

Resenha

Dr. José N. Heck

(*Universidade Federal de Goiás*)

O supramencionado livro de Delamar José Volpato Dutra, professor dos Programas de Pós-graduação em Filosofia e Direito da UFSC – prefaciado por Cecília Caballero Lois, docente de graduação, mestrado e doutorado em direito na mesma instituição – apresenta um texto bem escrito com redação clara, precisa e envolvente, amparado por uma versão atualizada da matéria, devedora à discussão crítica de autores alemães e americanos acerca dos temas centrais da Filosofia do Direito.

O estudo privilegia subtítulos curtos, compactos e bem articulados. O corpo do trabalho abre o cenário programático com uma definição segundo a qual o direito é o senhor das vidas humanas. Como disciplina do âmbito da filosofia, segundo Dutra, a “Filosofia do Direito não pode ser definida sem já usar o conceito de direito que ela tem como tarefa explicitar” (p. 15), ou seja, a proposta consiste, por um lado, em destacar o entrelaçamento, a interação e as imbricações entre direito e moral e, por outro, distinguir o conteúdo da disciplina em tela da Sociologia do Direito, bem como da Teoria do Direito. A Filosofia do Direito especifica o que pode ser aplicado ao direito de forma genérica, vale dizer, o direito define-se pelas normas que o constituem e opera com base em deveres na condição de regras ou princípios.

No cap. 2 – Propriedades essenciais: forma jurídica, coação e justiça – Dutra encara a questão prévia da justificação do direito, ao destacar as duas propriedades indispensáveis

à disciplina: a coerção que assegura a eficácia e a correção que confere validade. Em outras palavras, a questão central da Filosofia do Direito tem por objeto as relações entre coerção e correção normativa. Dutra chama atenção para a relação tensa entre as duas propriedades intrínsecas ao direito, na medida em que estão ligadas ao conceito do mesmo e, por meio dele, encontram-se relacionados entre si. O capítulo encerra com a resposta kantiana à pergunta – “o que é ter um direito”? – de acordo com a qual temos a faculdade de obrigar o semelhante de fazer ou deixar de fazer isto ou aquilo, desde que houve consentimento do outro por ocasião da aquisição do direito, à exceção do direito à liberdade e à integridade corpórea, constelação que compõe os direitos subjetivos.

O cap. 3 – Conceito de forma jurídica – constitui uma das pérolas do livro pela densidade do texto e pelo poder de síntese do autor. Após destacar, à moda kantiana, a remissão específica da justificação do direito à moral, enquanto domínio que incide sobre a invalidade das normas e diferencia a legislação moral da jurídica, Dutra sintetiza de forma compacta a Doutrina do Direito de Kant centrada na distinção entre justificar regras ou princípios e motivar à ação. “Moral e direito são, portanto, conceitualmente distintos sob o ponto de vista da motivação [...]”, registra Dutra, “mas não são, em princípio, incompatíveis, tanto sob o ponto de vista da justificação [...] quanto, também, da própria motivação” (p. 28). Na me-

didada em que o direito é a suma de condições, pelas quais o arbítrio de um pode concordar com ao arbítrio de outro segundo uma lei universal de liberdade, a relação jurídica não toma por motivação a própria lei moral. Reportado a Habermas, o autor destaca que a coerção jurídica revela a outra face dos direitos subjetivos de ação “por mais contrario sensu que pareça, pois o verso da medalha da coerção, por razões categoriais, tem que ser a liberação da vontade da obediência por dever à legislação” (p. 30). Em suma, à luz da doutrina jurídica kantiana, o direito goza de uma racionalidade própria que o habilita a interagir com a moral e o poder, na medida em que confere legitimidade ao último e eficácia à primeira, respectivamente.

