

**DIREITO, DIGNIDADE HUMANA E O LUGAR DA JUSTIÇA:
UMA ANÁLISE SOB O PARADIGMA DEMOCRÁTICO DE HABERMAS**

**LAW, HUMAN DIGNITY AND THE PLACE OF JUSTICE:
AN ANALYSIS UNDER THE DEMOCRATIC PARADIGM OF HABERMAS**

JOANA DE SOUZA MACHADO*

SÉRGIO MARCOS CARVALHO DE ÁVILA NEGRI**

RESUMO

Este artigo acomoda-se entre os campos de estudo do Direito e da filosofia política. A partir do método reconstrutivo de abordagem, é analisada a relação, proposta por Habermas, em um recente estudo, entre o conceito de dignidade humana e o programa de direitos humanos. É estudada a conexão histórica do conceito de dignidade com a noção de status, honra social, afeta às relações privadas, bem como a possibilidade de se resignificar a dignidade como estatuto de pertencimento a uma comunidade democrática. A aposta, feita por Habermas, no discurso dos direitos humanos, a que chama de utopia realista, é problematizada a partir de seus pressupostos normativos e universalizantes, e confrontada a teorias mais críticas do Direito, com especial reflexão sobre o lugar de realização da justiça. Espera-se contribuir, desse modo, para uma visão mais abrangente acerca do potencial e das limitações do Direito na concretização da justiça.

PALAVRAS-CHAVES

DIREITO; MORAL; JUSTIÇA; DIGNIDADE HUMANA; DIREITOS HUMANOS;
PARADIGMA DEMOCRÁTICO; RECONHECIMENTO SOCIAL.

ABSTRACT

This article settles down among the fields of study of Law and political philosophy. From the reconstructive method of approach, it is analyzed the relationship proposed by Habermas, in a recent study, between the concept of human dignity and the human rights program. It is studied the historical connection of the concept of dignity with the notion of status, social honor, related to private relations, as well as the possibility to reframe dignity as a status of belonging to a democratic community. The bet, made by Habermas, in the human rights discourse, which he calls realistic utopia, is problematized from its normative and universalizing assumptions, and it is confronted to some more critical theories of Law, with

* Doutoranda e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professora Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora-MG. E-mail: joanajf@yahoo.com

** Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Especialização em Direito Civil pela Università di Camerino – Itália. Professor de Direito Civil do Instituto Metodista Granbery e da Pós-graduação *lato sensu* em Direito Civil da UERJ. Advogado. E-mail: smcnegri@yahoo.com

special reflection about the place of justice's realization. It is hoped thus contribute to a broader view of the potential and limitations of Law in achieving justice.

KEY-WORDS

LAW; MORALITY; JUSTICE; HUMAN DIGNITY; HUMAN RIGHTS; DEMOCRATIC PARADIGM; SOCIAL RECOGNITION.

1 – INTRODUÇÃO

Entre os diversos caminhos epistemológicos possíveis para se pensar o Direito e a realização da justiça, a escolha pelo ponto de partida em Habermas se justifica pelo reconhecimento de que esse filósofo, ao momento em que o Direito era puro sinônimo de opressão e burocracia, teve a ousadia de cogitar que esse sistema poderia servir de médium para a emancipação do homem, levando-se em conta as relações públicas e privadas de poder nas quais se insere.

Essa simples suposição, desconsiderados, por ora, os seus pressupostos e sustentabilidade, promoveu inegável processo de redignificação do Direito, que, enquanto objeto de estudo, passou a merecer um olhar mais interessado dos cientistas políticos e sociais, notadamente desde a profusão de “Faticidade e Validade”, obra em que Habermas tematiza com maior ênfase o Direito¹.

Desde então, as ideias desse autor passaram a figurar como um dos mais festejados instrumentais teóricos no enfrentamento de diversos problemas de ordem jurídica. Curiosa e paralelamente à formação dessa já considerável empatia, entre os juristas, em torno do modelo habermasiano para o Direito, o autor coleciona opositores, mais ou menos radicais, no âmbito da filosofia.

Em recente artigo, publicado em 2010, Habermas aparentemente tenta se defender de algumas críticas e ressalvas ao seu modelo, ao discorrer sobre a relação entre o conceito de dignidade humana e o discurso dos direitos humanos. Nesse artigo o autor articula de maneira clara como concebe a fundamentação do Direito a partir de um critério moral universal e de como se mantém firme na aposta do Direito como lugar de realização da justiça

². Realizando uma reconstrução histórica do conceito dignidade, Habermas enfatiza a conexão entre dignidade humana e honra social, status, noções tributárias de relações privadas; para adotar um conceito de dignidade como estatuto de pertença a uma comunidade democrática.

O presente artigo apresentará e analisará criticamente os argumentos utilizados por Habermas para sustentar o que chama de utopia realista dos direitos humanos, confrontando-os com argumentos de alguns de seus opositores, especialmente aqueles que questionam a suficiência do normativo, propiciado pelo Direito, para a solução de impasses políticos, morais e sociais.

