibitiva, muito menos aquele outrora proibido pela própria lei em questão; antes, somente um costume que firmasse a convicção jurídica de que a lei proibitiva não haveria mais que ser considerada vigente é que poderia ab-rogá-la — em uma contradição patente, pois, do ponto de vista defendido pelo próprio autor, o fato de se ter a *opinio juris vel necessitatis* acerca de um uso já implicaria em uma produção imediata de Direito, tacitamente, pois, abrogando a lei proibitiva.

2. Arrumações no sótão da pirâmide normativa: o Direito Consuetudinário em face da Teoria kelseniana para além da proposta naturalizante da Escola Histórica

HANS KELSEN, estabelecendo uma crítica ferrenha à toda a *jurisprudência tradicional* que o antecedeu, vai, na construção de sua *Reine Rechtslehre*, proceder a uma reconsideração de uma série de questões fundamentais ao Direito e à Teoria do Direito. Partindo de uma proposta pretensamente "pura" à consecução de um estudo científico do Direito, no sentido de uma Teoria dogmática do Direito, KELSEN também enfrenta, no campo daquilo que entende como *dinâmica jurídica*, a problemática dos costumes como fatos criadores do Direito. Porém, cabe-nos desde já fazer o alerta de que a preocupação do autor não se orienta a uma justificação em termos de uma *convicção nacional* compartilhada em termos de um pressuposto espiritual, antes se orienta por uma releitura radicalmente funcional acerca da eficácia dos costumes, e da *eficácia do reconhecimento da eficácia dos costumes*.

Na medida em que na teoria kelseniana o fundamento de validade de uma norma positiva há sempre que ser considerado como outra norma hierarquicamente superior, norma esta posta por um ato de vontade ou, finalmente, pressuposta por um ato de pensamento (norma fundamental), todavia não bastaria para a constatação da validade normativa, em termos fracos, que uma norma fosse produzida em conformidade à outra que veio, para tanto, atribuir poder/competência à autoridade que expressou seu ato de vontade, que, em razão da norma hierarquicamente superior, passaria a ser interpretado como dotado não somente de um sentido subjetivo, mas também como supostamente dotado de um sentido objetivo: o sentido de "juridicamente válido".[45]

Seria necessário que além do fundamento de validade também se verificasse uma condição de validade, qual seja, para Kelsen, *um mínimo de eficácia* a ser constatado no tocante à norma em questão. Referido mínimo de eficácia surgiria como condição de validade da norma, pois não seria o bastante que a norma tivesse sido criada de acordo com normas de escalões normativos superiores. Afinal, ainda que uma norma assim produzida fosse *em princípio válida*, tal validade, segundo Kelsen, poderia ser limitada pela falta de verificação de eficácia da mesma norma. Surge, pois, o mínimo de eficácia normativa como *condição* capaz de *limitar* a validade de uma norma em princípio válida porque produzida em conformidade com outra hierarquicamente superior.[46]

Referida explicação torna-se central se pretendemos enfrentar a questão dos costumes na teoria kelseniana. Isto porque, para Kelsen, uma norma poderia, perfeitamente, perder sua validade pelo fato de, por um longo período, permanecer inaplicada por quem haveria de cumprir o dever-ser, ou inobservada por quem teria o dever-jurídico estabelecido pela mesma. Esta é a figura da *desuetudo* que o autor explica como um "costume negativo", cuja função seria, em suas palavras, em "anular a validade de uma norma existente". Na medida em que a Teoria Pura assume o costume como um fato criador, gerador, do Direito, nada mais coerente que também assumir que o Direito legislado possa ser também derrogado mediante práticas consuetudinárias.[47] E continua Kelsen: na medida em que a eficácia surgiria como condição de validade não tão-somente do ordenamento jurídico como um todo, mas inclusive das normas particulares, então os costumes, vez que dotados de uma *função criadora do Direito*, não poderiam deixar de ser considerados como tais pela legislação, enfim, referida função dos costumes não poderia ser excluída pela legislação[48] — ponto no qual Kelsen, pela reconstrução aqui empreendida, toma partido contra a postura defendida finalmente por Windscheid. Mas de que maneira poderiam os costumes, em face da Teoria Pura, ser considerados como fatos criadores do Direito?

Dentro da perspectiva escalonada que o autor empreende em sua interpretação no tocante ao Direito, entende Kelsen que o escalão normativo imediatamente seguinte ao da Constituição seria aquele referido a *normas gerais* criadas ou pela legislação, ou pelos *costumes*. Isto porque de uma maneira geral, vai afirmar Kelsen, as Constituições modernas instituem um "órgão legiferante especial" competente, pois, para a produção de normas gerais a serem aplicadas pelo seguinte escalão judicial/administrativo. Mas nada poderia impedir uma organização que suprimisse este órgão legiferante e que fosse concebido aos tribunais e às autoridades administrativas competência para que eles mesmos procedessem à criação das normas por eles entendidas como "adequadas ou justas para aplicar nos casos concretos".[49]

Mas deixando de lado esta hipótese, parte Kelsen para considerar, de maneira generalizada, a situação de uma ordem jurídica que instituiria um tal órgão legislativo especial.

Partindo de uma proposta convencionalista, assume que as normas criadas pela via legislativa seriam frutos de atos de vontade expressos, isto é, seriam normas *conscientemente postas*, e cujo sentido de validade adviria da norma hierarquicamente superior a atribuir competência a tal órgão para, exatamente, produzir, criar, tais normas.[50]

Por outro lado, a Constituição, nesta perspectiva, poderia também vir a instituir como fato produtor de Direito práticas

consuetudinárias.[51] E um tal fato consuetudinário teria como traço central a característica de os membros de uma determinada comunidade jurídica *a) agirem de forma sempre idêntica em certas e determinadas circunstâncias; b) que esta forma de agir se dê por um tempo "suficientemente longo"; c) de que, por essas razões anteriores, surja nos indivíduos, mediante seus atos, a vontade coletiva do dever de assim se conduzirem*.[52] Enfim, seria a própria assunção, também por KELSEN, ainda que do ponto de vista da fundamentação apresente suas diferenças em face da Escola Histórica e da Pandectística, da tese da *opinio juris vel necessitatis*.

Tal proposta se coadunaria com o projeto presente na Teoria Pura, na medida em que o costume somente seria passível de ser considerado como um fato criador de norma juridicamente válida se o próprio fato consuetudinário fosse inserido na Constituição como um fato produtor de normas jurídicas...[53]

Nos reporta KELSEN que, para a *jurisprudência tradicional*, a *opinio necessitatis* seria um elemento, um traço característico daquilo que poderia ser interpretado como fato consuetudinário, e que isto implicaria na necessidade de que os atos relativos ao costume fossem praticados na *convicção* que devem ser, pois, praticados. Mas acresce o mesmo autor que, em sendo o Direito consuetudinário Direito positivo, tal qual o Direito legislado, haveria que ser considerado como um ato de vontade coletivo cujo sentido subjetivo pudesse ser interpretado como norma juridicamente válida, como, pois, *Direito consuetudinário positivo*.[54]

Assim, parte KELSEN para uma engenhosa construção no sótão de sua própria pirâmide normativa. Quando poderia o Direito consuetudinário ser aplicado pelos órgãos aplicadores do Direito? O autor nos responde explicando-nos que isto somente se poderia dar quando esses mesmos órgãos, jurisdicionais e administrativos, fossem competentes para tanto, isto é, tivessem esta competência atribuída constitucionalmente. Mas e se por acaso o costume não fosse instituído na Constituição como fato produtor do Direito? Engenhosamente constrói KELSEN uma saída para tal dilema afirmando que, caso ocorra dita situação, *teríamos, todos nós, que pressupor que a instituição do costume como fato capaz de criar normas jurídicas já se encontraria presente e marcante na própria norma fundamental*. Teríamos, pois, que pressupor "uma norma fundamental que institua como fato produtor de Direito não só o fato legislativo como também o fato do costume qualificado"![55]

Isto nitidamente se coaduna com outra crítica que já realizamos à teoria de KELSEN no sentido de que a verificação de um mínimo de eficácia não surge como uma mera condição de validade da norma, mas surge como o próprio fundamento último de todo o ordenamento jurídico, explicado em termos de uma redução da validade normativa à faticidade de sua imposição.[56]

E estabelecendo um diálogo com a tradição que o antecedeu, KELSEN veio a explicitar que sua teoria, que vem a afirmar o costume como um fato produtor do Direito, se contrapõe à proposta da Escola Histórica de SAVIGNY, e aqui também dizemos de PUCHTA e resgatada por WINDSCHEID, que vem a afirmar que o costume teria um caráter meramente "declaratório", no sentido de que o costume não seria o fundamento do Direito, mas tão-somente nos permitiria reconhecer o Direito positivo,[57] vez que reflexo de uma "convicção do povo". Afinal, para esta tradição, o Direito não seria produzido nem pela legislação, muito menos pelo costume, mas antes, e tão-somente, pelo "espírito do povo". A isto KELSEN dispara sua crítica segundo a qual diante de

uma teoria jurídica neopositivista não se poderia aceitar um "imaginário espírito do povo" dotado de uma função constitutiva, criadora, produtora do Direito — isto porque, como bem explicita, tal pretensão de se fazer vislumbrar um "espírito do povo" acabaria por naturalizar a discussão, vez que variante de uma concepção da teoria do Direito natural que viria a refletir uma tensão entre o Direito referido ao espírito do povo e o Direito *reproduzido* pela legislação/costume.[58]

Também critica KELSEN compreensões orientadas às opiniões de que o uso consuetudinário dos membros da comunidade jurídica somente se *transformaria* em norma jurídica mediante, através, do reconhecimento por parte de um tribunal que viria a aplicar referida regra. Surpreendentemente, tal é a posição recentemente defendida por um autor oposto a Kelsen, e deste tão crítico, qual seja, NIKLAS LUHMANN.[59] Mas, continua KELSEN, tal posição de que os tribunais se encontram em face de normas consuetudinariamente produzidas em nada se difere daquela situação em que o foco se refira a normas legislativamente criadas. Isto porque, para o autor, o tribunal há que verificar, quando da aplicação normativa, se mesmo uma norma legislada há que ser considerada como uma norma juridicamente válida... E isto, referido órgão somente alcança mediante a referência a uma norma pressuposta (norma fundamental) que, por sua vez, também *incluiria* a referência aos costumes como fatos produtores do Direito.[60] Assim, não seriam os tribunais os órgãos a transformar os costumes em normas de Direito consuetudinário, antes seriam tão somente uma instância de confirmação, porque de aplicação, de normas supostamente anteriores ao próprio caso concreto em consideração pelo órgão.

