

# **O HÁBITO DA OBEDIÊNCIA E O RECONHECIMENTO DA NORMATIVIDADE DO DIREITO PELA ACEITABILIDADE RACIONAL EM SENTIDO FORTE**

HABITUAL OBEDIENCE AND THE RECOGNITION OF THE NORMATIVITY OF LAW BY A STRONG CONCEPT OF RATIONAL ACCEPTABILITY

ANA LUÍSA DE NAVARRO MOREIRA<sup>1</sup>

THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE<sup>2</sup>

**RESUMO:** Porque obedecer ao direito? Esse é um questionamento constante que sonda por diversas vezes o pensamento humano. A resposta a essa pergunta envolve diretamente a questão da normatividade do direito, que se remete à vinculatividade existente entre a ação humana e a determinação imposta pela norma. O direito é um fenômeno complexo, que possui a peculiaridade de impor condutas aos indivíduos; nesse sentido, é importante a discussão sobre o fundamento da normatividade. Desse modo, visando à ampliação desse debate serão abordadas as teorias de Bentham, Austin, Hart e Habermas. A partir da análise das características do hábito de obediência ao soberano e do ponto de vista interno de aceitação da regra de reconhecimento, chega-se à proposta habermasiana da normatividade pelo princípio do discurso. Trata-se de uma normatividade que se entende ser uma normatividade em sentido forte, na medida em que a vinculatividade é reflexo da aceitabilidade racional e moral das razões que justificaram a imposição da norma quando da sua formação democrática.

**PALAVRAS-CHAVES:** normatividade; princípio do discurso; aceitabilidade racional em sentido forte; formação democrática.

**ABSTRACT:** Why obey the law? This is a constant question crossing the mind of Human beings. The answer to it directly involves the issue of the normativity of law, which refers to the linking between human action and the determination required by a legal standard. The law is a complex phenomenon, the distinctive feature of which is the imposition of conducts to the individuals. In this sense, it is important to discuss the foundations of legal normativity. Thus, in order to advance this debate the theories of Bentham, Austin, Hart and Habermas will be addressed. From the analysis of the characteristics of the habit of obedience to a sovereign and the internal point of view by an acceptance of the rule of recognition, rises Habermas's proposal of grounding the normativity of law on the principle of discourse. It is a strong sense of normativity, because it is based on rational and moral reasons which justify the imposition of the legal standards by their democratic formation.

**KEYWORDS:** normativity; principle of discourse; strong concept of rational acceptability; democratic formation.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

<sup>2</sup> Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. *Honorary Lecturer* da Universidade de Aberdeen (Reino Unido). Doutor em Direito pela PUC-Rio. Mestre em Direito pela UERJ.

**SUMÁRIO:** I – Introdução. A normatividade e o conceito de direito (Corte metodológico: Bentham, Austin, Hart e Habermas); II – O direito como comando do soberano e o princípio da utilidade; III – O hábito da obediência: entre razões e sanções; IV – O direito como prática social argumentativa de aspectos jurídicos e inclusive morais – A insuficiência da aceitação do ponto de vista interno; V – A autonomia política e o princípio do discurso como fonte da normatividade do Direito; VI – Conclusão; VII – Bibliografia.

## **I. INTRODUÇÃO: A NORMATIVIDADE E O CONCEITO DE DIREITO EM BENTHAM, AUSTIN, HART E HABERMAS**

Obedecer ao Direito. Essa é uma atitude que o ser humano normalmente adota conscientemente ou até mesmo involuntariamente. No entanto, em determinadas situações o impulso que se tem é de infringir a norma que rege aquele ato a ser praticado. Nesses casos será que existe algo, interno ou externo, que contenha ou impeça a ocorrência de uma ação infratora?

Tal questionamento inquieta os filósofos do direito e permeia, mesmo que singelamente, as teorias por eles desenvolvidas sobre a aplicação e a natureza do direito.

A *normatividade* do direito, que envolve as *razões pelas quais um indivíduo respeita a imposição de determinada conduta*, está intrinsecamente ligada às concepções que se tem acerca do direito e do dever de obediência por parte do indivíduo. Porquanto, é a partir daquilo que se entende por norma juridicamente válida que se pode discutir sobre o fundamento da normatividade.

Nesse sentido, as concepções de *juridicidade* elaboradas pela filosofia do direito, quando discutem e propõem os seus critérios de validade e de identificação do direito, interferem diretamente na *obrigatoriedade* do direito, e é diante dessa premissa que se formula o presente debate.

O fenômeno do hábito da obediência é fundamental para a convivência humana, já que o cumprimento constante do direito é condição para manutenção da ordem e para a estabilidade da sociedade. Por isso, um estudo que busque, a um só tempo, explicar e legitimar essa habitualidade da conformidade da conduta humana ao direito torna-se extremamente relevante.

O problema da normatividade, como bem coloca Habermas, visa explicar “como os atores *que são livres em suas decisões se ligam a normas*, é dizer, se deixam obrigar por

normas para a realização de valores correspondentes (a essas normas)” (HABERMAS, 2005, p. 131)<sup>3</sup>.

Tem-se que a vida na sociedade contemporânea é necessariamente regida por normas que regulam a convivência; não obstante, as razões que impulsionam o ser humano no cumprimento das determinações impostas pelo direito podem variar exponencialmente.