Objetiva-se, com essa abordagem, contribuir para uma reflexão menos unilateral sobre teoria da justiça, realçando-se a diversidade e riqueza dos estatutos filosóficos que se encontram à disposição dos que se propõem a pensar a teoria e a prática do Direito. Procura-se, assim, incentivar um estudo menos hermético no âmbito das relações privadas, para as quais a noção de dignidade humana é elemento chave.

2 – A DUPLA FACE DOS DIREITOS HUMANOS E O LUGAR DA JUSTIÇA EM HABERMAS

2.1 A face moral dos direitos humanos – a Kant o que é de Kant

No recente e já citado artigo de Habermas, no qual reafirma a sua aposta no Direito como lugar de realização da moral e da justiça, o autor constrói a tese de que o conceito de dignidade humana desempenhou um papel mediador na construção dos direitos humanos, contribuindo para que acomodassem uma dupla face – moral e jurídica³.

O artigo não veicula qualquer revisão substancial do modelo de direitos que Habermas já havia apresentado, mas aponta dois novos pontos de reflexão, que ao final reafirmam a trilha já percorrida por ele, quais sejam: (1) a atuação do conceito de dignidade como fonte moral para a prática constitucional; e (2) a noção de reconhecimento social presente no conceito de dignidade⁴.

Na demonstração desse primeiro ponto, Habermas inicialmente chama a atenção para a presença de um descompasso temporal entre a história dos direitos humanos, enquanto um discurso jurídico, e a história da dignidade humana, também pensada na forma de um discurso

do Direito. Embora a dignidade traduza um conceito significativamente antigo, revela-se, enquanto discurso jurídico, bem mais recente do que o discurso dos direitos humanos, articulada a partir de documentos nacionais e internacionais em resposta ao holocausto alemão⁵.

Habermas questiona a razão desse descompasso temporal e avalia que o foco atual das discussões do Direito Internacional e do Direito Constitucional acaba sustentando que a dignidade, enquanto discurso jurídico, só aparece mesmo em resposta ao nazismo e apenas retrospectivamente fornece carga moral aos direitos humanos. Mas Habermas pretende defender uma tese contrária a essa impressão, a tese de que essa conexão entre dignidade e direitos humanos já existia, e de uma maneira bem íntima, embora inicialmente fossem articulados de modo mais implícito⁶.

Para o autor, o apelo dos direitos humanos se alimenta da revolta dos humilhados, na violação de sua dignidade, e isso deveria ter, em tese, antecipado o discurso jurídico da dignidade, pois a história é farta em exemplos de exclusão, de humilhação. Por que, então, só em resposta ao nazismo seria fomentado esse discurso da dignidade humana, tendo ela que caminhar de maneira retrospectiva? Habermas intenta comprovar essa tese de que a dignidade teve um papel mediador na história conceitual dos direitos humanos, para fixar-lhes justamente a dupla face – carga moral e carga jurídica⁷.

Em referência ao caráter abstrato dos direitos humanos, Habermas argumenta que esses direitos sempre demandaram uma concretização ou interpretação para que pudessem ser aplicados, o que sempre suscitou muita disputa. De acordo com o autor, a dignidade, no ponto, acabou cumprindo a importante função de facilitar a negociação de compromissos, forjando uma base consensual mínima, necessária à negociação desses direitos.

Como, para Habermas, a dignidade aparece como algo universal, inegociável – no sentido de que todos concordam que a dignidade é uma questão central, ainda que diverjam quanto à razão e ao modo dessa centralidade –, a ideia de dignidade passa a ser invocada para neutralizar as disputas nas discussões sobre direitos humanos. Não se deve compreender, no ponto, que Habermas esteja adotando uma noção substancial e universalizante de dignidade humana. O autor está apenas reconhecendo a importância que de modo generalizado é atribuída à ideia, ainda que se dispute o seu conteúdo.

Mas será que a dignidade só exerce esse papel de encobrir/neutralizar as disputas, como uma palavra mágica gritada para acalmar os ânimos contrapostos em torno de direitos humanos? Para Habermas, não⁸. Essa circunstância não explica a emergência tardia da dignidade como um conceito jurídico. Argumenta que a mudança das condições históricas

apenas iluminou a substância normativa da igual dignidade de todo ser humano, implicitamente já inscrita nos direitos humanos.

Habermas considera que a experiência acumulada de violação da dignidade humana cumpriu diversas funções na construção dos direitos humanos, sintetizadas em três modalidades pelo autor: (1) função inventiva; (2) função heurística; (2) função sismográfica. Essas funções constituem o argumento principal de Habermas para imprimir o tom de realidade da utopia que tenta defender, como se verá adiante.

A função inventiva⁹ se explica com a circunstância de que, uma vez experimentada a violação da dignidade, caminha-se para o esgotamento (ou dessecamento) do sistema de direitos disponível, colocando-se, por vezes, a necessidade de se pensar em novos direitos. A invenção se dá em dois passos: inicialmente, há a conscientização dos humilhados sobre a violação vivenciada; em seguida, essa conscientização repercute nos textos legais, que passam a articular, conceitualmente, dignidade e direitos humanos – o real é que, portanto, alimenta o normativo.