É claro que há diferenças, segundo KELSEN, entre a legislação e a produção costumeira das normas. Naquela, a autoridade produtora das normas não se identifica com os indivíduos que serão submetidos às mesmas normas. Nesta há, até uma certa medida, uma coincidência segundo o autor: não há a exigência de que todos tenham participado na formação do costume. *Bastaria que a maioria dominante dos membros da comunidade jurídica tenha participado de tal produção normativa*[61] — o que resgata a necessidade de se esclarecer a distinção entre aceitação e aceitabilidade normativa.

Por fim, conclui KELSEN: se por fonte do Direito, a uma melhor luz, podemos vislumbrar "o fundamento de validade jurídico-positivo de uma norma jurídica", isto significa que a fonte de uma norma há que ser considerada, sempre, como a norma jurídica positiva do escalão superior que veio a regular sua produção. Destarte, a Constituição seria, pois, a fonte das normas produzidas por via legislativa ou consuetudinária e, por fim, a "fonte do Direito só pode se o Direito".

3. Mais além da "convicção nacional": os rumos para uma interpretação democrática do Direito e do Estado de Direito

Desde uma óptica que assuma as problematizações em torno das pré-compreensões referentes às interpretações liberais consubstanciadas na perspectiva assumida pela Escola Histórica e pelo pandectismo, bem como no que dizem respeito a um neopositivismo revisitado em termos de uma sofisticação funcionalista, podemos perceber que tanto em uma, quanto em outra proposta interpretativa, assume-se, sem maiores e maduros questionamentos, o subjugar de todos a uma identidade ética compartilhada pelos indivíduos de uma Sociedade, seja por se "ligarem" à comunidade em termos de um "espírito do povo" a permitir, suposta e fantasticamente, um

núcleo normativo comum co-determinante da vida comum, seja pela aceitação, desde uma perspectiva fraca de observação sociológica, de comandos normativos interpretados como válidos desde o centro detentor do monopólio do uso da força.

Desde já adiantamos um problema que não encontra uma interpretação coerente tanto em uma, quanto em outra proposta teórica: na medida em que a Modernidade implicou em não só uma dessacralização das formas de vida, mas também, e como questões co-implicadas, uma diferenciação funcional dos sistemas e uma "especialização" de esferas de racionalidade, enfim, tornando-se em um mundo mediado lingüisticamente desde uma perspectiva descentrada,[62] como essa mesma Modernidade pode, legitimamente, lidar com a pluralidade ética sem perder a capacidade de alimentar um sistema normativo, de saber e de ação, que é o Direito?

Primeiramente, podemos desde já adiantar que as propostas teóricas de SAVIGNY e PUCHTA falham nesta empreita, seja por pretender um valor moral intrínseco aos indivíduos a justificar a legitimidade da própria tutela jurídico-jurisdicional, para aquele, seja porque, para este, o fundamento último do Direito e da própria normatividade do sistema jurídico moderno encontrar-se-ia na *voluntas dei,* a ser "acessada", contínua e universalmente, pelos indivíduos que se reconheceriam, pois, e imediatamente, como criadores de seu próprio Direito positivo.

Sabemos que a justificativa de SAVIGNY, no sentido de entender a legitimidade do Direito atrelada a um valor intrínseco, naturalizado, portanto, da própria autonomia moral acaba, ao fim, por ser devedora de uma teoria aos moldes de uma justificativa naturalista, de uma proposta bem ao gosto da teoria do direito natural orientada a uma releitura em termos jusracionalistas. Pretender, pois, o *espírito do povo,* como aquilo que nos viria a indicar o *sentido*, o *fim* do próprio sistema jurídico, na medida em que seria, por conseguinte, *refletido* nas construções normativas de uma dada e concreta Sociedade, ao mesmo tempo em que pretende uma leitura "oficial" a este "espírito" — na medida em que leituras diferenciadas são possíveis de serem vislumbradas na Modernidade, por já não estarmos mergulhados em um mundo-da-vida compartilhado em termos de imagens sacralizadas, mas, antes, profanas —, é incapaz de lidar legitimamente com a questão que, linhas acima, entendemos como central à própria Modernidade: afinal, como enfrentar a pluralidade sociologicamente marcante em tempos modernos sem perder a dimensão da validade, da racionalidade?

SAVIGNY, ao pressupor um *telos* ao *espírito do povo*, sentido este pretendido como divinamente revelado por PUCHTA, acaba retirando da própria Sociedade a construção reflexiva dos rumos a serem por ela mesma assumidos. Afinal, se não nos é mais possível falar em um "espírito do povo" metafisicamente pretendido, por outro lado nos parece mais que plausível pretender que construções sociais venham a determinar a própria Sociedade o que, inclusive, abarca a construção do Direito desta Sociedade.

Não mais temos a ingenuidade de crer na explicação da justificação de questões sociais como algo exorcizado para fora dela mesma. Sabemos que a Sociedade constrói a si mesma através de *media* da comunicação. Não mais podemos pretender uma fundamentação sacralizada desta Sociedade. O que a Sociedade medieval certamente não foi capaz de perceber é que a fundamentação divina que se encontrava subjacente ao pano-de-fundo constituído por seu mundo-da-vida, nada mais fora que uma construção da referida Socieda-

de. Ora, a explicação sacra de, e para, uma Sociedade estamental, como a Sociedade medieval, não nos pode mais ser sentida como um "dado", mas sim como algo construído, e constantemente tomado, por esta mesma Sociedade.

Assim, nos surge, na Modernidade, como algo incoerente e inconsistente, a fundamentação sacralizada pretendida outrora por PUCHTA; pela dessacralização que a Sociedade moderna representou em face da Sociedade medieval, por ser a Sociedade moderna uma Sociedade descentrada, e pelo fato de termos aprendido que a Sociedade é fruto de processos comunicativos de sua própria construção, além de termos apreendido a especialização de esferas de racionalidade, não nos parece, de longe, plausível nem uma justificação em termos de um "espírito do povo" a ser desvelado e desdobrado na busca de um fundamento "firme" para o Direito, muito menos uma pretensão como a de PUCHTA: afinal, a própria concepção de Deus, com a Modernidade, passou a ser problematizável, porque compreendida enquanto fruto de processos comunicativos. Não mais temos pretensões de racionalidade legitimamente sustentáveis porque convencionadas e blindadas sacramente — as questões que outrora foram, desde sempre, retiradas, porque colocadas para fora, do redemoinho argumentativo,[63] pela referência religiosa ao inquestionável e ao intocável, passaram, na Modernidade, inclusive pela própria pluralidade religiosa, a ser passíveis de questionamentos e problematizações argumentativas. Não há que se pretender, pois, hoje — em uma alta Modernidade, por termos consciência do nosso tempo, das nossas limitações e das contextualizações, sempre necessárias, para bem se compreender as construções da própria Sociedade —, juízos e conclusões absolutas e eternas.

KELSEN, desde sua postura epistemológica assumida na construção de suas propostas teóricas de interpretação e compreensão do Direito, ao menos enfrentou, ao seu modo, a questão da pluralidade ética sem, todavia, alcançar uma saída capaz de ser assumida como legítima. Afinal, quando do capítulo em que discute a distinção entre Direito e Moral, em sua *Reine Rechtslehre*, KELSEN veio a explicitar que a necessária distinção entre Direito e Moral se justificaria em termos de uma referência global tangente àquele, enquanto a Moral sempre se apresentaria como particular e referida a posicionamentos subjetivos. Ainda que não assumamos a distinção entre Direito e Moral nestes termos,[64] KELSEN vai, ao final, ao mesmo tempo que afirmar a distinção entre Direito e Moral, sobretudo em termos e para efeitos de uma Ciência e de sua "coerência" epistemológica, não excluir que na própria construção do Direito questões por ele então consideradas "morais" re-entram: afinal, uma norma positiva nada mais significaria que um ato de vontade da autoridade competente de "escolha" de *uma das* interpretações possíveis de uma norma dotado, pois, de um sentido subjetivo e também de outro objetivo porque interpretável em face de uma norma hierarquicamente superior que à autoridade atribuiria poder/competência, exatamente, para validamente perante o Direito realizar tal *escolha*.

Empregado tal raciocínio silogístico à própria matéria dos costumes como atos coletivos capazes de criar normas juridicamente válidas, além de nos permitirem vislumbrar a figura da *desuetudo* — em razão do não-cumprimento do mínimo de eficácia, vez que condição de validade da norma —, KELSEN veio a concluir que o Direito é que seria "fonte" do próprio Direito. Ora, ao final, seria o próprio Direito que determinaria quando e como determinados atos de vontade, individuais ou coletivos, haveriam que ser reconhecidos como dotados de um sentido jurídico.

Veremos, mais a frente, quando podemos afirmar o Direito como "fonte" do Direito... Por aqui nos basta, por enquanto, afirmar que a presença de um argumento de autoridade aos moldes de KELSEN, não nos permite, em face da modernidade da Modernidade, sustentar sua proposta interpretativa. Afinal, o autor entendia que o Direito sempre era uma ordem jurídica coercitiva que poderia ser interpretada como de uma determinada comunidade jurídica. A questão se torna mais delicada quando a própria ordem jurídica passa a ser assumida como referida ao monopólio do uso da força: somente assim, afinal, a ordem jurídica poderia ser interpretada como uma ordem coercitiva e globalmente eficaz. Avançando nos argumentos do autor, as normas tocantes à ordem jurídica garantida e *imposta* pelo Estado, vez que detentor do monopólio do uso da força, poderiam tanto ser *aceitas* pelos cidadãos, que se comportariam em conformidade ao dever jurídico que estas normas viessem a estabelecer, como também poderiam *não ser aceitas*, podendo, pois, ser ainda *aplicadas* pelos órgãos competentes que deveriam se orientar rumo à conduta devida (aplicação da sanção) estabelecida por cada, e toda, norma jurídica, não obstante a discordância dos cidadãos em face de uma norma sob questão.

Podemos já vislumbrar que a proposta teórica de KELSEN, percebendo a complexidade ética da Sociedade moderna, não vem a fundamentar o Direito em um suposto "espírito do povo" compartilhado em termos substancialistas, nem pressupõe, necessariamente, a aceitação coletiva das normas referentes à ordem jurídica: bastaria um aparato institucional e militar suficientemente forte capaz de fazer valer, em face da Sociedade civil, as "normas jurídicas" *impostas* por um determinado regime.