Sócrates, por exemplo, acreditava de forma tão intensa em uma justiça superior e no dever de obediência que, mesmo com a possibilidade de fuga, cumpriu conscientemente a sentença que o condenou à morte, uma vez que as leis para ele refletiam o bem comum, eram responsáveis pela ordem e pela harmonia da *polis*, e, assim, não deveriam ser infringidas. Dizia o filósofo: “respeitar mesmo as leis injustas para que os maus, tomando isso como exemplo, respeitem as leis justas” (PLATÃO, 2009, p. 56); ou seja, defendia uma forte obediência às leis.

De modo semelhante Kant também relaciona a noção de dever e de obediência ao cumprimento das leis e do direito, mas com um enfoque diferenciado. A ação determinada pela razão através do imperativo categórico é uma ação necessária e constitui um dever, ao passo que o homem livre pode agir *conforme* o dever (legalidade) ou *por* dever (moralidade). Acreditava ele que:

“Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal” (KANT, 2003, p. 76).

A liberdade, então, tem um destaque especial e justifica tanto a moral quanto o direito, sendo que aquela se caracteriza pela força coativa interna, reflexo da razão prática, e o direito se caracteriza pela sanção e imposição externa que garante a liberdade do indivíduo e ao mesmo tempo impede a dominação de uns sobre outros.

Inúmeros são os exemplos que poderiam ser citados, nos quais seria possível a discussão sobre o mistério da obediência e sobre o *fundamento da normatividade* do direito. Neste estudo, optou-se pelas teorias de Bentham, Austin, Hart e Habermas.

---

<sup>3</sup> Trad. Livre: “Como los actores, que son libres en sus decisiones, se ligan a normas, es decir, se dejan obligar por normas para la realizacion de valores correspondientes (a esas normas)”.

Os dois primeiros por serem importantes precursores do movimento de ideias acerca da juridicidade que se denominou por positivismo jurídico e por relacionarem o conceito de direito ao hábito de obediência; Hart por contrapor à noção de comando a concepção de regra dotada de um ponto de vista interno de aceitação; e, por fim, Habermas por propor um modelo mais robusto de obrigatoriedade das normas ao entender que a “única fonte da normatividade do direito é o princípio do discurso” (HABERMAS, 2005, p. 9)<sup>4</sup>.

## **II. O DIREITO COMO COMANDO DO SOBERANO E O PRINCÍPIO DA UTILIDADE**

Existem diversas divergências teóricas positivistas e pós-positivistas sobre o conceito de Direito, ou seja, sobre os critérios que delimitam o objeto de estudo da teoria jurídica. Entre estas teorias, destacam-se os pensamentos de Bentham e Austin, autores que pertencem à corrente imperativista.

Um dos principais pilares dessa corrente é o princípio da utilidade.

O princípio da *utilidade*, para esses autores, “é o princípio único e soberano da decisão racional” (POSTEMA, 1986, p. 147), pelo qual se busca o máximo de prazer e evita-se o máximo de dor. O fim último é o maior bem geral, ou seja, aquilo que conduz a maior quantidade possível de felicidade para o maior número possível de pessoas (*greatest happiness of the great number*). Assim, são dois os contrapontos que guiam permanentemente o direito e a manifestação de vontade, quais sejam o prazer e a dor (BENTHAM, 2000, p. 35).

Preocupados com a lei, sua clareza, precisão e segurança, defenderam a codificação e se posicionaram criticamente em relação à tradição da época do *Common Law*, Bentham mais radicalmente que Austin, uma vez que o ataque daquele desafiava a própria ideologia política vigente.

A segurança do direito, que pressupõe a existência de leis positivadas, torna-se condição necessária para o bem estar de qualquer pessoa, já que é por meio da estabilidade das expectativas que o ser humano se torna capaz de formar um plano geral de conduta, realizar sonhos e alcançar certo nível de felicidade.

---

<sup>4</sup> Trad. Livre: “La unica fuente de normatividad es, portanto, el principio de discurso”.

“Bentham sugere que um sentido de continuidade e coerência pessoal é essencial para qualquer concepção individual de felicidade, felicidade além daquela restrita aos prazeres e os sofrimentos do momento imediato”. (POSTEMA, 1986, p. 162, tradução nossa)<sup>5</sup>.

Nesse aspecto, a felicidade pressupõe um sentido de continuidade pessoal do indivíduo e depende da estabilidade do direito. Mas, além de possuir essa forte relação com a segurança, a felicidade se relaciona de igual modo com a justiça.

A justiça é um ideal político que somente se torna atraente pela sua utilidade em assegurar as regras públicas, regras estas que devem encontrar a melhor condição de servir à vontade geral. Assim, a justiça resguarda a segurança das expectativas, que, como demonstrado, preserva a própria felicidade.

Desse modo, percebe-se que o pensamento imperativista de Bentham e Austin propõe uma *interpretação utilitarista de direito*, de *segurança* e inclusive de *justiça*. O princípio da utilidade permeia todos os elementos da teoria, fundamentando tanto a conduta social quanto individual, e o direito, nesse sentido, é entendido como reflexo de uma ética hedonista e de uma doutrina consequencialista.

A “norma” jurídica, que é o *comando emanado por um soberano como ato de vontade* direcionado àqueles que lhe são subordinados, deve igualmente ser produzida a fim de proporcionar a maior felicidade possível.