A dignidade humana, reverberando, por exemplo, sobre os direitos da personalidade, induziu à afirmação contemporânea de um direito fundamental à busca da identidade genética, que resignificou as ações de investigação de paternidade, tal como ocorrido no Recurso Extraordinário nº 363889, de 2011. Naquela ocasião, o Supremo Tribunal Federal, levando em conta que a ação de paternidade havia sido extinta, com fundamento em coisa julgada, porque o autor era beneficiário de justiça gratuita e o Estado não havia viabilizado a realização de exame de DNA, reconheceu, em nome do “direito fundamental à busca pela identidade genética”, a possibilidade de repositura da ação¹⁰.

A função inventiva pode, porém, incentivar uma leitura geracional de direitos, a preocupação quantitativa em torno dos direitos humanos, ofuscando, por vezes, discussões mais centrais à produção da justiça, como a discussão sobre a figura do “quem” da justiça, o beneficiário, como compreendê-lo, como capturá-lo pelo Direito, conforme será abordado no capítulo 3 desse artigo.

Outra função que Habermas aponta é a heurística. Para o autor, essa função ocorre na medida em que a dignidade integra as categorias de direitos e a sua invocação rapidamente põe em evidência a indivisibilidade desses direitos, como um atalho mental ao dado de que os direitos guardam entre si relação de mútua dependência. Quando se pensa em dignidade, fica impossível a referência a um direito – por exemplo, um direito liberal – sem que os demais sejam considerados – como os direitos de participação, os sociais, etc. Esse ponto remonta a co-originalidade entre autonomia pública e privada, tão festejada pelo autor¹¹.

Para Habermas, a função heurística se estabelece porque a dignidade é a mesma, para todos e em toda parte (ainda que se dispute o seu conteúdo), por isso atua como a razão da indivisibilidade das categorias dos direitos humanos¹².

Se é a mesma para todos e em toda parte, é inequívoco que a dignidade representa para Habermas um conceito moral universal, é elemento inegociável em seu modelo de direitos humanos, o qual fundamenta, confere corporeidade, fundamentação indivisível para o exercício dos direitos humanos. Parece ser esse o raciocínio adotado por aqueles que defendem que a dignidade humana representaria o próprio núcleo essencial dos direitos fundamentais, a atuar como limite às limitações estatais direcionadas aos direitos e garantias fundamentais¹³.

A função associada à sismografia retrata que a dignidade realiza constante registro daquilo que é efetivamente constitutivo para uma ordem legal democrática. De acordo com Habermas, na experiência da violação da dignidade, captura-se, como um filtro, tudo aquilo que é necessário a uma prática constitucional democrática, isto é: apenas aqueles direitos que os cidadãos de uma comunidade política precisam para o respeito mútuo como membros de uma associação voluntária de pessoas livres e iguais¹⁴.

Com o apelo a essas três funções – inventiva, heurística e sismográfica – Habermas está pleiteando que a dignidade humana atua como um portal, pelo qual se importa para o Direito um conteúdo universal e igualitário de moral. Também é perceptível nesse artigo de Habermas a manutenção da estrutura dual – de discurso de fundamentação e discurso de aplicação¹⁵ – para explicar o funcionamento do Direito.

A dignidade atua como critério moral universal de fundamentação dos direitos, mas esse critério é submetido a teste pela via da aplicação. Ao momento em que o real – a violação da dignidade – reafirma, no caso concreto, pelo discurso de aplicação, a necessidade de um programa de direitos humanos conectado conceitualmente à dignidade; passa a legitimar o normativo, o fundamento jurídico-moral¹⁶. Por isso Habermas fala de uma utopia realista. É realista justamente por se confirmar com o vivenciado, porque se propõe a uma aproximação com o real.

Nota-se que nesse modelo dual, Habermas aproxima-se de Kant na parte da fundamentação e se distancia na aplicação. Isso porque a moral, representada nesse artigo pelo conceito de dignidade, que fundamenta os direitos humanos, é universal como em Kant¹⁷. Há uma caracterização sumamente abstrata dos fundamentos da ética em Habermas, movendo-se no mesmo nível que a fundamentação da metafísica dos costumes de Kant, centrando-se exclusivamente no princípio supremo da moralidade¹⁸.

A pretensão de universalidade surge em Kant a partir da ferramenta epistemológica do atomismo racional, noção central em sua obra. Cuida-se de considerar o ser humano como átomo racional, isto é, de reconhecer uma igual capacidade em todo indivíduo, um mesmo aparato racional, de produzir um conceito geral sobre as coisas, representando mentalmente o objeto, abstraindo-lhe ou transcendendo-lhe as particularidades¹⁹.