Este argumento de autoridade, tão fortemente marcante nas proposições neopositivistas do autor, não consegue se sustentar em face da seguinte indagação: a partir do momento em que um dos desafios que a Modernidade colocou a si mesma, qual seja, lidar racionalmente com a pluralidade ética, pressupõe uma justificação não mais sacralizada, porque esta sim é que estaria embebida em argumentos de autoridade que vedariam questionamentos-chave de auto-indagação social, como sustentar a "força" das normas jurídicas sem cair, mais uma vez, em um argumento de autoridade, vez que a própria Sociedade moderna se enxerga como autora de si mesma? Afinal, com base em que argumento, senão o de uma "autoridade intocável", cuja força adviria da ameaça constante do uso da *violência*, posso pretender interpretar o Direito como uma ordem normativa coercitiva e globalmente eficaz a ser garantida por quem detém o monopólio do uso da força?

A proposta de KELSEN não leva a sério as conquistas subjacentes e muitas vezes não explicitadas da própria Modernidade. Não leva adiante o que significa, em um nível mais profundo, a superação de uma justificação sacra da Sociedade; é, pois, incapaz de compreender que a superação de uma justificação em termos de argumentos de autoridade, capazes de retirar da discussão pública determinadas questões, porque haveriam que ser sentidas como sempre constantes e inquestionáveis, também não permite espaços para uma justificação em termos meramente sociológicos de observação do fazer-valer o uso da força, aqui melhor interpretado, no sentido mesmo de ARENDT,[65] como violência. Isto tudo porque a Sociedade moderna, ao perceber que constrói a si própria, não mais consegue sustentar a exclusão de qualquer dos indivíduos desta mesma Sociedade porque não

há nada que não possa mais ser assumido como questionável, por esta Sociedade; não mais há a crença de uma fundamentação última desta Sociedade para além dela mesma. Não mais se sustentam interpretações que deixam implícitas exclusões naturalizadas ou naturalizáveis: afinal, percebendo em que sentido a Sociedade constrói a si mesma e, inclusive a imagem de si própria — enfim, a Sociedade da Sociedade —, concluímos que a força capaz de superar tais naturalizações, inclusive dos argumentos de autoridade, é a própria força do *poder comunicativo*.

Na medida em que, numa alta Modernidade, percebemos e temos a consciência de que as questões sociais são construídas comunicativa e argumentativamente no seio da própria Sociedade, e a partir de uma constatação *sociológica* de que o princípio da igualdade fora assumido pela própria Modernidade no seio de seu mundo social, equivale dizer, as questões de Justiça e de Licitude passaram a ser interpretadas não mais com base em argumentos naturalizados e de autoridade como "posição de nascimento" — pois somente assim é que se pode interpretar coerentemente a idéia de justiça e de *debitum* em São Tomás de Aquino, por exemplo —, mas antes assumidos e compartilhados em um mundo-da-vida genuinamente moderno. Afinal, no que tange a questões do mundo social a Modernidade se construiu, e continuamente se constrói, sob a pretensão de um igual reconhecimento de liberdades.

Isto exatamente nos permite melhor refletir sobre a democracia como sendo, na Modernidade, o processo que nos permite co-construir o Direito de maneira legítima. Se, na alta Modernidade, apreendemos que a Sociedade constrói a si mesma através de processos comunicativos, e que a única força que se faz prevalecer é a própria força dos argumentos assumidos reflexivamente em debates publicamente sustentáveis, não há mais que se pretender validade, na Modernidade, argumentos de autoridade que, contrariamente, retiram sua força não de processos comunicativos sustentáveis em face do mundo-da-vida, mas de uma naturalização que, no caso da teoria de Hans Kelsen, corre o tremendo risco de se dar mediante o uso de *violência*, e não de *poder* comunicativo.

Esta nota há que ser acentuada na teoria de Kelsen, mas que perfeitamente também cabe às propostas tanto de Savigny, como também de Puchta e Windscheid — este, aliás, grande responsável pela virada positivista na interpretação do Direito pela Pandectística —, porque, em *Reine Rechtslehre*, Kelsen, ainda que prescindindo da aceitação por parte dos cidadãos, afirmava a validade de uma ordem jurídica que se fizesse valer por simples imposição de órgãos orquestrados em face daquele, ou daquilo, que deteria o monopólio do uso da *violência* — violência, e não poder, porque não justificado o seu uso em termos de discursos racionais capazes de conferir legitimidade ao seu próprio uso.

Tudo isto, na teoria de Kelsen é nítido quando, na verdade, a norma fundamental somente cumpriria seu papel quando todos se submetessem aos ditames de uma Constituição que fosse eficaz, eficácia esta capaz de ser alcançada a qualquer preço, inclusive ao custo de uma imposição conseguida em termos de *violência* — que reflete numa aplicação das normas por parte dos órgãos competentes, e cuja competência é garantida pelo monopólio da força — ou, ainda, em razão de uma larga *aceitação* da ordem jurídica — refletida no cumprimento por parte de uma maioria dos cidadãos dos deveres-jurídicos que lhes são impostos; o que, definitivamente, não descarta hipóteses de "rebeldia" a serem superadas em termos de uso da violência.

Isto porque a noção com a qual interpretamos a idéia de aceitação de normas não está necessária e diretamente atrelada ao assentimento por parte dos afetados dessas mesmas normas: uma postura passiva de não se querer algo diferente, seja por medo, seja pela própria força simbólica da imposição, por opressão ou por conveniência e comodismo, acaba tendo que ser interpretada como *aceitação* de "normas", ainda que não em termos reflexivos e críticos capazes de garantir a racionalidade, em termos comunicativos, de uma *aceitabilidade* normativa.

Embora a concepção que perpassa a proposta teórica acima reconstruída acerca dos costumes como "fonte" do Direito esteja atrelada à idéia de *opinio juris vel necessitatis* — e não obstante tal postura, afinal, poder ser genericamente assumida como aceitação por parte dos membros de uma determinada comunidade jurídica de uma prática interpretada, nos termos da própria aceitação, como "juridicamente devida", já que a "necessidade jurídica" há que, aqui, ser assim interpretada —, entendemos que, exatamente neste ponto, é que reside todo o problema de tal acepção dos "costumes" como pretensamente dotados de uma força jurígena capaz de permitir a "criação" de normas supostamente válidas.

É nítido que tanto na vertente que defende um "espírito do povo", seja em termos tendentes a um teologismo, como em PUCHTA, seja orientado a uma recepção positivista, como em WINDSCHEID ao pretender tal recepção como uma constatação sociológica de uma homogeneidade ético-política da e na comunidade jurídica, como também na proposta de KELSEN que, ao incorporar a questão da pluralidade ética, superando uma leitura ontologizante da Escola Histórica, não conseguiu, todavia, oferecer respostas para além da mera observação sociológica, típica, pois, do próprio paradigma positivista de compreensão e interpretação do Direito, se encontra subjacente a pretensão de que as práticas reiteradas e uniformes dos cidadãos estejam envoltas na capa de uma *opinio juris*, isto é, apresentem o *pedigree* de serem práticas aceitas, ainda que não unanimemente, mas em face de um contingente represente a maioria (KELSEN).

E esta aceitação decorreria muito antes em termos de uma convicção nacional compartilhada (PUCHTA), porque refletora de um pretensioso "espírito do povo" (SAVIGNY, WINDSCHEID), ou de uma possível coincidência e repetição de atos que haveriam que ser considerados como dotados de um sentido objetivo para além do próprio significado coletivo da *praxis*: afinal, é assim que KELSEN, neste caso, consegue remeter à norma fundamental, pressuposta, a própria *pressuposição* da validade jurídica dos "costumes".

Isto, tangente tanto à proposta da matriz da Escola Histórica, como também a referida à Teoria Pura, coloca a seguinte questão central na superação desse impasse: afinal, será que as questões atinentes ao Direito da Modernidade hão que ser racionalmente conformadas em termos de uma mera constatação sociológica de uma *aceitação*, possível de se alcançar, inclusive, mediante ações instrumentais de emprego de violência, ou tratar-se-ia de algo somente apreensível adequadamente não em face de uma simples aceitação, mas de uma *aceitabilidade* construída argumentativamente?

A partir do conceito de aceitabilidade racional aprofundado pela Teoria do Discurso, de JÜRGEN HABERMAS,[66] podemos resgatar o que aqui já havíamos apresentado, avançando no sentido de que não se tem mais a ilusão de uma fundamentação da Sociedade para além dela mesma, nem que haja, pois, uma naturalização do discurso

em termos de argumentos de autoridade. Isto porque, se libertando dos grilhões de uma Sociedade sólida, como a Sociedade medieval, para usarmos a expressão de Zygmunt Bauman,[67] a Modernidade se *liquefez* em razão de uma descentração, uma dessacralização, um processo de diferenciação funcional dos sistemas, um processo de especialização das esferas de racionalidade, todos co-implicados e somente possíveis porque construídos em termos de uma *praxis* comunicativa a exigir de cada, e de todos, os indivíduos envolvidos nesse projeto do passado, e que se abre continuamente ao futuro (mas também ao passado, paradoxalmente), a assunção de uma postura *realizativa*,[68] isto é, de uma postura que, em termos comunicativos, signifique a defesa de pontos de vista e de opiniões não com base no uso da violência ou "garantidos" por um argumento de autoridade sacado quando conveniente, mas mediante as próprias regras da linguagem e que deságuam, ao final, na força de um sempre *melhor argumento*.

Somente compreendendo a força do poder comunicativo gerado, pois, nos processos de comunicação, equivale dizer, tão-somente a partir da apreensão de que *aquilo a garantir, a todos os co-implicados, a aceitabilidade de determinadas construções da Sociedade, é a força do melhor argumento*, podemos, reflexivamente, pretender não só, mas também, um Direito modernamente legítimo.

Como Kelsen muito bem nos alertou, a referência, por parte da Escola Histórica, a um "espírito do povo" apresentava embutida um argumento de autoridade no sentido de que tal "espírito", enquanto dotado de um *telos* não dominável pelo indivíduo, acabou por se apresentar como uma vertente devedora da tese do "Direito natural" a ser *refletido* no "Direito positivo" — e pelos "costumes", inclusive. Vimos também a proporção que a força da *violência* acaba tomando em sede da Teoria Pura. E, exatamente por estas razões, é que podemos refutar ambas propostas porque incapazes de lidar com os pressupostos subjacentes à própria *praxis* social moderna.