O direito é aquilo que o soberano diz ser e, embora deva respeitar o princípio da utilidade, tem validade independentemente do conteúdo que venha a ser estabelecido pelo soberano, já que “a existência da lei é uma coisa, o seu mérito ou demérito o outro” (HART, 1982, p. 28). Trata-se de um critério *sociológico* que implica na separação entre direito e moral, que ambos os autores adotam, para dizer o que é o direito<sup>6</sup>. Como explica Hart (1982, p. 23), uma das virtudes dessa concepção de direito é que com ela se opera uma “desmistificação” do pensamento jurídico, já que o direito é visto como um *artefato humano*, é dizer, como produto de uma vontade institucionalizada, abandonando-se a obscura pretensão jusnaturalista de que o direito poderia derivar automaticamente de uma ordem suprapositiva.

---

<sup>5</sup>Trad. Livre: “Bentham suggests, a sense of personal continuity and coherence is essential to any individual’s conception of happiness beyond that restricted to the pleasures and sufferings of the immediate moment”.

<sup>6</sup> Apesar dessa aparente neutralidade, Postema (1986) faz uma leitura de Bentham como positivista normativo, uma vez que o seu positivismo abordava a dimensão do dever ser.

O direito, assim, se relaciona diretamente com a pessoa do governante e com a sua vontade que é direcionada a todos aqueles que estão sob o seu domínio:

“A lei é o conjunto de *signos declarativos de vontade de um soberano* em um Estado referentes a uma conduta que deve ser observada por aqueles que estão sujeitos ao seu poder. O *significado* da norma é *reduzido às condições fáticas* em que é emanada.” (BUSTAMANTE, 2008, p. 2).

Mas como se identifica esse soberano?

O soberano é um ser superior em questão de poder que direciona a sua vontade aos que lhe são inferiores; é aquele a quem todos têm o *hábito de obediência* e que ao mesmo tempo *não tem o hábito de obedecer a qualquer outro*, podendo-se auferir empiricamente quem ele é.

O direito, então, ao constituir um comando, manifesta uma vontade que intenta ser obrigatoriamente implementada. Existe um dever de obediência frente ao comando emanado, dado que “onde quer que se realize um comando, impõe-se uma obrigação” (AUSTIN, 1998, p. 14).

De que forma ocorre essa conexão entre dever e comando e de que forma se constitui o hábito de obediência é objeto do tópico seguinte.

### **III. O HÁBITO DA OBEDIÊNCIA: ENTRE SANÇÕES E RAZÕES**

O hábito de obediência ao direito na doutrina utilitarista se relaciona, como demonstrado, com o princípio da utilidade, de forma que a tensão entre a maximização do prazer e a minimização da dor, além de influenciar o direito e a imposição de condutas, interfere diretamente no próprio agir do indivíduo.

O princípio da utilidade exerce, assim, uma influência diretiva tanto externa quanto interna. Enquanto diretiva externa, o princípio indica como alguém deve proceder em relação aos demais; nesse sentido, o cidadão deveria obedecer ao direito por ter na sua obediência uma contribuição para a felicidade geral; por outro lado, sua atuação interna se dá no âmbito pessoal do indivíduo, na medida em que o ser humano busca primeiramente a

maior felicidade possível para si próprio através de uma manifestação racional de interesse particular.

“As ações dos homens são necessariamente direcionadas para a realização do seu próprio prazer, de forma que o princípio da maior felicidade possível não é simplesmente um princípio ético, não explica somente como alguém *deve proceder*, mas explica também como *alguém de fato procede*, porque o homem de fato age em busca do prazer. (...) Na prática, cada indivíduo, quando sozinho, persegue sua própria felicidade, sem se preocupar com o efeito de suas ações para a felicidade do maior número possível.” (SCHOFIELD, 1991, p. 59, tradução nossa)<sup>7</sup>.

Mas, se a felicidade individual entra em conflito com a felicidade geral, que é aquela que o direito pretende garantir, como e de que forma persiste o hábito de obediência?

Diante desse impasse, Schofield afirma que a norma jurídica deve fornecer motivos suficientes para que o indivíduo busque o interesse geral ao invés do seu interesse particular, ou seja, é necessário que a lei promova no ser humano uma *identificação artificial de interesses* para que o interesse individual se assimile com o interesse da coletividade.

O comando do soberano continua tendo um caráter obrigatório, mas não de forma autoritária como defendia Hobbes.

No pensamento absolutista hobbesiano, a idéia de ordem como manifestação de vontade se caracteriza pelo seu caráter peremptório, ou seja, a ordem por si só constitui a razão para se fazer o que é ordenado a fazer, não se permitindo qualquer deliberação independente por parte do indivíduo.

Em Bentham, o direito também se impõe pela força através da existência das sanções, contudo *não pressupõe essa ausência de razões*. De acordo com Postema, o autor utilitarista rejeita a ideia de uma submissão cega e entende que o hábito de obediência decorre de um *sentimento de lealdade do ser humano baseado na convicção*:

---

<sup>7</sup> Trad. Livre: “Men’s actions were necessarily directed towards increasing their own pleasure, so the greatest happiness principle was not merely an ethical principle, did not merely explain how an agent ought to conduct himself, but also, how human agents actually did conduct them selves”(…) In practice, each individual, left to himself, would merely pursue his own greatest happiness without regard to the effect his actions might have on the happiness of the greatest number”.

“É mais plausível pensar que Bentham rejeita explicitamente esta análise hobbesiana de comando. (...) Seu ideal era, sim, o *entendimento direcionado pelo entendimento*. Ele buscava uma visão do direito que pudesse assegurar a submissão de uma conduta para a ordem social *sem a necessidade de submissão de julgamento*, e que pudesse assegurar o cumprimento da conduta não por meio da obediência cega, mas através da fidelidade com base na convicção” (POSTEMA, 1986, p. 326, tradução nossa)<sup>8</sup>.