No cap. 4 – Da coação. Positivismo: o direito como vassalo do poder – o autor discute a) o conceito weberiano de coerção jurídica, b) as definições de Derrida acerca do direito qua poder monopolista, auto-referencial e performático, c) as formulações arendtianas relativas às forças autorizadas do poder que, na contensão da violência, criam instituições e sustentam o direito legítimo a partir de juízos reflexionantes em acepção kantiana, e d) a teoria habermasiana do discurso aplicado ao direito e à política, em consideração à aquisição e ao exercício do poder enquanto gestão e aplicação do mesmo. Por último, seguem considerações na esteira das teses de Alexy relativas à doutrina de separação/conexão e um posicionamento crítico acerca da tese milenar do jusnaturalismo com base nos escritos de Kelsen e Weber.

O cap. 5 – Da justiça. Direito e moral: declarações de amor recíproco: convivência difícil – aborda o complexo normativo em acep-

ção moral e/ou dogmática do direito positivo. Após discorrer sucintamente sobre posições de Rawls, Dworkin e Habermas no que tange à relação entre moral e direito, respectivamente, Dutra expõe via Alexy as incoerências kantianas “em razão de [Kant] não ter retirado a conclusão correta de seu próprio sistema, visto que teria sucumbido a uma noção de seu tempo, qual seja, à noção de um Estado autoritário” (p. 47). A seguir, Dutra submete o complexo da junção direito-moral às teses habermasianas próprias à relação de complementaridade no que concerne, respectivamente, à eficácia da moral e à legitimidade do direito. “Sob esse aspecto, não é possível ver no que Habermas se distingue de Kant”, escreve Dutra, “na medida em que o papel complementar entre moral e direito [...] poderia ser imputado também a Kant, seja sob a forma da filosofia da história, seja com a distinção entre civilizar e moralizar” (p. 48-49). Após expor tópicos das posições de Dworkin, Rawls e Habermas acerca da desobediência civil, Dutra entende que Kant limita-se a uma forma de resistência negativa, via parlamento, “pela recusa desse em aprovar certos atos encaminhados pelo Executivo” (p. 54).

No cap. 6 – Democracia: da justiça substantiva à justiça como procedimento – o autor do livro apresenta sucintamente a quinta-essência de Alexy e de Habermas acerca da justificação do direito. Enquanto o primeiro introduz a legitimidade via atos de fala, na condição de pressupostos incontornáveis, o segundo atrela a questão da fundamentação do direito à democracia. Habermas identifica no processo democrático o princípio do discurso ou, inversamente, é o princípio do discurso que confere legitimidade

aos direitos fundamentais, vale dizer, a justificação consiste “na distribuição das liberdades subjetivas de ação, a qual não pode ser deduzida da própria forma jurídica” (p. 56) e tampouco ser adquirida das qualidades lógico-formais das leis gerais. No subitem do capítulo, Dutra apresenta sucintamente o paradoxo da legitimidade que surge da legalidade, na medida em que não é possível “obrigar que os direitos subjetivos sejam empregados de modo comunicativo” (p. 58), ou, tampouco é possível “exigir coercitivamente que aflorem fontes de legitimação indisponíveis à própria forma jurídica [...]” (p. 59).

O cap. 7 – Direitos Sociais – abre um cenário no qual o mercado assume “uma forma processual de realizar a justiça distributiva”, de acordo com a qual “a competição entre os interesses – [...] – transforma tal colisão de interesses no seu oposto: o bem comum” (p. 61). À revelia da doutrina dos direitos subjetivos, núcleo doutrinário do liberalismo, Dutra constata que “o paradigma liberal realiza a igualdade formalmente, mas gera como efeito desigualdades de fato, [...] resultantes de diferenças gritantes de riqueza”, com a consequência paradoxal de que a única compensação de tais diferenças ocorre via paradigma social “gerando, por seu turno, relações paternalistas entre o Estado e os seus clientes” (p. 62). Após extensa abordagem acerca da constitucionalização dos direitos sociais e a discussão filosófica sobre os fundamentos dos direitos sociais (p. 63-68), Dutra discorre sobre propriedade e ajuda aos pobres na doutrina kantiana do direito. Em relação à propriedade, o autor entende que as refinadas noções kantianas de posse sem detenção ou posse inteligível são filosoficamente