A tese da *opinio juris vel necessitatis* parte da pressuposição de que os indivíduos compartilham ou de uma identidade ética comum, a guiar e a ser refletida em suas condutas constantes e rotineiras, ou de uma vontade assumida como vontade coletiva de se orientar de determinada forma. O problema destas teses é, exatamente, não problematizar a legitimidade dessas práticas em face da pluralidade e complexidade da Modernidade; é não levar a sério que nada referente ao mundo social nos é "dado", mas, antes, construído em processos que, por sua vez, pressupõem a própria dimensão normativa da comunicação, isto é, que pressupõem que algo não pode ser validamente assumido como racional senão em face de um processo comunicativo garantidor de um espaço capaz de construir um *melhor argumento* acerca de determinada questão.

Na medida em que argumentos naturalizados de autoridade não podem mais garantir a sustentabilidade da racionalidade a qualquer pretensão na Modernidade, essa mesma Modernidade se construiu, desde sempre, com pretensões de reconhecimento, a todos, de iguais liberdades — inclusive, e sobretudo, comunicativas. Aquilo capaz de ser considerado e pretendido como racionalmente válido, pois, passou a depender de uma sustentabilidade pública a ser confirmada, ou refutada, em discursos em que *todos, pois, têm iguais possibilidades de participação*.

Esta é a peça-chave daquilo que podemos entender como aceitabilidade racional: esta não implica uma concordância ou uma anuência com o conteúdo de uma,

por exemplo, Lei aprovada no Congresso Nacional. Não significa que através de um "melhor argumento" se possa convencer o outro acerca de suas preferências pessoais…[69] Mas se abre a possibilidade para a compreensão de que por um "melhor argumento", sempre assim interpretado em face de um pano-de-fundo intersubjetivamente compartilhado, podemos assumir determinadas pretensões de verdade, ou de correção normativa, ou de veracidade como *racionais*.

A idéia de aceitabilidade, pois, nos permite vislumbrar a Sociedade como uma Sociedade aberta, em constante processo de construção e de convencimento argumentativo sustentável em face das pré-compreensões compartilhadas no mundo-da-vida. É inevitável, pois, interpretar aceitabilidade como atrelada a uma concepção procedimental, já que a aceitabilidade, como fruto de um jogo argumentativo em que os participantes têm iguais possibilidades de participação, somente é capaz de florescer na medida exata em que tal processo garanta as regras da própria *liberdade de igual argumentar*...[70]

Assim, não significa que a aceitabilidade, isto é, "o fato de algo ser aceitável a todos, porque construído em um discurso, vez que processo, em que todos os interessados poderiam, ou podem, levantar pretensões argumentativas a serem tomadas em conta, sendo admitidas, ou rechaçadas, já que todos têm reconhecidas iguais liberdades comunicativas de participar da construção pública das próprias questões pela Sociedade colocadas", não abra espaços para a aceitação. Nitidamente um debate público, e aqui mais especificamente o de aprovação de um Projeto de Lei, envolve pontos de vista passíveis de serem justificados, mas não somente, em preferências ou valores pessoais. O fato de uma tal proposta ser aprovada, não significa que todos passaram a compartilhar dos valores daqueles que defendiam referido Projeto de Lei, nem que os "vencidos" na disputa argumentativa possam deixar de discordar da forma como uma determinada matéria fora regulamentada. A questão há que ser analisada em termos do processo comunicativo de construção da decisão que, no caso em tela, há que ser assumido como o próprio processo legislativo.

O fato de em um processo legislativo argumentos éticos, mas também morais e pragmatistas, serem trazidos na defesa ou na repulsa de um determinado Projeto em discussão, jamais significa que para a aprovação deste mesmo Projeto tenhamos que convencer a todos e a cada dos participantes, deste processo público de discussão, dos "argumentos centrais". Mas ao mesmo tempo tem-se que garantir a *possibilidade de participação,* considerada a especificidade do caso, de qualquer afetado por esta decisão em sua construção: do contrário, não estaríamos levando a sério a dimensão *argumentativa* subjacente à construção da Modernidade; estaríamos vedando a participação a um co-implicado com base em um argumento de autoridade incapaz de se sustentar, mais uma vez, argumentativamente em face do mundo-da-vida moderno.

A aceitabilidade, pois, é dependente de um processo social de construção discursiva. Algo, no mundo moderno, há que ser tido como *aceitável* na medida em que seja fruto de um processo público e argumentativamente sustentável em face daquilo que nós mesmos compartilhamos. E isto é algo do qual não podemos dispor: as regras do jogo argumentativo não estão disponíveis para os seus participantes. As regras do jogo argumentativo são atreladas à Modernidade, e a própria Sociedade não tem como dispor destas regras sem deixar de ser, pois, moderna.

Isto Habermas entende como atinente à uma dimensão pragmática-universal que se construiu com, e pela, própria Modernidade;[71] isto, afinal, é que nos permitiria continuar projetando o caráter moderno de nossa Sociedade que, ao compreender isto, aprende e se torna mais complexa, altamente moderna, pois.

Conclusões alcançadas em respeito tão-somente à força do melhor argumento, geradas, enfim, pelo *poder comunicativo* sendo, assim, aceitáveis a todos que deste processo tiveram e têm a possibilidade de participar, não excluem espaços de aceitação, como já insinuado anteriormente. Uma Lei, por exemplo, legitimamente produzida, isto é, racionalmente aceitável, pode ser, por vários concidadãos também aceita no sentido de se concordar com a forma com que trata de determinado assunto. Mas ainda que do ponto de vista particular, de minha compreensão de vida-boa, eu discorde de uma determinada regulamentação legal, esta mesma regulamentação é para mim *aceitável* se eu tive *possibilidade* de participar em sua construção — seja, exemplificadamente, participando do processo de eleição dos representantes no Poder Legislativo e no Poder Executivo, seja participando dessa discussão na esfera pública, através de manifestações públicas, liberdade de imprensa ou ainda fazendo valer minhas pretensões em vias institucionalizadas abertas, inclusive, à Sociedade civil. "O fato de algo ser para todos aceitável não significa, ou não depende, da aceitação de todos. Não temos todos que compartilhar de convicções aclamadas em termos de uma unidade nacional ou de um "espírito do povo" para sermos membros de uma mesma comunidade jurídica. O poder comunicativo gerado em discursos racionais é aquilo a garantir a legitimidade, inclusive, da produção do Direito. Não temos que pretender vislumbrar, portanto, uma unidade ético-política para que seja possível uma vida sob o império de um Direito legítimo" — não temos que compartilhar dos mesmos *valores*, mas temos que assumir, por sua vez, a dimensão procedimental subjacente à *praxis* argumentativa referida à Modernidade.

Somente em respeito a esta dimensão, de respeito às iguais liberdades comunicativas e de participação reconhecidas nesse processo público de discussão, é que o Direito é capaz de retirar sua força de legitimação. "Isto implica afirmar que somente a democracia é capaz de justificar o Direito, [72] em face desta idéia de aceitabilidade, na Modernidade que se construiu como plural e como complexa; como uma Sociedade incapaz de ingenuamente pretender explicações ético-materializantes para questões que envolvem uma infinitude de pontos de vista e preferências. Disto se pode concluir que o papel da Constituição, na Modernidade, há que ser assumido como o de garantidor das próprias condições comunicativas de produção de legitimidade e geração de poder comunicativo".[73]

Disto se infere que esta dimensão, que aqui especificamente está recortada em termos do Direito, é constitutiva da própria *forma jurídica moderna* da qual o Direito, por sua vez, não pode dispor: do contrário, repita-se, o Direito não poderia ser considerado "moderno". Esta é a razão pela qual sustentamos o entendimento de que o "Direito" nazista não pode ser interpretado como Direito moderno, ou como paradigma do Direito moderno; antes o "Direito" nazista há que ser interpretado como antimoderno por, justamente, se colocar na contra-mão do projeto moderno de igual reconhecimento de liberdades pelos concidadãos. Afinal, o "Direito" nazista não pode ser pretendido como racionalmente justificado em face do caráter moderno da

Modernidade: antes, justifica-se não em um poder comunicativo, mas em termos de um argumento de autoridade, bem ao gosto da teoria kelseniana.

É claro que as problematizações referentes a um discurso de justificação[74] sempre nos conduzem a questionamentos acerca do processo legislativo, porque processo democrático de produção do Direito. Por outro lado também é relevante o processo de aplicação do Direito, processo esse que envolve pretensões de correção normativa em face de um caso concreto. Acima já tivemos a oportunidade de rapidamente apontar no sentido de que a racionalidade na Modernidade sofreu um processo de especialização, e uma das pretensões de racionalidade que podem ser assumidas pelos falantes é, pois, a pretensão de correção normativa que, obviamente, envolve um juízo de adequabilidade normativa em face de uma situação concreta recortada e problematizada em termos comunicativos.

O mérito dos escritos de KLAUS GÜNTHER[75] reside, dentre outros, em problematizar as diferenças entre um discurso jurídico de justificação da norma, atinente a um processo democrático, e um discurso de aplicação da norma jurídica, referido a um processo jurisdicional — mas não só. HABERMAS, assumindo a proposta de GÜNTHER, mas a redimensionando em face da dimensão pragmática-universal à qual já nos referimos, vai aprofundar esta discussão, sobretudo em face dos processos comunicativos e da diferenciação funcional dos sistemas.[76]

O processo de modernização há que ser assumido, dentre outras questões, como um também processo de diferenciação funcional dos sistemas. Isto significa que, diferentemente da Sociedade medieval centrada na Religião, os sistemas sociais, ao longo da modernização da Sociedade, passaram a se diferenciar, sendo cada um dotado de uma função que lhe é própria e sustentável argumentativamente em face do mundo-da-vida. Não nos cabe aqui aprofundar qual seria a função do Direito. Por ora basta esclarecer que argumentos religiosos, políticos, morais, econômicos, dentre outros, *não podem encontrar*, no processo de *aplicação* do Direito, *aquela força do melhor argumento*. Isto porque se a Sociedade moderna é uma Sociedade descentrada, o é exatamente na medida em que cada sistema passou a ser seu próprio centro, assim também refletido em termos de uma diferenciação de argumentos capazes de serem assumidos como determinantes em processos argumentativos de problematização de pretensões de racionalidade.