A concepção de lei, desse modo, apoiar-se-ia nas noções de *razões* e de *sanções*, e o hábito da obediência se tornaria reflexo tanto da identidade de interesses quanto do receio de se sofrer sanções no caso de descumprimento da ordem.

Austin, por outro lado, possui uma ideologia um pouco diferente por entender que a vontade do soberano era a vontade de Deus, adotando um *utilitarismo teleológico*. O utilitarismo em Austin possui um caráter mais conservador do que em Bentham, na medida em que no primeiro se assume, ao contrário do segundo, uma coincidência entre o princípio da utilidade e a vontade de Deus, sem a pretensão de escrutinar as instituições vigentes e modificá-las com fundamento na utilidade (SCHOFIELD, 1991, p. 63). Todavia, mesmo com esta e outras características que o distinguem, afirma Rodney que sua doutrina, semelhantemente, não impossibilita essa *conexão de uma reflexão* diante do comando da lei:

“É verdade que Austin não especificamente aponta para a importância de uma reflexão crítica em relação aos padrões em que a lei foi projetada de forma a assegurar sua existência contínua. Seu modelo, no entanto, não desconta positivamente essa possibilidade pela sua referência à obediência habitual como constitutiva da relação entre o sujeito e o soberano”. (RODNEY, 2013, p. 212, tradução nossa)<sup>9</sup>.

Normalmente, as leituras das teorias imperativistas afirmam que a obrigatoriedade do comando emanado pelo soberano decorre somente da força do próprio soberano, que é mantida por meio da ameaça de imposição de uma sanção. A norma válida é emitida por quem detém o poder de impor a sua vontade, a força se torna o elemento determinante e a existência da ameaça da sanção constitui o fator que proporciona o cumprimento do direito.

---

<sup>8</sup> Trad. Livre. “It is more plausible to think that Bentham explicitly rejects this Hobbesian analysis of commands (...) His ideal was, rather, direction of the understanding by the understanding. He sought a view of law which could ensure submission of conduct to the social order without requiring submission of judgment, and which could hope to ensure compliance not by way of mindless obedience, but through allegiance based on conviction”.

<sup>9</sup> Trad. Livre. “It is true that Austin did not specifically point to the importance of critical reflection in relation to the standards that the law was designed to uphold in order to ensure the continued existence of a legal system. His model, nonetheless, did not positively discount that possibility by his reference to habitual obedience as being constitutive of the sovereign-subject relationship.”

Tais características são inegáveis.

Mas, será que a obediência é fruto somente do receio da aplicação de uma sanção? Será que se deve aceitar que a normatividade do direito seja reduzida a sua capacidade de imposição pela força? Acredita-se que não.

Hart, inclusive, impulsiona de igual modo essa crítica quando se opõe ao conceito de comandos baseados em ameaças. A obediência ao direito pressupõe a adoção de um *ponto de vista interno* que consiste em uma postura reflexiva do indivíduo diante da regra (HART, 2012, p. 242).

O que se propõe é que a obrigação perante o direito não pode decorrer apenas da existência de sanção, vez que o dever de obedecer é algo superior ao ato de simplesmente ser forçado a obedecer.

Percebe-se, assim, que as doutrinas de Postema, Shofield e Hart se atentaram para a insuficiência desse argumento da obrigatoriedade do direito somente através da força. Iniciaram, mesmo que de forma singela, um debate sobre a relação entre o hábito da obediência e a *aceitabilidade do indivíduo* que merece ser aprofundada e, freqüentemente, tematizada.

#### **IV. O DIREITO COMO PRÁTICA SOCIAL ARGUMENTATIVA DE ASPECTOS JURÍDICOS E INCLUSIVE MORAIS – A INSUFICIÊNCIA DA ACEITAÇÃO DO PONTO DE VISTA INTERNO**

O conceito que se tem de direito na teoria imperativista, como demonstrado, depende das noções de comando, soberano e, principalmente, hábito de obediência. A leitura clássica vincula o cumprimento do direito ao respeito pelo comando diante da autoridade da imposição.

Hart, além da objeção já destacada, insurge-se contra essas teorias por acreditar que possuem um déficit quando não consideram a noção de regra, limitando o pensamento à idéia de comando.

Na teoria hartiana, o direito é entendido como uma prática social que é identificada por meio de uma *regra de reconhecimento* que legitima todo o sistema jurídico. O direito é a união de regras primárias (que regulam o comportamento) e regras secundárias (que

concedem poderes aos indivíduos), de forma que “a regra (secundária) de reconhecimento é aceita e usada para a identificação das regras (primárias) de conduta” (BUSTAMANTE, 2008, p. 3).

O *ponto de vista interno* (da aceitação) é um componente extremamente relevante em sua teoria e que coopera para a construção de uma normatividade do direito em forte conexão com a aceitabilidade racional.

A força, que antes era um elemento de destaque e que foi incorporada com esse mesmo status na teoria kelsiana, torna-se uma questão secundária, apesar de ainda presente.

O direito, então, é visto como o *produto da crítica do indivíduo*. Inclusive, é por essa característica que Hart entende que sua própria noção de habitualidade se distancia consideravelmente da noção tradicional de hábito proposta pela teoria utilitarista.