É essa capacidade, que não guarda relação de dependência com a experiência do indivíduo (embora com ela se relacione)²⁰, que confere o dado de realidade de que estamos falando de uma mesma coisa. Os princípios morais, porque derivam desse mesmo aparato racional, são universais. Como a capacidade é que traduz o elemento universal na filosofia moral kantiana, e não o objeto em si, Kant fornece as bases para uma ética normativa baseada em uma fundamentação principiológica procedimental, de que se alimenta Habermas, e outros tantos filósofos.

A grande preocupação de Kant era construir uma teoria moral que não fosse vinculada a nenhuma circunstância, a nada que fosse contingente, uma orientação moral que não dependesse de preferências pessoais, gostos, desejos, instintos, uma herança fantástica para o Direito, no combate ao uso privado da razão pública.²¹

Habermas se utiliza da moral kantiana, mas realiza importante revisão com a proposta de uma ética comunicativa, que se afasta da consciência moral solitária e reflexiva presente em Kant, da racionalidade monológica, do solipsismo, adotando um sujeito epistemológico relacional, intersubjetivo, que tem acesso ao objeto pelo filtro da linguagem, horizonte em que o sujeito dialoga com o outro²².

Para além dessa revisão na figura do sujeito, Habermas também se afasta de Kant ao reivindicar, no seu modelo procedimental, um discurso de aplicação como necessário à confirmação da validade universal das normas de fundamentação. O já mencionado sistema dual habermasiano (fundamentação e aplicação) é de autoajuste – a fundamentação alimenta a aplicação, e a aplicação realimenta a fundamentação. No discurso da aplicação, há uma práxis que poderá reafirmar por completo as normas que estão pressupostas na fundamentação. A norma de fundamentação confirma sua pretensão de universalidade quando é reafirmada pela norma de decisão dirigida a uma situação concreta²³.

2.2 A face jurídica dos direitos humanos – o reconhecimento social pela via do Direito

Nesse escrito mais recente de Habermas, a dignidade é o elemento moral que alimenta os direitos humanos na sua fundamentação; e os direitos humanos, em sua aplicação no caso concreto, alimentam a dignidade, ao reafirmarem-na como critério geral, em confirmação à sua pretensão de universalidade.

Nessa relação, a dignidade acaba exercendo um papel mediador entre a Moral e o Direito, na medida em que, de acordo com o autor, possibilita a mudança de perspectiva dos deveres morais para as reivindicações jurídicas²⁴.

Ao assumir essa possibilidade, Habermas retoma a separação entre Direito e moral, já trabalhada em Kant, segundo a qual o Direito é heterônomo e a moral é categórica. Isso significa dizer que a moral, que permeia todas as ações, é incondicional, independe da reação do outro – o descumprimento de um dever moral não é repreensível internamente porque o outro é prejudicado, mas pelo descumprimento em si, não há motivação externa que não seja a coisa em si; ao passo que as relações jurídicas só se concretizam com o comportamento do outro, o limite é o outro²⁵.

E, ainda, ao se referir a essa passagem dos deveres morais a reivindicações jurídicas, mediada pelo conceito de dignidade, como uma espécie de evolução, a partir de uma posição partilhada com Klaus Günter, Habermas deixa claro que identifica o Direito como o lugar de realização da justiça, o médium da democracia²⁶.

Antecipando as críticas de seus opositores, porque está em claro diálogo com seus pares, mas, principalmente, com os seus opositores; o autor argumenta que essa aposta no Direito não corresponde a um idealismo descomprometido, ou a uma utopia pura, mas sim a uma “utopia realista”, na medida em que a aposta apenas reordena o que já existe – historicamente a experiência dos excluídos foi de extrema importância para fundamentar novas políticas concretas de direitos humanos, que, por sua vez, reproduzem e reafirmam os valores morais universais, como a dignidade humana²⁷.

Habermas, ainda, realiza uma espécie de genealogia conceitual de dignidade para explicar que ela traz consigo a noção de reconhecimento social, no processo de fundamentação dos direitos humanos.

Há duas fases importantes na história conceitual da dignidade. Na primeira, a dignidade humana é concebida a partir de uma relação vertical, em que o ser humano se encontra abaixo de Deus e acima dos demais animais. A superioridade humana em relação ao

restante dos seres seria a responsável pela sua especial dignidade²⁸. Na segunda fase, essa noção de superioridade é substituída pelo valor absoluto e único de qualquer pessoa – fundado na razão humana²⁹.

O que mais interessa a Habermas nessa genealogia é o paradoxo da generalização a partir do particular, observado por Waldron. A dignidade surge ligada à ideia de honra social, de status, de se pertencer a uma categoria destacada (nobreza, ramo profissional, etc.) e possuir, em razão dessa pertença, um estatuto de reconhecimento social, tributário de relações privadas. O paradoxo está no fato de que o conceito igualitário de dignidade é resultado de uma generalização de dignidades particulares: a dignidade, que é inicialmente um conceito que segrega (limite entre o dentro e fora), evolui para uma característica generalizante³⁰.