Assim, é que nem argumentos éticos — referentes a concepções de vida-boa, a valores, enfim —, nem argumentos morais — tocantes ao justo, isto é, àquilo capaz de ser interpretado como decidido no igual interesse de todos —, nem argumentos pragmatistas[77] — que digam respeito aos meios de se alcançar uma finalidade, sempre parcialmente eleita —, podem ser assumidos como *argumentos determinantes em uma aplicação jurídico-normativa*.[78] O juízo de correção normativa, em razão da especialização dos juízos de racionalidade co-implicada no processo de diferenciação funcional dos sistemas, no que diz respeito ao Direito, somente se sustenta em face de argumentos que tomem por centro, pois, o próprio Direito. Com isto estamos afirmando que a Modernidade exige que argumentos jurídicos, e tão-somente argumentos jurídicos, sejam assumidos como determinantes do juízo de correção em um processo argumentativo de aplicação normativa. Somente assim é capaz de se garantir uma aplicação do Direito que respeite a condição moderna de nosso tempo, que respeite o processo social que se constituiu, e se constitui, na própria Moderni-

dade, que respeite, portanto, a *racionalidade* e a *aceitabilidade*, argumentativamente sustentáveis, na construção da *praxis*.

As conseqüências da assunção desses pressupostos subjacentes à *praxis* comunicativa se refletem mais concretamente em algo que tanto o paradigma liberal, quanto o paradigma de bem-estar, foram incapazes de perceber. A aplicação do Direito não pode se prender a uma determinada concepção ética, axiológica, a introjetar, no seio da argumentação jurídica de aplicação, uma ordem ou uma hierarquia de valores a serem assumidas como determinantes do próprio juízo de correção normativa. Antes, cabe-nos esclarecer que se questões éticas — como também as morais e pragmatistas —, surgem na argumentação das partes na reconstrução do caso concreto e nas *suas* interpretações parciais do Direito, o desafio da imparcialidade do julgar exige, justamente, o afastamento dessas questões de modo a permitir que a argumentação que venha a fundamentar o juízo de adequabilidade normativa seja, sempre, um argumento jurídico, *o melhor argumento jurídico*, assim sustentável em face do pano-de-fundo que o sistema jurídico moderno, e seus princípios, representam.

Que estas questões éticas, morais e pragmatistas sejam assumidas como determinantes em um processo legislativo em que *todos têm iguais possibilidades de fazer valer seu ponto de vista no debate público,* não decorre que possam ser determinantes da aplicação do Direito. Afinal, na medida em que o Direito é um sistema funcionalmente diferenciado, temos que respeitar esta característica se pretendemos levar a sério uma aplicação racional do próprio Direito — e isto significa tomar em consideração, de maneira determinante na aplicação do Direito, somente argumentos jurídicos... Do contrário, a própria legitimidade da aplicação normativa estaria posta em cheque: afinal, o lugar de se pretender fazer valer uma convicção pessoal, ou grupal, na construção de uma norma, há que ser num processo democrático, em que todos tenham iguais chances reconhecidas de participar em um discurso público, e não em uma decisão jurisdicional que ilegitimamente firmaria um determinado conteúdo ético não com base em um "melhor argumento" — já que nenhum argumento é capaz de legitimamente pretender afirmar uma concepção ética como superior à outra, na medida em que a Modernidade se construiu aberta à pluralidade axiológica —, mas sob o peso de um mero argumento de autoridade a *blindar argumentativamente* tal decisão.

Podemos, então, brevemente concluir que a problemática da legitimidade de normas jurídicas não se trata de uma questão relacionada nem a uma determinada e concreta concepção ético-política materializada no espírito do povo, nem a argumentos de autoridade a retirar da democracia a possibilidade de construção *aceitável* do Direito. Como se pode apreender, trata-se de algo que vem a transcender de contextos e paradigmas específicos da Modernidade, vez que atrelado a uma pragmática-universal, a uma forma jurídica que não é *daquela* comunidade *concreta* e *circunstanciada*, mas que a transcende, porque é referente à Modernidade — somente assim podemos compreender, afinal, a ilegitimidade do nazismo...

4. A insustentabilidade da pretensão acerca dos "costumes" como "fonte" do Direito moderno: a assunção de uma teoria da argumentação jurídica orientada ao constitucionalismo moderno para além de uma "teoria das fontes"

Toda a reconstrução teórica que apresentamos linhas acima mostra-se de suma importância neste ponto, já que toda a discussão da Teoria Constitucional contem-

porânea parece estar envolvida no próprio desafio de uma teoria da argumentação que seja capaz de explicitar pontos a serem tomados em consideração de maneira reflexiva rumo a uma aplicação constitucionalmente orientada, pois, à garantia dos direitos fundamentais. Isto se torna uma peça-chave, e o Direito Constitucional assume a centralidade em termos argumentativos que possui: somente o reconhecimento recíproco de direitos fundamentais, garantidores de uma autonomia pública e de uma autonomia privada, é capaz de "criar as condições necessárias de geração racional, e legítima, pois, de poder comunicativo a partir de discursos públicos, porque argumentativamente, sustentáveis". Somente o reconhecimento construído pela Sociedade moderna, através de discursos racionais, dos direitos fundamentais indistintamente assim reconhecidos a todo e a qualquer membro dessa mesma comunidade jurídica é capaz de simultaneamente garantir espaços privados de construção da personalidade e também espaços públicos de construção da Sociedade. É tão-somente da compreensão de que o mundo moderno se constituiu mediado lingüisticamente, e que tal mediação não se deu blindada por qualquer argumento de autoridade a retirar dos participantes qualquer indagação ou questionamento, é que podemos reconhecer a possibilidade de construções que se desenvolvem paralelas entre uma esfera pública e outra privada. E tudo isto somente se torna possível mediante o reconhecimento igual de liberdades fundamentais a todos os membros de uma referida comunidade. Afinal, não mais podemos pretender o caráter moderno do Estado de Direito se não vislumbrarmos o reconhecimento indistinto a todos de direitos fundamentais a garantirem liberdades subjetivas e liberdades comunicativas, cujas pretensões que trazem consigo mesmas encontram-se também subjacentes ao próprio caráter moderno da Modernidade.

A relevância dos direitos fundamentais, para além da co-implicada luta política de seu reconhecimento, levou o pensamento constitucionalista contemporâneo a centralizar as discussões em torno da hermenêutica constitucional e da compreensão da jurisdição constitucional[79] como forma de se explicitar o caráter moderno do Direito, e as co-implicações disto na própria aplicação/interpretação do Direito, cujo desafio acaba por ser aquele que desde sempre a Modernidade colocou a si mesmo, qual seja, levar adiante o projeto de iguais reconhecimentos de liberdades...

Assim, é que desde as propostas de DWORKIN, refletidas em termos de uma hermenêutica crítica herdeira das conquistas, obviamente, do giro lingüístico e hermenêutico, argumentos capazes de serem considerados legítimos na interpretação do Direito somente podem ser *argumentos de princípio*,[80] isto é, argumentos que tenham por referência somente, e tão-somente, normas jurídicas. Aquilo que DWORKIN outrora chamou de diretrizes políticas não podem ser capazes de, legitimamente, afastar a aplicação de um princípio; afinal, os argumentos de princípio seriam trunfos na argumentação que se manteriam de pé exatamente pela força que geram em uma argumentação *jurídica*. Isto porque, diante de argumentos de princípios, argumentos orientados a uma determinada concepção política não podem se manter de pé: ora, a aplicação do Direito é uma tarefa que tem que ser levada adiante sem que nós modifiquemos, ao nosso gosto sempre devedor a um posicionamento *parcial*, o próprio Direito ao pretensamente "dotá-lo" de uma finalidade a ser alcançada...[81] O desafio que DWORKIN lançou foi o de, em certos limites, resgatar a própria racionalidade em aplicação do Direito.

Para tanto, para que alcancemos uma aplicação racional, válida, legítima do Direito da Modernidade é necessário que apreendamos a condição comunicativa moderna a que este mesmo Direito se encontra preso. Afinal, somente a partir da explicitação de uma dimensão hermenêutica é que nos é possível interpretar qualquer fato, qualquer texto: somente quando compreendemos que nosso mundo-da-vida é construído por pré-compreensões intersubjetivamente partilhadas é que entendemos como é possível, a partir destas mesmas pré-compreensões, nos comunicar, problematizando ora alguns aspectos desse mundo-da-vida, ora outros traços, mas nunca problematizando todo este mundo-da-vida... O mundo-da-vida é este universo de questões silenciadas, de questões que um dia tomamos contato e que, por ser impossível sempre trazê-las, a todo momento, à tona, refogem, *quando não problematizadas argumentativamente*, para este próprio mundo-da-vida silencioso, mas sempre presente, pois, sem ele, não seria possível nos comunicarmos.[82]

A construção do Direito e a interpretação do Direito também têm que levar em consideração este aspecto da construção comunicativa. Não é possível, quando da produção normativa, problematizar todas e quaisquer hipóteses imagináveis e futuras que o Direito terá que enfrentar. Não mais acreditamos que seja possível, mediante um processo de codificação, esgotar o conteúdo normativo de determinada matéria: os duzentos anos que já se passaram desde a entrada em vigência do Código de Napoleão já nos serviram de um grande aprendizado neste sentido. Quando da produção normativa em um processo legislativo, sempre são pensados casos-padrão, mas nunca se pretende, ou se pode pretender, vislumbrar esta atividade como capaz de esgotar os casos que virão.

E é este desafio, o de interpretar o Direito em face de um caso concreto antes não ocorrido ou não sequer imaginado quando da própria construção legislativa, que a teoria constitucional vem se debatendo ao longo dos últimos anos. E para enfrentar este desafio é necessário mergulhar nas dimensões hermenêutica e pragmática-universal da linguagem, no processo de modernização da Sociedade, de forma que alcancemos uma adequada compreensão do Direito moderno, como aqui se tem feito, e da própria Sociedade.

E levando isto adiante, somente podemos concluir que o Direito não mais pode ser pretendido desde uma postura convencional; não podemos pretender mais encarar o Direito como um "conjunto de normas convencionalmente acordadas por seus afetados ou por seus representantes"... Esta compreensão é incapaz de levar a sério todo o processo de modernização do Direito... É incapaz de compreender que o Direito não pode ser assumido como esgotado em regras convencionadas, porque sempre surgirá o problema daquelas questões sobre as quais antes sequer não houve qualquer "acordo travado", o que acaba abrindo espaços para o julgador, em face desta "nova" situação, decidir com base não no Direito,[83] já que não haveria uma regra para o caso, mas com base naquilo em que pretensamente poderia ser apreendido como o "espírito do Direito", ou o "espírito do povo", ou a "finalidade da lei", enfim, com base em diretrizes ético-políticas, ou morais, incapazes de garantir a imparcialidade do julgar.