Segundo o autor, o direito é a expressão de um hábito social que necessariamente é aceito pelos indivíduos como padrão a ser seguido pelo grupo. Distingue-se, dessa forma, da noção de direito como vontade de um ser superior em relação de poder, pois, enquanto no primeiro modelo percebe-se uma obrigatoriedade que surge de *baixo para cima*, no segundo se vislumbra o contrário, uma obrigatoriedade reconhecida de *cima para baixo*.

No entanto, apesar do salto que ocasiona contrapondo à noção de comando a concepção de regra dotada de um ponto de vista interno de aceitação, Hart insiste na tese de que o teórico do direito, diferentemente do jurista prático, adota um ponto de vista externo, que reflete sua postura metodológica de existência de uma descrição neutra, aspecto que impossibilita que sua teoria alcance patamares superiores de discussão.

Ocorre que Dworkin percebe a impossibilidade dessa pretensão de neutralidade e propõe o conceito de direito como *interpretação construtiva* que “tem como finalidade tanto ajustar-se aos dados quanto *justificá-los*” (DWORKIN, 2010, p. 242).

Essa concepção de direito, que ele denomina de direito como integridade (*law as integrity*) precisa necessariamente fornecer coerência ao sistema jurídico, ou seja, o conteúdo do direito deve se apresentar de forma adequada às práticas sociais (âmbito empírico) e de forma justificada diante da comunidade de princípios (âmbito normativo). Os elementos, então, de identificação do direito válido passam a ser coerência, adequação e justificação.

Em encontro ao que pensa Dworkin, entende-se que o fenômeno jurídico, além de extremamente complexo e dinâmico, é *interpretativo*. Assim, o seu conteúdo depende do seu próprio uso; e tal uso ocorre necessariamente por meio da *argumentação* no âmbito dos debates entre os participantes da prática jurídica, de modo que a compreensão do direito dependerá das razões argüidas e validamente reconhecidas.

O direito, dessa forma, é *uma prática social argumentativa* e o discurso jurídico constitui um discurso reflexivo dotado de uma pretensão de racionalidade.

Mas, se essa justificação proveniente da argumentação é interpretativa e, conseqüentemente, reflexiva em que sentido ela se difere do ponto de vista interno proposto por Hart?

O ponto de vista interno da teoria hartiana não permite a sua percepção como um ponto de vista interno *moral* e, principalmente, de *justificação argumentativa*, questão que é crucial tanto na proposta dworkiana quanto habermasiana (esta última abordada no tópico final).

A justificação dos argumentos de princípios, defendida, entre outros, por Dworkin, envolve necessariamente um discurso composto por argumentos baseados em princípios morais e, aparentemente, a aceitação do ponto de vista interno não abrange uma aceitabilidade em termos de razões morais.

Hart, apesar de não desconsiderar a capacidade moral do indivíduo de efetuar juízos de valor, demonstra de forma clara que a aceitação da regra de reconhecimento não sugere uma aceitação por critérios de moralidade.

“Aqueles que aceitam a autoridade do sistema jurídico, olham para ele a partir do ponto de vista interno, e expressam o seu sentido de suas necessidades em declarações internas que se manifestam em linguagem normativa comum ao direito e à moral: 'eu (você) deve', 'eu (ele) deve', 'eu (eles) têm a obrigação'. No entanto, *eles não estão comprometidos com um juízo moral* segundo o qual é moralmente certo fazer o que a lei exige”. (HART, 2012, p. 203, tradução nossa)<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Trad. Livre. “Those who accept the authority of the legal system look upon it from the internal point of view, and express their sense of its requirements in internal statements couched in the normative language which is common to both law and morals: ‘I (you) ought’, ‘I (he) must’, ‘I (they) have an obligation’. Yet they are not thereby committed a moral judgment that it is morally right to do what the law requires”.

Trata-se, assim, de uma *aceitação da vinculatividade* da regra e não uma *aceitação da justificação das razões* dos padrões impostos pela regra. Como destacado pelo próprio Hart, as declarações simplesmente se expressam por termos normativos, de forma que a aceitabilidade em si mesma não é revestida de normatividade, revelando-se apenas como uma atitude prática de aceitação da regra.

“O ponto de vista interno é a *atitude prática da aceitação* da regra – o que não implica que as pessoas que aceitam as regras aceitam a sua legitimidade moral, só que eles estão dispostos a orientar e avaliar a sua conduta de acordo com as regras” (SHAPIRO, 2006, p. 1157, tradução nossa)<sup>11</sup>.

Percebe-se, desse modo, que se trata de uma normatividade em sentido fraco. Apesar de Hart não desconsiderar a possibilidade de que a regra de reconhecimento incorpore padrões morais, o ponto de vista interno padece diante da ausência de uma justificação racional e moral capaz de gerar aceitação.

O ponto determinante é que o autor não desenvolve essa capacidade de racionalidade argumentativa que impulsiona moralmente o indivíduo ao dever de obediência que se entende ser extremamente relevante.