Com essa linha de raciocínio, Habermas tenta novamente se defender do rótulo de utópico ao demonstrar que a própria dignidade universalizada aponta para a noção de reconhecimento social, obtido por meio de direitos civis. A dignidade tanto está na passagem da moral para os direitos humanos, como na dos direitos humanos para os direitos civis. Um programa de direitos humanos desacompanhado de um sistema de direitos civis, direitos da personalidade, consistente não é capaz de reafirmar a dignidade. O autorespeito e reconhecimento vêm pelo status de cidadania, sempre articulados à questão democrática, equivalência de direitos, preocupação também presente em Hannah Arendt³¹.

Para Habermas, a face jurídica dos direitos humanos fica prejudicada em Kant – ante ao fraco apelo que confere ao espaço e ao tempo – justamente porque a cidadania democrática depende de uma contextualização, de um sistema de direitos que se fortaleça também internamente, em um marco nacional³².

O autor, por derradeiro, não deixa de sublinhar a tensão entre direitos humanos e direitos civis (direitos internamente consagrados, como os fundamentais e os direitos da personalidade), colocada em evidência especialmente com a fundação dos Estados Constitucionais, ao final do século XVIII.

Segundo Habermas, em qualquer campo social há uma grande diferença entre norma e comportamento real, mas essa diferença entre o normativo e a realidade foi muita acirrada nesse específico contexto em que surgiam as constituições modernas. Isso pela contradição aparentemente colocada pelos direitos humanos, que são conectados a reivindicações de validade universal, mas ao mesmo tempo adquirem a qualidade de direitos aplicáveis nos limites do Estado Nação³³. Como conciliar esses dois aspectos?

Habermas sinaliza para uma saída cosmopolitista, na medida em que pleiteia como solução razoável ao impasse apresentado a tentativa de estruturar uma sociedade mundial

constitucionalizada, sem necessário contorno de uma república mundial. Reconhece que a tentativa de se buscar, por meio do discurso dos direitos humanos, a figura de uma ordem mundial nem sempre se mostra inofensiva, referindo-se ao perigo do uso ideológico do discurso dos direitos humanos³⁴.

Embora atribua crédito a Carl Schmitt³⁵, por ter sido o primeiro a alertar sobre a possibilidade de o discurso dos direitos humanos servir como mero instrumento de legitimação da opressão do Estado mais forte sobre o mais fraco, não vê razão para adotar o ceticismo desse autor, no sentido de uma rejeição integral de todo e qualquer programa de direitos humanos, propugnando por uma terceira via.

Para além da rejeição mais clara de Schmitt, Habermas se reporta a uma nova face do realismo, minimalista, que de maneira mais sutil se arma contra o programa de direitos humanos. Na realidade, essa corrente, na qual Habermas enquadra Kenneth Baynes, contrapõe uma visão política de Direito Internacional, supostamente mais adequada e contemporânea, à visão que trabalha o conteúdo moral desses direitos, reduzida ao rótulo de jusnaturalista³⁶.

Esse raciocínio minimalista, para Habermas, parece se amparar em uma questão empírica, de que a resposta às legítimas reivindicações para inclusão das populações marginalizadas e desprivilegiadas é despertada nas nossas sociedades opulentas. Habermas contra-argumenta com a afirmação de que as reivindicações estão em si fundadas em noções universalistas de moral, decorrentes da noção de dignidade humana.

Assim, conclui reafirmando que é a conexão interna entre dignidade humana e direitos humanos que torna explosivo o conteúdo da moral, que empresta a ela o caráter coercitivo. Com isso, mais uma vez, deixa claro que é o Direito o lugar, o médium, da justiça³⁷.

3 – A HIPERTROFIA LIMITADA DO DIREITO, O OUTRO E, AINDA, O LUGAR DA JUSTIÇA

Axel Honneth, embora compartilhe com Habermas a matriz moral kantiana, questiona a suficiência de uma teoria puramente normativa para refletir o grau de exclusão do outro. Ainda que o Direito traduza em Honneth uma das esferas de reconhecimento, na medida em que confere acesso a direitos, não é capaz de, por si só, criar o laço entre indivíduo e sociedade. Por isso busca uma nova gramática social, que também consiga revelar o

sofrimento que os diversos níveis de ausência de reconhecimento social causa ao ser humano.³⁸

A filosofia normativa apresentada por Habermas, se por um lado valoriza o Direito ao qualificá-lo como o lugar de se pensar a democracia e de se realizar a justiça, de outro o coloca em grande desafio, que é justamente o de dar conta de responder a todas essas pretensões.

Para Habermas, diante das experiências de exclusão, de humilhação e de opressão, a vítima encontra dentro do próprio Direito o seu instrumental de defesa – o conteúdo moral universal (dignidade) que possibilitará o reforço do programa de direitos humanos e civis (direitos fundamentais e direitos da personalidade). O que está pressuposto em Habermas, e merece problematização, é que esse excluído, organizando-se politicamente, consegue articular a reivindicação por mudança social, uma vez que o ideal regulativo habermasiano corresponde ao médium do Direito qualificado pelo procedimento democrático, o que confere ao excluído um espaço onde possui, ainda que representado, alguma voz.