Exatamente por esses problemas é que, retomando Dworkin, este afirma que somente podemos interpretar o Direito adequadamente na medida em que o assumamos como uma construção que vem se desenvolvendo desde o passado. O Direito há que ser interpretado como fruto de

um único autor, qual seja, a comunidade jurídica, que vem desenvolvendo esta sua "obra" desde o passado... Assim, o desafio nosso hoje é continuar, da melhor maneira possível, aquilo que desde o passado vem se desenvolvendo; seria alcançar o sentido dessa prática de forma a melhor desenvolvê-lo aqui, mas este sentido não pode ser dado pela convicção particular de um juiz que *se julga* como legitimado a oferecer o rumo do Direito. Afinal, o Direito tem uma ambição para si mesmo,[84] qual seja, a busca da sempre correta interpretação para um caso concreto, e este desafio há que ser alcançado mediante um esforço hermenêutico do intérprete de se afastar de argumentos que não sejam referidos ao Direito e, em face dos argumentos jurídicos possíveis em face do caso, decidir por aquele *melhor*, isto é, por aquele que permite, diante do caso, levar a sério esse sentido do Direito que vem se desenvolvendo.[85] Mais a frente veremos que tal sentido somente pode ser melhor compreendido quando se percebe que, como HABERMAS explicita, há uma *forma jurídica moderna* que transcende de contextos específicos, isto é, que se encontra por detrás dos específicos paradigmas liberal, de bem-estar e procedimental, e que inclui o próprio desafio e projeto atinente ao Direito moderno, qual seja, *o igual reconhecimento de liberdades indistintamente a todos*; somente assim podemos melhor entender o que DWORKIN propõe como "ambição do Direito para si mesmo".

Ou seja, diante de um caso há sempre que se buscar uma resposta que é a melhor resposta, ou a resposta correta, e o que nos vai dizer qual resposta há que ser assim assumida é o próprio caráter moderno do Direito e tudo o mais que nisto se encontra co-implicado: a forma jurídica moderna, o projeto moderno do Direito, o fato do Direito ser um sistema diferenciado funcionalmente, a consciência de que o Direito é fruto de processos comunicativos sempre precários e nunca absolutos capazes de tudo prever. Isto tem um impacto tremendo em nossa concepção de Direito: afinal, em face de todas estas questões co-implicadas, somente podemos interpretar o sistema jurídico como um sistema de princípios compartilhados intersubjetivamente. Significa afirmar que o Direito não se pode pretender reduzido a normas convencionadas, porque isto seria desconsiderar a dimensão hermenêutica que perpassa nossas práticas comunicativas.

Ora, em razão da própria complexidade do mundo moderno, e diante da consciência que temos hoje da condição de construção do mundo moderno, o Direito há que ser assumido como um sistema de princípios compartilhados pelos membros de uma concreta comunidade jurídica, mas que desta mesma concreta comunidade transcende, não no sentido de um Direito natural, mas no sentido de conexão ao caráter moderno do Direito: tal nota há que se perceber atrelada não a contextos específicos, mas, embora dependentes destes para se verificar, é referida à Modernidade.

E neste sentido é que os direitos fundamentais cobram um papel central nesse mesmo sistema de princípios que compreendemos como Direito. Porque são direitos garantidores das condições de geração de legitimidade é que são, afinal, considerados fundamentais e centrais, a serem, pois, reconhecidos a todos os concidadãos sob o risco de, em não assim se reconhecendo, abrir mão da legitimidade do Direito construída e sustentável na comunicação.

Assumido como um sistema de princípios, aqui na melhor interpretação proporcionada pela Teoria do Discurso de HABERMAS, atrelado a uma forma jurídica moderna, que constrói a si mesmo legitimamente mediante processos públicos

de discussão em que todos temos a possibilidade de participar reconhecida, e ao mesmo tempo interpretado como incapaz de ser encarado como fruto de convenções explícitas, como é possível ao Direito decidir sobre um caso difícil, para usarmos a expressão de Dworkin, sem abrir mão do seu caráter moderno e, por conseguinte, em respeito aos direitos fundamentais dos envolvidos?

O desafio da interpretação constitucional se reside exatamente em permitir uma reflexão crítica acerca desta situação, de uma tensão entre a faticidade das pretensões levantadas pelos envolvidos e a validade destas mesmas pretensões. Nesse sentido é que a Teoria do Discurso é bastante devedora da compreensão que Günther,[86] a partir do aprofundamento das questões levantadas por Dworkin, vai oferecer no sentido de que todo o Direito, vez que sistema principiológico, é sempre, em face de um caso a ser problematizado argumentativamente, *em princípio aplicável. Isto é, todas as normas do Direito, que em abstrato hão que ser assumidas como princípios, são, sempre, em princípio aplicáveis diante de um caso*. São as problematizações do caso, as especificidades do caso apresentadas pelas argumentações das partes que participam em igualdade no processo de aplicação do Direito, bem como as interpretações do Direito que as partes constroem, é que permitirão, ao próprio processo de aplicação normativa, afastar aquelas normas que antes eram tão-somente *em princípio* aplicáveis, rumo à norma capaz de ser agora interpretada como a norma adequada, enfim, a regra para o caso concreto.[87] Tal juízo de adequabilidade normativa somente é possível de ser alcançado quando se leva em consideração que o Direito, vez que sistema principiológico, há que ser interpretado como um sistema de princípios *idealmente coerente*, para utilizarmos a expressão de Günther, ou ainda de maneira a garantir a Integridade do Direito, na perspectiva de Dworkin.

Conectando estas questões àquilo que Habermas chama de forma jurídica moderna, podemos entender que tal coerência normativa, ou integridade, há que ser interpretada em face do próprio projeto moderno de reconhecimento de iguais liberdades a todos. Isto retoma a temática no sentido de que o problema de interpretações normativas concorrentes acerca de um determinado caso haverá que ser superado a partir da assunção da forma jurídica moderna e suas implicações. O Direito não pode ser interpretado a partir de uma determinada concepção ética pretensamente materializada no "espírito do povo"; nem uma decisão jurisdicional, ainda que irrecorrível, pode ser assumida como válida, racional ou legítima.[88] Não podemos pretender qualquer interpretação do Direito como sendo interpretações igualmente válidas: não é qualquer uma das pretensões interpretativas que concorrem na decisão de um caso que podem ser assumidas como indistintamente adequadas. Afinal, somente uma resposta há que ser considerada a resposta adequada, aquela que impõe sua força pela do *melhor argumento* que então se sustenta em face das regras da comunicação, do poder comunicativo, do respeito aos direitos fundamentais, da forma jurídica moderna, enfim, do caráter moderno do Direito moderno. E essa resposta, assumindo toda esta dimensão complexa, poderá, ao final, ser sentida, exatamente por tudo isto, como coerente ao Direito... Afinal, o desafio do intérprete é resgatar, do pano-de-fundo constitutivo da própria *praxis* comunicativa referida ao Direito, os princípios que, enquanto tais, hão que ser assumidos como *jurídicos*; também aqui, quando não problematizados, os princípios

refogem neste pano-de-fundo, devendo, sobretudo em face de novos casos difíceis, serem resgatados de maneira reconstrutiva, de forma a permitir, ao final, a reconstrução do Direito diante do caso.

Somente assim é que podemos vislumbrar, agora, a atividade de aplicação do Direito como *aceitável*, como capaz de ser racionalmente justificada em termos comunicativos de respeito recíproco e igual às liberdades dos envolvidos. Este é exatamente o motivo pelo qual não se pode pretender validamente introjetar na interpretação do Direito uma ordem, ou uma hierarquia axiológica, bem ao gosto de uma jurisprudência dos valores que tão alto ainda fala na teoria de ROBERT ALEXY.[89] Não é *aceitável* submeter o outro aos meus valores, sempre parciais; mas é a todos aceitável decidir um caso tomando por base aquilo pública e comunicativamente construído em respeito às liberdades de participação de todos os possíveis afetados.

Neste sentido é que nos interessa agora retomar, em outro nível, a discussão a respeito dos costumes como supostamente "fonte" do Direito. Como pudemos perceber, a doutrina tradicional, seja aos moldes da Escola Histórica, seja aos moldes de um neopositivismo como o de KELSEN, vem propondo que uma prática uniforme, contínua, à qual os cidadãos, ou a maioria dos cidadãos, interpreta como "juridicamente necessária", equivale dizer, como "vinculante" e "exclusiva", no sentido de FAZZALARI, seria capaz de ou fazer refletir uma norma jurídica a partir do "espírito do povo", do qual o costume seria uma manifestação, ou criar uma norma jurídica, porque tal ato de produção estaria pressuposto na norma fundamental.

O traço interessante de aqui se expor é que todas estas propostas acabam assumindo a *aceitação do costume* por parte de membros da comunidade como o núcleo gravitacional da própria idéia de *opinio juris vel necessitatis*. Com isso afirmamos que para estas interpretações somente quando os indivíduos assumem uma prática constante, ao longo de um determinado período, com traços gerais uniformes e envolvida numa *capa de aceitação do seu "significado jurídico",* é que se estaria diante de um "costume". Do contrário, se a prática fosse uniforme, constante e reiterada, sem essa suposta aceitação do seu sentido, tão-somente sociologicamente constatável, não se poderia falar de um "costume" a refletir/criar normas jurídicas.

Tudo isso acaba por inserir o pressuposto da *opinio juris vel necessitatis* numa discussão que é, por final, referente à própria Modernidade. Será que o simples fato de os indivíduos, membros de uma determinada comunidade, passarem a *aceitar* que uma certa compreensão normativa há que reger suas vidas, é capaz de estabelecer novos parâmetros normativos, refletidos em uma "nova norma" a ser, a partir de então, assumida como uma "norma jurídica"? Ou será que esta questão também há que ser problematizada em face do caráter moderno do Direito a tomar em consideração toda a dimensão lingüístico-pragmática subjacente?

Aqui já podemos com firmeza perceber a insustentabilidade da justificação do Direito apresentada tanto pela Escola Histórica de SAVIGNY e PUCHTA, bem como a proposta positivista de KELSEN. Restanos, em face da distinção entre discursos de aplicação e justificação normativas, enfrentar a questão dos costumes como pretensamente capaz de nos permitir vislumbrar uma nova norma jurídica.