“Mas a dicotomia do "direito baseado apenas no poder" e "direito que é aceito como moralmente obrigatório" não é exaustiva. Não só muitos podem ser coagidos por leis que não consideram moralmente obrigatórias, como nem sequer é verdade que aqueles que de fato aceitam o sistema de forma voluntária, *devem conceber a si mesmos como moralmente obrigados a fazê-lo*, embora o sistema seja mais estável quando assim o fizessem. Na verdade, a sua fidelidade ao sistema pode estar baseada em diferentes considerações: cálculos de longo prazo de autointeresse; desinteressados interesses em outros; uma herdada atitude irrefletida ou tradicional, ou o mero desejo de fazer aquilo que os outros fazem (...) A presunção que mencionamos se assenta no fato de que, muitas vezes, será inútil confirmar ou apontar uma obrigação jurídica se o falante tiver razões conclusivas, morais ou de outra forma, que incitam o seu não cumprimento”. (HART, 2012, p. 203, tradução nossa)<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Trad. Livre. “The internal point of view is the practical attitude of rule-acceptance – it does not imply that people who accept the rules accept their moral legitimacy, only that they are disposed to guide and evaluate conduct in accordance with the rules”.

<sup>12</sup> Trad. Livre. “But the dichotomy of ‘law based merely on power’ and ‘law which is accepted as morally binding’ is not exhaustive. Not only may vast numbers be coerced by laws which they do not regard as morally binding, but it is not even true that those who do accept the system voluntarily, must conceive of themselves as morally bound to do so, though the system will be most stable when they do so. In fact, their allegiance to the system may be based on many different considerations: *calculations of long-term self-interest*; disinterested interest in others; an unreflecting inherited or traditional attitude; or the mere wish to do as other so.(...) The presumption which we have mentioned rests on the fact that it will often be pointless to acknowledge or point out a legal obligation, if the speaker has conclusive reasons, moral or otherwise, to urge against fulfilling it”.

Nesse sentido, a aceitação do ponto de vista interno da teoria hartiana é insatisfatória. Infelizmente não fornece elementos suficientes para uma proposta teórica forte em termos do fundamento da normatividade e do dever de obediência, uma vez que não se atenta para o aspecto de que o direito tem uma pretensão, também, de argumentação e de justificação moral.

## **V. A AUTONOMIA POLÍTICA E O PRINCÍPIO DO DISCURSO COMO FONTE DA NORMATIVIDADE DO DIREITO**

Habermas, mesmo que não desenvolva propriamente uma teoria jurídica, já que declara que sua intenção é propor uma teoria da ação social, apresenta importantes argumentos sobre o fundamento da normatividade do direito que devem ser considerados.

Demonstrou-se, em um primeiro momento, que existe uma “forte relação entre a racionalidade e o hábito de se obedecer ao direito, de modo que este não se separa daquele” (RODNEY, 2013, p. 212)<sup>13</sup>. Posteriormente, ampliou-se o fenômeno da racionalidade, debatendo-se de que forma ocorre a aceitação de uma imposição de conduta por parte do indivíduo.

No entanto, os elementos não foram suficientes para apreender a complexidade do fenômeno da normatividade, já que a aceitação necessariamente envolve questões de justificação moral que ocorrem, principalmente, de modo argumentativo. Essa forma peculiar de aceitabilidade racional que se propõe ganha elevados contornos normativos na teoria habermasiana por meio do *princípio do discurso*.

A concepção da normatividade como o princípio do discurso é reflexa da concepção que Habermas possui do conceito de direito. Como para o autor não existe Estado de Direito sem democracia, a legitimidade da instituição das normas depende diretamente do princípio do discurso que é a manifestação do princípio democrático.

---

<sup>13</sup> Trad. Livre. “What is also clear from these writings is that the relationship between reason and habit is a deeply interdependent one, and the latter cannot be separated from the operation of the former”.

Habermas, no mesmo sentido que Dworkin, entende que o direito possui uma *pretensão de justificação* e entende que a relação deste com a moral é de co-originalidade e não de subordinação (HABERMAS, 2005, p. 171).

A pretensão do direito de uma justificação argumentativa possui forte conexão com a ideia de *autonomia*. O direito deve defender a autonomia de todos principalmente porque a imposição de uma conduta pode vir a limitar a liberdade do indivíduo.

Nesse sentido, é importante destacar que a autonomia jurídica se divide em autonomia pública e autonomia privada (CATTONI, 2006, p. 82), de forma que é preciso instituir um meio que preserve ambas a fim de que uma não prejudique a outra, já que existe uma tensão inicial entre elas.

Segundo Habermas, *o único meio legítimo* para solucionar essa tensão é o direito. O *sistema de direitos subjetivos* garante aos indivíduos liberdades subjetivas de ação, permitindo que ajam conforme seus interesses (direitos humanos), e ao mesmo tempo protege a legitimidade dos procedimentos de normatização ao preservar iguais direitos de participação a todos (soberania popular). Assim, o sistema de direitos possibilita que os cidadãos determinem reciprocamente seus direitos e, ao mesmo tempo, garante a todos os indivíduos uma igual proteção desses mesmos direitos (HABERMAS, 2005, p. 184).

Por conseguinte, é somente por meio do direito que as autonomias pública e privada interagem adequadamente entre si, de forma que essa interação promove o que Habermas denomina de *autonomia política*. Nesse sentido, o nexó interno entre a soberania popular e os direitos humanos reside no modo de exercício da autonomia política, que por sua vez é garantida pelo direito.