Embora Habermas avance em relação a Kant, ao adotar um sujeito epistemológico relacional, intersubjetivo, que partilha com o outro uma linguagem que é determinante na compreensão do objeto, a filosofia normativa de Habermas ainda está muito comprometida com o sujeito e pouco direcionada à compreensão da figura do outro, que só aparece em sua teoria discursiva para pluralizar o sujeito, conferir-lhe a possibilidade do diálogo.

A figura do outro é acomodada na teoria habermasiana, como de resto ocorre com a maior parte dos neokantianos, sob o mesmo estatuto do sujeito. Para autores desconstrutivistas, como Levinas e Derrida, o sujeito não é capaz de explicar o outro, como pretende o que chamam de metafísica da presença. O outro requer um estatuto próprio, para que não seja perdido nessa tentativa comum de se descrever o diferente a partir de uma linguagem e estatuto unificados³⁹.

Quando se reflete a justiça, assumindo o sujeito como ponto de partida, e não o outro, o Direito, com a sua coercibilidade e fundamentação moral, aparenta ser o ambiente em que toda ordem de violação é desnudada e contornada. Mas é justamente o questionamento sobre quem é o outro que é capaz de mostrar a violência com que o Direito, ao tentar captar a essência do outro sob a perspectiva do sujeito, funda a sua linguagem, que por sua vez o mantém tão distante da justiça⁴⁰.

E justamente porque o outro não é representável, uma perspectiva puramente normativa não é capaz de fornecer instrumental para que se realize uma crítica apropriada do Direito, em suas limitações.

Na teoria habermasiana, por exemplo, só há elementos para se pensar na violação do indivíduo pela negação de direitos, mas como identificar o sofrimento daquele que, não obstante tenha acesso a direitos, está no limbo da invisibilidade social, não atinge outros importantes níveis de reconhecimento social, fundamentais à construção de sua própria subjetividade?

A dificuldade em se formular uma resposta à problemática apresentada não é razão suficiente para legitimar um Direito onipresente, por um motivo simples: onipresença não é sinônimo de onipotência. O contexto de gradativo inchaço da noção de relação jurídica, marcado pela judicialização da política e das relações sociais⁴¹, reforça, portanto, a necessidade de se pensar as limitações do Direito na realização do que se pode compreender como justiça.

4 – CONCLUSÃO

Ao tempo em que a dignidade humana firma-se, cada vez mais, como principal razão normativa a ensejar a intervenção estatal nas relações privadas, e como mola extensora do próprio Direito, é inadiável refletir sobre o rastro de injustiça que acompanha a dinâmica jurídica.

O confronto da “utopia realista” de Habermas – amparada em uma filosofia normativa que aponta o Direito com o lugar da justiça – com a crítica à metafísica da presença, com o argumento da irrepresentabilidade do outro e uma noção mais abrangente de reconhecimento social teve o escopo de contribuir para uma reflexão mais abrangente sobre o Direito, que a um só tempo valorize-o em seu potencial transformador, mas que não incentive um cálculo superestimado do seu tamanho e de sua potência.

O artigo não adota perspectiva cética sobre a realização da justiça em si, nem mesmo nega a vocação que o Direito possui de contribuir para esse processo, apenas alerta para o fato de que o próprio Direito pode oprimir onde pretende libertar, e é necessário, portanto, temperar as teorias que redignificam o sistema jurídico com o recurso àquelas que possibilitam a realização de uma crítica interna ao próprio Direito.

5 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo*. Trad.: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

DERRIDA, Jacques. *Força da Lei: o fundamento místico da autoridade*. Trad.: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of Law and democracy*. Trad.: William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1998.

_____. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. In.: *Metaphilosophy*, vol. 41, nº 04. Oxford: Blackwell Publishing, July, 2010.

_____. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Trad.: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HONNETH, Axel. *Luta pelo reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad.: Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003

Kant, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Lisboa: Gulbenkian, 1989.

_____. *Metaphysics of Morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e infinito: Ensayo sobre la exterioridad*. 2ª ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1987.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

MCCARTHY, Thomas. *La teoría crítica de Jürgen Habermas*. Trad. de Manuel Redondo. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006;

SCHMITT, Carl. *O conceito do político: teoria do Partisan*. Trad.: Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SPINOZA, Benedictus. *Ética*. Trad.: Tomaz Tadeu. Apêndice da Primeira Parte (Deus). Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.

¹ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of Law and democracy*. Trad.: William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1998.

² HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. In.: *Metaphilosophy*, vol. 41, nº 04. Oxford: Blackwell Publishing, July, 2010.

³ HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., nota 2, p.464.

⁴ O próprio autor sublinha, em nota de rodapé, não se tratar de uma revisão teórica e pontua os elementos que traduzem novidade no artigo. Ibid., p. 470 (nota de rodapé 10).