A referência e crítica que KELSEN faz a compreensões que vão assumir que os costumes somente se *transformariam* em

normas jurídicas quando assumidos pelos Tribunais tem uma razão: afinal, na medida em que o Direito da Modernidade, em face da Moral, possui um diferenciado aparato institucional central para sua própria operacionalização, o reconhecimento do Direito de uma Sociedade é co-dependente, pois, de seu próprio "processamento" em foros institucionalizados. Com isto queremos dizer que as intuições normativas dos cidadãos acerca do Direito dependem, *em uma certa medida*, de reconhecimento institucionalizado — por sua vez dependente de um reconhecimento capaz de gerar legitimidade em termos comunicativos — a estabilizar, muitas vezes, o sentido jurídico dessas mesmas intuições. Com isto, não estamos afirmando que os "costumes" sejam capazes de serem *transformados* e reconhecidos como dotados de "força jurígena" quando um tribunal decide acerca de um caso que os envolva.

Muito antes pelo contrário, *afirmamos que os "costumes" não são capazes de serem assumidos como "fonte" do Direito*, quando se tem problematizada a condição moderna do Direito moderno. Estamos aqui defendendo a posição de que não é uma mera constatação sociológica de repetição reiterada, contínua e uniforme de uma prática, prática esta *aceita* pelos seus realizadores como dotada de um "sentido jurídico", aquilo a garantir a legitimidade, a racionalidade, enfim, da interpretação desse mesmo ato como sendo dotado de um sentido jurídico determinante.

Afinal, como vimos, o Direito somente pode ser assumido como construído legitimamente quando todos temos iguais possibilidades de participar em sua produção; com isso não afirmamos, jamais, que o Direito possa ser compreendido como esgotado nas normas surgidas desse jogo público de discussão em um processo legislativo. Antes, tomamos o cuidado de esclarecer que o sistema jurídico há que ser apreendido como um sistema principiológico, sistema este capaz de sempre se reinterpretar em face de novos casos rumo àquela capaz de ser considerada uma resposta correta para cada caso. O fato de criarmos normas em processos legislativos de discussões e acordos, não decorre que o Direito há que ser entendido como esgotado nesses acordos: o respeito à dimensão hermenêutica e pragmática-universal referida ao Direito nos permite, argumentativamente, ir "desenrolando", "desenvolvendo", "des-cobrindo" o Direito em face de novos casos, vez que assumido como sistema principiológico. Tudo isto em respeito à forma jurídica moderna, e ao próprio projeto moderno do Direito, qual seja, a busca pelo igual reconhecimento de liberdades a todos os concidadãos — igualdade esta a ser sempre interpretada diante das especificidades dos casos, e não em "bloco".

Dessa forma é que quando percebemos que a referência aos costumes nada mais se trata do que uma constatação sociológica de uma repetição *aceita* dessa mesma atividade, podemos concluir o quão problemática é tal interpretação. Afinal, como visto, não podemos assumir como legítimo aquilo tão-somente *aceito* pelos membros de uma comunidade jurídica; há vários sentidos para a interpretação da aceitação que não aquele atrelado à *aceitabilidade*. A legitimidade de uma interpretação principiológica em face de um caso concreto há que, sempre, levar em consideração a necessidade do respeito às condições de racionalidade, de aceitabilidade do próprio juízo de correção normativa que se pretende — assim é que é, pois, possível superar validamente a tensão entre a faticidade das pretensões levantadas e a legitimidade da solução que se pretende.

Não é a simples referência a uma prática realizada uniforme, constante e reiteradamente com a "convicção" aceita

por aqueles que a realizam de que assim se deve portar aquilo capaz de criar uma norma a ser assumida por *toda* a comunidade jurídica. Se é verdade que determinadas práticas, determinados atos, podem ser, aproblematizadamente, sentidos pelos indivíduos como que *dotados de um sentido jurídico*, não podemos, assim, ainda que esses indivíduos *aceitem* que aquilo é algo a regular suas vidas comuns, encarar esse quadro como determinante do sentido jurídico-normativo da referida atividade.

Isto porque somente uma interpretação capaz de assumir o Direito como um sistema de princípios coerente, somente quando a Integridade do Direito é assumida reflexivamente na interpretação de novos casos difíceis, é que podemos pretender alcançar, discursivamente, o sentido legítimo de tais casos. "Os costumes, dessa forma, não são capazes de criar normas jurídicas; não é a mera constatação sociológica da *opinio juris vel necessitatis* aquilo a garantir um escudo interpretativo a "blindar" a própria interpretação da praxis". O que vem a garantir o sentido jurídico de uma determinada atividade é a reinterpretação, em face desta mesma atividade, que se é possível fazer do Direito, assumindo sua forma jurídica e seu projeto modernos, como aquilo a ser encarado como essencial nesse processo de interpretação.

Destarte, a *opinio juris vel necessitatis* referida aos tradicionais "costumes" é definitivamente capaz de servir como forte intuição acerca do Direito, e de sua interpretação, diante de um caso concreto. Mas tal intuição não pode ser, de maneira não problematizada, assumida como determinante do Direito pelo simples fato dos indivíduos compartilharem dessa convicção, porque entre eles aceita... Antes, a pretensão de validade subjacente a esta intuição normativa há que ser problematizada em face do Direito como sistema de princípios a serem reinterpretados em face daquela mesma intuição. Pode-se concluir pela validade da pretensão normativa levantada pelos participantes do discurso, como também se pode verificar sua ilegitimidade. Mas este juízo há que ser alcançado argumentativamente em face do Direito, há que vencer somente, e tão-somente, a força do melhor argumento: e esta se atrela não à concepção de aceitação, mas antes à idéia de aceitabilidade racional...

Uma prática reiterada somente poderá ser assumida como capaz de ser interpretada como coerente ao sistema jurídico quando os argumentos que sustentam esse seu sentido se mantêm de pé diante de uma interpretação assumida reflexiva e criticamente pelos participantes do discurso. Destarte, a conclusão é de que somente o Direito é que pode ser assumido como "fonte" do próprio Direito. Mas não no sentido de KELSEN, a tomar como central a *efetividade* e a *aceitação* de determinados atos reiterados pelos concidadãos. Muito antes pelo contrário, há que se compreender no sentido de que somente a partir dos princípios jurídicos é que podemos reinterpretar o próprio Direito em face de novos casos, sempre desafiadores à sua Integridade e à sua coerência, pois.

Os "costumes" podem ser interpretados como consoantes, ou como contrários, ao sistema jurídico. *Mas não é o fato de um contingente de indivíduos passarem a se portar de tal forma, ou deixarem de se portar de outra forma, aquilo a justificar, de maneira sustentável, a criação de uma norma jurídica ou a não mais existência de outras*... Estas são questões que se referem à comunicação, que terá que assumir e desenvolver o projeto moderno e a forma moderna do Direito, enfim, o respeito à liberdade e à igualdade de maneira reflexiva por parte de um sistema normativo institucionalizado. *Os costumes, quando muito, na interpretação da aplicação do Direito, hão que ser assumidos como intuições*

normativas, como pré-compreensões compartilhadas, a serem sempre problematizadas argumentativamente em face do caso concreto e do Direito como um sistema normativo idealmente coerente.

Nada disto nos impede, muito antes pelo contrário, porque nos convida, a entender que os chamados "costumes *contra legem*" tenham um papel de alta relevância na interpretação do Direito. Diante de um caso os argumentos referidos aos "costumes contrários à Lei" haverão que ser analisados reflexivamente de maneira a permitir a constatação ou a refutação da pretensão normativa subjacente a estes argumentos. Com isto dizemos que a referência aos "costumes *contra legem*", vez que melhor assumidos como intuições normativas criticáveis, podem pôr em realce determinados traços do Direito que deverão ser sempre analisados diante de cada caso apreendido em sua especificidade e perante o Direito principiologicamente interpretado. Afinal, o fato de algo ser interpretado como "contrário à Lei" não significa que não esteja em conformidade ao Direito...

REFERÊNCIAS

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.*Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. [*Theorie der Grundrechte*, 1986]

Alexy, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. In: *Derecho y razón práctica*. Mexico: Fontamara, 1993. [Original alemão, 1988]

Alexy, Robert. Justification and Application of Norms. *Ratio Juris,* vol. 6, p. 157-170, 1993.

Alexy, Robert. *A theory of constitucional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. [*Theorie der Grundrecht*, 1986]

Alexy, Robert. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. *Ratio Juris,* vol. 16, p. 131-140, 2003.

Arendt, Hannah. *Crises da república.* Trad. José Wolkmann. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 123 *et. seq*. [*Crises of the Republic*, 1969]

Bauman, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. [*Liquid Modernity*, 2000]

Carvalho Netto, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Fórum Administrativo,* Belo Horizonte, v.01, p. 11-20, março, 2001.

Carvalho Netto, Menelick de.Teoria da constituição: os marcos de uma doutrina constitucional adequada ao constitucionalismo. In: Magalhães, José Luiz Quadros, *et. al. Direitos humanos e direitos dos cidadãos*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2001.

Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

Chamon Junior, Lúcio Antônio. Paradigma e aplicação do Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Direito Penal sob a perspectiva de um caso concreto. *Revista de Informação Legislativa.* Brasília: Senado Federal, n. 155, jul./set. 2002.