“A teoria discursiva do direito entende, por uma parte, o Estado democrático de direito como a institucionalização que decorre do direito legítimo (e, portanto, garante a autonomia privada) de procedimentos e pressupostos comunicativos para uma formação discursiva de opinião e de a vontade, a qual torna possível por sua vez (o exercício da autonomia pública e) uma produção legítima de normas”. (HABERMAS, 2005, p. 523, tradução nossa)<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Trad. Livre. “La teoría discursiva del derecho entiende, por una parte, el Estado Democrático de derecho como la institucionalización que discorre através de derecho legítimo (y que, por tanto, garantiza la autonomía privada) de procedimientos y presupuestos comunicativos para una formación discursiva de la opinión e la voluntad, la cual hace posible a su vez (el ejercicio de la autonomía pública y) una producción legítima de normas”.

Uma segunda tensão que o autor discute é a tensão existente entre a faticidade do direito (positividade), que constitui o caráter coercitivo da imposição da conduta, e a validade do direito (legitimidade), que é a forma pela qual ocorre essa imposição.

Conforme se destacou no começo desse debate, a normatividade se relaciona diretamente com a juridicidade, uma vez que a capacidade de obrigar alguém ao cumprimento de determinada conduta (positividade) pressupõe a identificação do direito válido que impõe aquela conduta (legitimidade).

Percebe-se, então, que o impasse apresentado inicialmente pelo texto sobre o fundamento da normatividade depende diretamente da resolução que se dará a essa tensão contínua entre a faticidade e a validade do direito identificada por Habermas. A proposta do autor diante dessa segunda tensão, proposta que se entende como a mais adequada, é a institucionalização do princípio do discurso, que conseqüentemente será a fonte da normatividade do direito.

O princípio do discurso determina que “são válidas aquelas normas (e somente aquelas normas) que todos que puderem ser afetados por elas puderem prestar seu *assentimento como participantes em discursos racionais*” (HABERMAS, 2005, p. 172)<sup>15</sup>, ou seja, trata-se da ideia de auto legislação. Através de um acordo racionalmente motivado entre os participantes da argumentação, o ser humano se reconhece ao mesmo tempo como destinatário e autor do direito.

Assim, o assentimento que resulta da participação nesse discurso racional demonstra uma vinculatividade à obrigatoriedade do direito muito mais sofisticada do que o ponto de vista interno hartiano e, principalmente, do que o simples hábito de obediência da doutrina utilitarista.

*O exercício da autonomia política é assegurado por meio da formação discursiva do direito que preserva a prevalência do melhor argumento em um discurso argumentativo de efetiva participação dos sujeitos envolvidos. Os participantes do diálogo têm um mútuo compromisso com o entendimento que buscam alcançar e, desse modo, o direito é aplicado discursivamente. A predominância do melhor argumento é reflexa da aceitabilidade racional e inclusive moral (HABERMAS, 1986, p.12) das razões que justificaram a conduta.*

Conforme destaca BUSTAMANTE, trata-se da defesa de uma:

---

<sup>15</sup> Trad. Livre. “Validas son aquellas normas (y solo aquellas normas) a las que todos que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes em discursos racionales”

“Teoria voltada para a racionalização dos discursos práticos de realização do direito e que pode encontrar sustentação na teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, que acredita em certo conteúdo normativo da modernidade, o qual é capaz de alcançar um grau satisfatório de integração social por meio de *interações racionalmente reguladas de atos de fala orientados para o entendimento*, sendo que o direito, de um lado, constitui um *medium* onde essa interação é realizada” (BUSTAMANTE, 2008, p. 19).

Portanto, a justificação das pretensões discursivas, por meio do princípio do discurso, é determinante para uma normatividade em sentido forte de reconhecimento da autonomia política e da idéia de auto legislação, uma vez que “o direito legítimo só é compatível com um modo de obrigação jurídica que não destrua os *motivos racionais* de obediência ao direito”. (HABERMAS, 2005, p.187)<sup>16</sup>.

“Uma pessoa só tem a possibilidade de se posicionar com um sim o um não ante uma pretensão de validade *suscetível de crítica* se o outro está disposto a *justificar* em caso necessário a pretensão envolta dos seus atos de fala”. (HABERMAS, 2005, p. 185, tradução nossa)<sup>17</sup>.

A normatividade, dessa forma, relaciona-se diretamente com a justificação racional e moral argumentativa que é suscetível de crítica, de modo que as “normas jurídicas sempre poderão ser seguida pela convicção” (HABERMAS, 2005, p 187)<sup>18</sup>.

Por fim, anteriormente, destacou-se que um dos avanços da teoria de Hart diante da teoria imperativista fora que nesta se vislumbrava uma imposição de cima para baixo enquanto que naquela a obrigatoriedade resultava de baixo para cima.

Com Habermas, essa distinção é ultrapassada e perde totalmente o seu sentido. A classificação de superior (quem impõe o direito) e subordinado (quem sofre a imposição do direito) deixa de existir. O individuo é reconhecido mutuamente como autor e destinatário do direito em um processo co-originário de normatização que ocorre pelo princípio do discurso de forma contínua.

---

<sup>16</sup> Trad. Livre. “Pues el derecho legítimo solo es compatible con un modo de coercion jurídica quen o destruya los motivos racionales de obediencia al derecho”.

<sup>17</sup> Trad. Livre. “Pues uno solo recibe la posibilidad de posicionarse con un si o com um no ante una pretension de validez susceptible de critica si el outro esta dispuesto a justificar, em caso necesario, la pretension entablada com sus actos de habla”.

<sup>18</sup> Trad. Livre. “Las normas jurídicas siempre han de poder ser seguidas por convicción”.