⁵ “It is an interesting fact that it was only after the Second World War that the philosophical concept of human dignity, which had already existed in antiquity and acquired its current canonical expression in Kant, found its way into texts of international law and recent national constitutions [...] By contrast, the notion of human dignity featured as a legal concept neither in the classical human rights declarations of the eighteenth century nor in the codifications of the nineteenth century”. HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., nota 2, p. 465.

⁶ Ibid., p.466.

⁷ Ibid., p. 466.

⁸ “In spite of this observation, the juridical meaning of human dignity is not exhausted by the function of erecting a smokescreen for disguising more profound differences”. HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., nota 2, p.467.

⁹ Ibid., p. 467.

¹⁰ BRASIL. STF. RE363889/DF. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento: 02/06/2011. DJ 15/02/2011.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., nota 2, p. 468.

¹² “Human dignity, which is one and the same everywhere and for everyone, grounds the indivisibility of all categories of human rights”. Ibid., p.468.

¹³ Por todos: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006, p. 127.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., nota 2, p.469.

¹⁵ “That a norm is prima facie valid means merely that it has been impartially *justified*; only its impartial *application* leads to a valid decision about a case. The validity of the general norm does not yet guarantee justice in the individual case [...] discourses of application concern not the norm’s impartial justification because of the unforeseeability of future situations”. HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., nota 1, p. 217.

¹⁶ “They are designed to be spelled out in concrete terms through democratic legislation, to be specified from case to case in adjudication, and to be enforced in cases of violation. Thus, human rights circumscribe precisely that part (and only that part) of morality which can be translated into the medium of coercive law and become political reality in the robust shape of effective civil rights”. HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., nota 2, p. 470.

¹⁷ KANT, Immanuel. *Metaphysics of Morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

¹⁸ MCCARTHY, Thomas. *La teoría crítica de Jürgen Habermas*. Trad. de Manuel Redondo. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 376.

¹⁹ A teoria de Kant é transcendental, portanto, nesse sentido em que o sujeito transcende o objeto, em seus aspectos contingenciais, e não em sentido religioso: “só conhecemos a priori das coisas o que nós mesmos colamos nelas”. Kant, Immanuel. Prefácio à segunda edição. In.: *Crítica da razão pura*. Lisboa: Gulbenkian, 1989.

²⁰ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010, p.214.

²¹ “Pero los fines particulares de la acción [...], así como los deseos e inclinaciones que nos empujan hacia ellos, tienen que ser excluidos como tales [...] de las razones determinantes, para que la acción pueda considerarse moral. La razón fundamental que tiene Kant para adoptar esta posición es bien conocida: toda máxima que venga determinada por factores contingentes es *ipso facto* inadecuada para una legislación universal [...] esta forma de abordar el problema de la universalizabilidad pone la voluntad racional en oposición con las inclinaciones y deseos, con las necesidades e intereses particulares”. MCCARTHY, Thomas. Op. Cit., nota 16, p. 378.

²² “Nossa capacidade de conhecer não pode mais, como supunha o mentalismo, ser analisada independentemente da capacidade de falar e agir, pois nós, também enquanto sujeitos cognoscentes, sempre já nos encontramos no horizonte de nossas práticas do mundo da vida. A linguagem e a realidade interpenetram-se de uma maneira indissolúvel para nós. Cada experiência está linguisticamente impregnada, de modo que é impossível um acesso à realidade não filtrado pela linguagem. Essa descoberta constitui um forte motivo para atribuir às condições intersubjetivas de interpretação e entendimento mútuo lingüísticos o papel transcendental que Kant reservara para as condições subjetivas necessárias da experiência objetiva. No lugar da subjetividade transcendental da consciência entra a intersubjetividade destrascendental do mundo da vida”. HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Trad.:Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 39-39.

²³ “Desde este punto de vista, el modelo discursivo de Habermas representa una reinterpretación procedimental del imperativo categórico de Kant: más que atribuir como válida a todas las demás cualquier máxima que yo pueda querer que se convierta en una ley universal, tengo que someter mi máxima a todos los otros con el fin de examinar discursivamente su pretensión de universalidad”. MCCARTHY, Thomas. Op. Cit., nota 16, p. 377.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., nota 2, p. 471.

²⁵ “However, the fact that the actions in question violate moral norms is all that is required to give an offender a bad conscience, whereas the legal relation that is objectively violated remains latent until a claim is raised that actualizes it”. Ibid., p. 472.

²⁶ “Thus Klaus Günther sees in the ‘transition from reciprocal moral obligations to reciprocally established and accorded rights’ an act of ‘self-empowerment to self-determination’. The transition from morality to law calls for a shift from symmetrically intertwined perspectives of respect and esteem for the autonomy of the other to raising claims to recognition for one’s own autonomy by the other. The morally enjoined concern for the vulnerable other is replaced by the self-confident demand for legal recognition as a self-determined subject who ‘lives, feels, and acts in accordance with his or her own judgment’”. Ibid., p. 472.