precárias, pouco consistentes como sustentação para o controvertido direito de propriedade (p. 69-73). O instituto pode ser mantido, segundo Dutra, via ajuda aos pobres por parte do Estado, desde que “alguns problemas na filosofia do direito de Kant” (p. 74) sejam devidamente sanados à luz dos seguintes argumentos: a) beneficência, b) razão de Estado, c) distinção entre vontade geral/popular e d) liberdade. Os primeiros três argumentos são examinados por Dutra sob o pano de fundo da razão prática kantiana com base nos textos tardios do filósofo. A análise de cada argumento revela o excelente domínio do autor acerca do suporte filosófico da chamada à época ajuda aos pobres, embrião dos direitos sociais contemporâneos, vale dizer, cada uma das três alternativas é avaliada à exaustão, lógica e materialmente, sob o pano de fundo do corpo doutrinário do kantismo. Após mapear o quadro filosófico do quarto argumento, Dutra formula a hipótese de que “é possível pensar que Kant estabeleça o dever do Estado de atender às necessidades básicas dos pobres, embora ele não diga por quê” (p. 82). De acordo com tal posição, Kant teria incluído o amparo aos pobres como decorrente dos efeitos jurídicos próprios à união civil, ou seja, o estatuto da propriedade não seria, segundo Dutra, “auto-suficiente, mas requer a redistribuição aos pobres como condição de sua legitimidade”(83). Dutra corta o nó górdio com a definição kantiana do direito de humanidade segundo o qual “liberdade (independência do arbítrio de um outro), na medida em que pode subsistir com a liberdade de qualquer outro de acordo com uma lei universal, é este direito único, originário, pertencente a cada homem por força de sua human-

idade” (KANT. Doutrina do direito. Ak VI 237). A ajuda aos pobres não contempla primordialmente o bem-estar ou a preservação, mas tem por razão principal a igualdade e a não-dependência. Em suma, trata-se de uma pré-condição para instituir um sistema de propriedade consistente. “A tributação para suportar os pobres e a propriedade são”, segundo Dutra, “conceitos distintos, mas conexos. Esta relaciona os sujeitos privados a partir da estrutura direito/dever. Aquela relaciona os proprietários ao Estado e este aos particulares” (p. 86). Em suma, a ajuda aos pobres legitima a propriedade de coisas externas como uma relação que exclui terceiros.

No cap. 8 – Fundamentação utilitarista dos direitos – Dutra trata de maneira compacta e precisa, na esteira de Mill, as teses utilitaristas com a noção igualitária de justiça. Merecem destaque as pretensivas e refinadas formulações estudadas por Mill, bem como as formas que distinguem as três esferas: justiça, moral e utilidade. Após comparar a definição milliana de igualdade com a noção kantiana de liberdade, Dutra articula as posições utilitaristas de Bentham e Hare para concluir que “a ética utilitarista, como ética do bem-estar, é uma ética teleológica” e, como tal, “porta um índice insuperável de indeterminação” (p. 95).

O cap. 9 – Estado de direito – articula a entidade mor da política como um conceito normativo, ou seja, trata-se de estabelecer o poder sob o imperativo da legitimidade, de maneira que a força seja vertida no código do direito. A interação entre o poder político, enquanto positividade, e o direito como legitimidade é exposta com argumentos habermasianos. A idéia básica, observa Dutra, consiste na posição

de Habermas de acordo com a qual se trata de “canalizar o poder político executivo, de organização e de sanção, pelas vias do direito”, à luz do princípio doutrinário de que a legitimidade tem sua referência num pólo externo ao código do direito, qual seja, na “soberania popular, onde se exercita a ação comunicativa em sentido político, a saber, para dar conta de questões ético-políticas” (p. 99). Com base na formulação discursiva da legitimidade, Dutra mostra como o poder administrativo é autorizado pelo poder democrático-comunicativo a implantar, de forma coativa, decisões obrigatórias que vinculam coletivamente os cidadãos do Estado de direito. O capítulo termina com destaque para alguns princípios contemplados pelo Estado a partir da legitimidade democrática, vale dizer, “a partir da soberania popular como um procedimento discursivo” (p. 104). À guisa de observação, Habermas constata que Kelsen confunde Estado de direito com legalidade.