“Antes, o direito deve a sua *força vinculante à aliança que existe entre a positividade do direito e a sua pretensão de legitimidade*. Essa ligação reflete o entrelaçamento estrutural que há entre a aceitação fundadora de fatos sociais e a aceitação das pretensões de validade, entrelaçamento, que como a tensão entre facticidade e validade, está inserida na ação comunicativa e nas ordens sociais mais ou menos espontâneos e quase naturais. Essa tensão ideal se intensifica no campo do direito, e, por certo, entre a relação entre coerção jurídica, em que a regra possui uma aceitação mediana e a ideia de auto legislação - a assunção de *autonomia política de cidadãos unidos - que é a única capaz de realizar ou resolver a pretensão de legitimidade das regras, isto é, de fazê-las racionalmente aceitáveis*”. (HABERMAS, 2005, p. 101, tradução nossa)<sup>19</sup>.

A teoria habermasiana defende, portanto, uma normatividade que se entende ser uma normatividade em sentido forte, no sentido de que o indivíduo se reconhece como autor e ao mesmo tempo destinatário da norma e, desse modo, a vinculatividade se torna reflexa da aceitabilidade racional e moral das razões que justificaram a imposição da norma quando da sua formação democrática.

## VI. CONCLUSÃO

O debate sobre o fundamento da normatividade é extremamente relevante diante do aspecto de o direito, por ter a peculiaridade de impor o cumprimento de determinadas condutas, poder aparentemente limitar a liberdade e a autonomia dos indivíduos.

Como se demonstrou a complexidade do fenômeno normativo envolve diretamente as razões pelas quais um indivíduo se vincula à imposição de determinada conduta e depende fundamentalmente da concepção que se tem de juridicidade.

Ambas as concepções, direito como comando de um soberano a quem todos têm o hábito de obediência e direito como prática social identificada pela aceitação da regra de reconhecimento, não foram suficientes para a construção de uma normatividade adequada a um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>19</sup> Trad. Livre. “Antes el derecho debe su fuerza vinculante a la alianza que entablan la positividad del derecho y su pretensión de legitimidad. Em esta conexión se refleja esse entrelazamiento estructural de la aceptación fundadora de hechos sociales y de la aceptabilidad que las pretensiones de validez pretenden, entrelazamiento que, como tensión entre facticidad y validez, venia ya alojado em la acción comunicativa y em los ordenes sociales mas o menos espontaneos o cuasinaturales. Esta tensión ideal retorna intensificada em el plano del derecho, y, por cierto, em la relacion entre coercion juridicia, la cual aredua a la regla una aceptación de tipo médio, y la idéia de autolegislación – o la suposición de la autonomía política de los ciudadanos unidos -, la cual es la única capaz de desempeñar o resolver la pretension de legitimidad de las reglas, es decir, de tornarlas racionalmente aceptables”.

A partir do momento que se entende o Estado de direito como indissociável da democracia, a vinculatividade da conduta humana perante a imposição da norma não pode ser reflexa da sua coercitividade ou, ainda, decorrente de uma aceitação que não seja racionalmente e moralmente justificada.

Uma normatividade em sentido forte envolve uma prática social argumentativa que permite uma aceitabilidade racional e moral das razões que justificaram a imposição da norma, de modo que somente por meio de um discurso reflexivo dotado de uma pretensão de racionalidade que o exercício da autonomia política é preservado.

Portanto, a normatividade do direito se torna legítima somente no momento em que o indivíduo se reconhece ao mesmo tempo como destinatário e autor do direito. Nesse sentido, uma normatividade em sentido forte só é possível por meio do princípio do discurso, de modo que a vinculatividade ao direito se torna reflexa da sua formação democrática.

## **VII. BIBLIOGRAFIA**

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence** (1832). Reimpressão. Indianapolis: Hackett, 1998.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Oxford: Clarendon Press (1781). Reimpressão. Kitchener: Batoche Books, 2000.

BUSTAMANTE, Thomas. Uma defesa do pós-positivismo. **Virtù (Salvador)**, v. 2, p. 1-40, 2008.

CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. A coesão interna entre Estado De Direito e democracia na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, v. 1, p. 77-88, 2006.

DWORKIN, R. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HABERMAS, J. **Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democratic de derecho en terminus de teroia del discurso**. Trad. Manuel Jiménez Redondo, 4. ed. Madri: Trotta, 2005.

HABERMAS, J. Law and Morality. Trad. Kenneth Baynes. Boston University. **The Tanner Lectures on Human Values delivered at Harvard University, 1986**. Disponível e, <http://tannerlectures.utah.edu/lectures/documents/habermas88.pdf> (acesso em 01 de março de 2013).

HART, H. L. A. **Essays on Bentham**. Oxford: Clarendon Press, 1982.

HART, H. L. A. **The concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press. 2012.

KANT, I. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates/Crítion**. Trad. Manuel de Pulquério. Lisboa: Edições 70, 2009.

POSTEMA, G. **Bentham and the Common Law Tradition**. Oxford: Clarendon, 1986.

RODNEY, M. What Is in a Habit? In: FREEMAN, M.; MINDUS, P. (orgs.). **The Legacy of John Austin's Jurisprudence**. Dordrecht: Springer, 2013, p. 185-214.

SHAPIRO, S. J. What is the internal point of view? **Fordham Law Review**, vol. 75, p. 1157-1170, 2006.

SCHOFIELD, P. Bentham and the 19th Century English Jurisprudence English Jurisprudence. **Journal of Legal History**, v.12. p. 58-88, 1991.