²⁷ “The appeal to human rights feeds off the outrage of the humiliated at the violation of their human dignity”. HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., nota 2, p. 466.

²⁸ Essa suposta superioridade do ser humano sobre o restante da natureza é, de acordo com Spinoza, uma falsa dedução proveniente de uma leitura finalista de Deus e da natureza. “Como, além disso, encontram tanto em si mesmos, quanto fora de si, não poucos meios que muito contribuem para a consecução do que lhes é útil, como, por exemplo, os olhos para ver, os dentes para mastigar, os vegetais e os animais para alimentar-se, o sol para iluminar, o mar para fornecer-lhes peixes, etc., eles são, assim, levados a considerar todas as coisas naturais como se fossem meios para a sua própria utilidade [...] tendo, pois, passado a considerar as coisas como meios, não podiam mais acreditar que elas tivessem sido feitas pelo seu próprio valor”. SPINOZA, Benedictus. *Ética*. Trad.: Tomaz Tadeu. Apêndice da Primeira Parte (Deus). Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009, p. 42.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., nota 2, p. 474.

³⁰ Ibid., p. 473

³¹ “Essa situação é um exemplo das muitas perplexidades inerentes ao conceito dos direitos humanos. Não importam como tenham sido definidos no passado [...]; não importa como se procure aperfeiçoar uma fórmula tão ambígua como a busca da felicidade, ou uma fórmula antiquada como o direito indiscutível à propriedade; a verdadeira situação daqueles a quem o século XX jogou fora do âmbito da lei mostra que esses são direitos cuja perda não leva à absoluta privação de direitos [...] por outro lado, esses direitos podem ser concedidos (se não usufruídos) mesmo sob condições de fundamental privação de direitos”. ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo*. Trad.: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 329.

³² “In Kant, too, human rights derive their moral content, which they spell out in the language of positive laws, from a universalistic and individualistic conception of human dignity. However, the latter is assimilated to an intelligible freedom beyond space and time, and loses precisely those connotations of status that only qualify it as the conceptual link between morality and human rights. Thus the point of the legal character of human rights gets lost, namely, that they protect a human dignity that derives its connotations of self-respect and social recognition from a status in space and time—that of democratic citizenship”. HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., nota 2, p. 475.

³³ Ibid., p. 475

³⁴ “When human rights policy becomes a mere fig leaf and vehicle for imposing majorpower interests, when the superpower flouts the U.N. Charter and arrogates a right of intervention, and when it conducts an invasion in violation of humanitarian international law and justifies this in the name of universal values, the suspicion is reinforced that the program of human rights consists in its imperialist misuse”. Ibid., p. 477.

³⁵ “A ‘humanidade’ é um instrumento ideológico especialmente útil para expansões imperialistas, sendo, em sua forma ético-humanitária, um veículo específico do imperialismo econômico”. SCHMITT, Carl. *O conceito do político: teoria do Partisan*. Trad.: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 59.

³⁶ HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., nota 2, p. 478.

³⁷ “Only this internal connection between human dignity and human rights gives rise to the explosive fusion of moral contents with coercive law as the medium in which the construction of just political orders must be performed”. Ibid., p. 479.

³⁸ “É do entrelaçamento do interno de individualização e reconhecimento, esclarecido por Hegel e Mead, que resulta aquela vulnerabilidade particular dos seres humanos, identificada com o conceito de ‘desrespeito’: visto que a autoimagem normativa de cada ser humano, de seu ‘Me’, como disse Mead, depende da possibilidade de um resseguro constante no outro, vai de par com a experiência de desrespeito o perigo de uma lesão, capaz de desmoronar a identidade da pessoa inteira”. HONNETH, Axel. *Luta pelo reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad.: Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 213-214.

³⁹ “[...] lo infinito del otro que mi pensamiento no contiene.” LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e infinito: Ensayo sobre la exterioridad*. 2ª ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1987, p. 121.

⁴⁰ “É preciso também saber que essa justiça se endereça sempre a singularidade, à singularidade do outro, apesar ou mesmo em razão de sua pretensão de universalidade. Por conseguinte, nunca ceder a esse respeito, manter sempre vivo um questionamento sobre a sua origem, os fundamentos e os limites de nosso aparelho conceitual, teórico ou normativo em torno da justiça é, do ponto de vista de uma desconstrução rigorosa, tudo salvo uma neutralização do interesse pela justiça, uma insensibilidade à justiça. Pelo contrário, é um aumento hiperbólico na exigência de justiça, a sensibilidade a uma espécie de desproporção essencial que deve inscrever, nela, o

excesso e a inadequação”. DERRIDA, Jacques. *Força da Lei: o fundamento místico da autoridade*. Trad.: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 37.

⁴¹ Na arena judicial brasileira, é possível se deparar com discussões em torno de afeto (ação de indenização por abandono afetivo) e, até mesmo, felicidade (haja vista a formulação de proposta de emenda constitucional para incluir a felicidade entre os direitos fundamentais previstos no art. 6º da Constituição – PEC 19/2010).