Chamon Junior, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. In: Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

Chamon Junior, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade:* incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Chamon Junior, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno:* por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. [No prelo]

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio.* Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999. [*Taking Rights Seriously*, 1977]

DWORKIN, Ronald.Law's Ambitions for itself. *Virgina Law Review,* v. 71, n. 2, p. 173-187, 1985.
DWORKIN, Ronald. De que maneira o Direito se assemelha à literatura? *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. [*A Matter of principle*, 1985]
DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [*Law's Empire*, 1986]
FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale.*4.ed. Padova: Cedam, 1994.
GADAMER, Hans-Georg. *Philosophical hermeneutics.* Trad. David Linge. University of California: Berkeley, 1976. [Original alemão]
GÜNTHER, Klaus. Communicative Freedom, communicative power, and jurisgenesis. In: ROSENFELD, Michel, ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy.* Berkeley: California, p.234-254, 1998.
GÜNTHER,Klaus. *The sense of appropriateness:* application discourses in Morality and Law. Trad. John Farrell. Albany: State University of New York, 1993. [*Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, 1988]
GÜNTHER,Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa,* v. 17-18, p. 271-302, 1995. [*Ein normativer Begriff der Kohärenz. Für eine Theorie der Juristischen Argumentation*, 1989]
HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa:* crítica de la razón funcionalista. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, 1987, t.I. [*Theorie des kommunikativen Handelns*, Band I, 1981]
HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2003. [*Wahrheit und Rechtfertigung*, 2002]
HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Trad. Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. [*Kommunikatives Handeln und detranszendentalisierte Vernunft*, 2001]
HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez:* sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998. [*Faktizität und Geltung*, ^{4}1994]
HABERMAS, Jürgen. Il nesso interno tra stato di diritto e democrazia. *L'inclusione dell'altro:* studi di teoria política. Trad. Leonardo Ceppa. Milano: Giangiacomo Feltrinelli, 1998. [*Die Einzbeziehung des Anderen*, 1996]
HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito — uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *Era das transições.* Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. [*Zeit der Übergänge,* 2001]
HABERMAS, Jürgen. On Law and Disagreement. Some Comments on "Interpretative Pluralism". *, v. 16, p. 187-194, 2003. [Original alemão]*
KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997. [*Reine Rechtslehre*, ^{2}1960]
PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*. Trad. A Turchiarulo. Napoli: Tipografia all'insegna del Diogene, 1854, v. I. [*Cursus der Institutionen*, 18??]
SAVIGNY, Friederich Carl von. *Derecho Romano Actual*. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Góngora, 1847, t. I. [*System des heutigen Römischen Rechts,* Band I, 184?]
WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Bensa. Torino: Uninone Tipografico-Editrice Torinese, 1902, v. 1. [*Pandekten*, 18??]

NOTAS

[1] PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*. Trad. A Turchiarulo. Napoli: Tipografia all'insegna del Diogene, 1854, v. I, p. 7.
[2] PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 7.
[3] PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 7.
[4] PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 7.
[5] PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 8.
[6] PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 8.
[7] PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 8.
[8] PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 8.
[9] PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 9.
[10] PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 9.
[11] PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 9.
[12] PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 9.
[13] PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 10.
[14] PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 10.
[15] PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 10.
[16] PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 11.
[17] PUCHTA, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 11.

[18] Puchta, Georg. *Corso delle istituzioni*, cit., p. 11.
[19] Savigny, Friederich Carl von. *Derecho Romano Actual*. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Góngora, 1847, t. I, p. 80.
[20] Savigny, Friederich Carl von. *Derecho Romano Actual*, cit., p. 81.
[21] Savigny, Friederich Carl von. *Derecho Romano Actual*, cit., p. 81.
[22] Savigny, Friederich Carl von. *Derecho Romano Actual*, cit., p. 81.
[23] Savigny, Friederich Carl von. *Derecho Romano Actual*, cit., p. 81.
[24] Savigny, Friederich Carl von. *Derecho Romano Actual*, cit., p. 82.
[25] Savigny, Friederich Carl von. *Derecho Romano Actual*, cit., p. 109.
[26] Windscheid, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Bensa. Torino: Uninone Tipografico-Editrice Torinese, 1902, v. 1, p. 50.
[27] Windscheid, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 50.
[28] Windscheid, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 50.
[29] Windscheid, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 51.
[30] Windscheid, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 51-52.
[31] Windscheid, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 52.
[32] Windscheid, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 53.
[33] Fazzalari, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 4.ed. Padova: Cedam, 1994, p. 22.
[34] Fazzalari, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*, cit., p. 22-23.
[35] Fazzalari, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*, cit., p. 23.
[36] Windscheid, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 54.
[37] Windscheid, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 54.
[38] Windscheid, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 54.
[39] Windscheid, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 54.
[40] Windscheid, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 55.
[41] Windscheid, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 56.
[42] Windscheid, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 59.
[43] Windscheid, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 60.
[44] Windscheid, Bernhard. *Diritto delle pandette*, cit., p. 60.
[45] Chamon Junior, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade:* incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; Chamon Junior, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. In: Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
[46] Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
[47] Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 237.
[48] Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 238.
[49] Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 250.
[50] Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 250.
[51] Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 251.
[52] Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 251.
[53] Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 251.
[54] Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 251.
[55] Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 252.
[56] Chamon Junior, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito, cit.; Cf. as reflexões desenvolvidas no capítulo 2 em: Chamon Junior, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno:* por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
[57] Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 252.
[58] Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 253.
[59] Cf., acerca desta questão na Teoria dos Sistemas: Chamon Junior, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade:* incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas, cit., p. 136
[60] Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 254.
[61] Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 254.
[62] Chamon Junior, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade:* incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas, cit.; Cf. o

capítulo primeiro, em que HABERMAS procede a toda uma reconstrução revisitada da problemática desde seus escritos anteriores: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez:*sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998; Cf. ainda: HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa:* crítica de la razón funcionalista. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, 1987, t.I, p. 43 *et seq.;* HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2003; HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Trad. Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

[63] Cf. o capítulo primeiro como um todo em: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez:*sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, cit. Cf. ainda: CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade:* incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas, cit.

[64] Cf. a seção quatro do terceiro capítulo em: CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade:* incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas, cit..

[65] ARENDT, Hannah. *Crises da república.* Trad. José Wolkmann. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 123 *et. seq*.

[66] Cf., como um todo, as conclusões alcançadas em: HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa:*crítica de la razón funcionalista, cit.; HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez:* sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, cit.; HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2003.

[67] BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

[68] GÜNTHER, Klaus. Communicative Freedom, communicative power, and jurisgenesis. In: ROSENFELD, Michel, ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy.* Berkeley: Califórnia, p.234-254, 1998.

[69] Aliás, mesmo porque a *praxis* comunicativa da Modernidade não apresenta qualquer pretensão de convencimento do outro acerca de gostos ou preferências pessoais. Muito antes pelo contrário, tal *praxis* se construiu em espaços de pluralidade ética sem qualquer ambicioso projeto de construção de uma homogeneidade ética, ou valorativa, dos concidadãos. Embora não possamos convencer o outro sobre concepções de vida-boa, podemos, todavia, em face de uma pretensão levantada por um mesmo indivíduo, problematizar acerca de um juízo de veracidade. Desenvolvimentos estes feitos a partir das reflexões em HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa:*crítica de la razón funcionalista, cit., p 122 *et seq.*

[70] GÜNTHER, Klaus. Communicative Freedom, communicative power, and jurisgenesis, cit.

[71] Construções devedoras aos desenvolvimentos presentes no capítulo primeiro em: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez:*sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, cit.

[72] HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito — uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *Era das transições.* Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 152 *et. seq.*; HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez:*sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, cit., p. 61.

[73] HABERMAS, Jürgen. Il nesso interno tra stato di diritto e democrazia. *L'inclusione dell'altro:* studi di teoria política. Trad. Leonardo Ceppa. Milano: Giangiacomo Feltrinelli, 1998, p. 249 *et seq.*

[74] Nesse sentido cf. os desenvolvimentos em: GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness:* application discourses in Morality and Law. Trad. John Farrell. Albany: State University of New York, 1993.

[75] Cf. nesse sentido: GÜNTHER, Klaus. Communicative Freedom, communicative power, and jurisgenesis, cit.; GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness:* application discourses in Morality and Law, cit.; GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa,* v. 17-18, p. 271-302, 1995.

[76] Reflexões sobretudo desenvolvidas no capítulo quinto em: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez:*sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, cit.

[77] Chamon Junior, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito.

[78] Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez:* sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, cit.; Habermas, Jürgen. On Law and Disagreement. Some Comments on "Interpretative Pluralism". , v. 16, p. 187-194, 2003; Chamon Junior, Lúcio Antônio. Paradigma e aplicação do Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Direito Penal sob a perspectiva de um caso concreto. *Revista de Informação Legislativa.* Brasília: Senado Federal, n. 155, jul./set. 2002; Chamon Junior, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito, cit., Chamon Junior, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno:* por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade, cit.; Chamon Junior, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade:* incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas, cit.

[79] Chamon Junior, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno:* por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade, cit.; Chamon Junior, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade:* incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas, cit.; Chamon Junior, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito, cit.; Chamon Junior, Lúcio Antônio. Paradigma e aplicação do Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Direito Penal sob a perspectiva de um caso concreto. *Revista de Informação Legislativa.* Brasília: Senado Federal, n. 155, jul./set. 2002; Carvalho Netto, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Fórum Administrativo,* Belo Horizonte, v.01, p. 11-20, março, 2001; Carvalho Netto, Menelick de.Teoria da constituição: os marcos de uma doutrina constitucional adequada ao constitucionalismo. In: Magalhães, José Luiz Quadros, *et. al*. *Direitos humanos e direitos dos cidadãos*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2001; Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2000; Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001; Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

[80] Cf. sobretudo a partir do capítulo segundo em: Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio.*Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999.

[81] Dworkin, Ronald. De que maneira o Direito se assemelha à literatura? *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

[82] Noção devedora dos desenvolvimentos de Gadamer, Hans-Georg. *Philosophical hermeneutics.* Trad. David Linge. University of California: Berkeley, 1976. Assumido criticamente por Habermas a partir da pragmática-universal, dentre outros textos, no capítulo primeiro em: Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez:*sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, cit.

[83] Isto é o que podemos apreender em: Dworkin, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

[84] Cf. texto central para a compreensão do pensamento de Dworkin em: Dworkin, Ronald.Law's Ambitions for itself. *Virgina Law Review,*v. 71, n. 2, p. 173-187, 1985.

[85] Dworkin, Ronald. De que maneira o Direito se assemelha à literatura? *Uma questão de princípio*, cit.; Dworkin, Ronald.Law's Ambitions for itself, cit.

[86] Noções devedoras a: Günther, Klaus. *The sense of appropriateness:* application discourses in Morality and Law, cit.; Günther, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa,* v. 17-18, p. 271-302, 1995.

[87] Chamon Junior, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito, cit.

[88] CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito, cit.

[89] Cf. escritos centrais do autor que nos permite concluir pela perda do caráter normativo do Direito quando assumida sua proposta: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. In: *Derecho y razón práctica*. Mexico: Fontamara, 1993; ALEXY, Robert. Justification and Application of Norms. *Ratio Juris,* vol. 6, p. 157-170, 1993; ALEXY, Robert. *A theory of constitucional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002; ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. *Ratio Juris,* vol. 16, p. 131-140, 2003.