O cap. 10 – Da aplicação: o poder de tornar o direito eficaz – abre o cenário com três aporias de Derrida, relativas à maneira de aplicar o Direito, “cujo problema principal reside na indeterminação do mesmo” (p. 111). Após remeter o complexo da aplicação jurídica às módicas digressões kantianas sobre o assunto, Dutra expõe as distinções kelsenianas acerca da aplicação do direito com destaque à plurissignificação das normas jurídicas e à flexibilidade em nome da justiça para destacar a posição de Habermas e Dworkin, que defendem a “posição de que seja possível estabelecer um modo argumentado de se chegar a uma resposta correta para o caso” (p. 115). Dutra expõe detalhadamente a teoria antipositivista de Dworkin, em

frontal oposição à discricionariedade do juiz, elenca os três modelos dworkinianos de legislação e ilustra, com exemplos da legislação brasileira, algumas tentativas de solução: a hermenêutica jurídica, o realismo jurídico e o positivismo jurídico (p. 124-126). Dutra constata, por um lado, que a legitimidade perfaz um conceito fundamental tanto para Habermas quanto para Dworkin e ressalta, por outro lado, a crítica habermasiana às capacidades extraordinárias do juiz Hércules apostrofadas por Dworkin, bem como a aproximação que o scholar americano faz entre direito e literatura.

No subitem do capítulo, o autor expõe a disputa Habermas versus Alexy acerca a) da tese do caso especial e b) da doutrina da ponderação. As críticas habermasianas relativas ao caso especial “consistem em afirmar que a tese do caso especial não leva a sério”, segundo Dutra, “o caráter autoritário dos argumentos no mundo jurídico tal qual marcado pela sua origem legislativa, introduzindo uma liberdade do julgador que toca perigosamente nos limites da separação dos poderes” (p. 135-36). Dutra insiste a favor de Habermas no sentido de que o caráter jurídico da argumentação “[...] não pode ser aberta no mesmo sentido dos argumentos morais que são absolutamente livres para discutir todos os aspectos, todos os pontos de vista, todos os argumentos [...]” (p. 140). Quanto à doutrina da ponderação, o autor destaca a crítica de Habermas na medida em que Alexy assume, sem mais nem menos, a doutrina dos valores da corte constitucional alemã à revelia da distinção entre valor e princípio.

À guisa de conclusão do capítulo, Dutra ilustra a complexidade das

relações entre direito e moral à luz do tratamento do aborto e do casamento homossexual no sistema brasileiro (p. 143-146).

No cap. 11 – Controle de constitucionalidade: governo da maioria e direitos da minoria – o autor reporta-se inicialmente ao caso *Marbury versus Madison*, de 1803, julgado pela Suprema Corte americana, no qual era objeto “se o Judiciário deveria respeitar os julgamentos do congresso como finais ou deveria decidir casos sob a base de seus melhores julgamentos sobre o significado da Constituição” (p. 147). Dutra é da opinião que é precisamente esse problema em torno do tema do controle de constitucionalidade que motiva os estudos contemporâneos sobre o assunto; trata-se, segundo ele, de saber onde fica a linha que separa a construção do direito pelo Judiciário da criação do direito pelo Legislativo, ou, na versão habermasiana, distinguir uma interpretação que encontra o direito de uma interpretação criativa do direito. Após analisar várias decisões da Suprema Corte americana, o autor expõe os discursos habermasianos acerca do papel e da legitimidade do controle de constitucionalidade, à luz de uma compreensão democrática da legitimidade do direito e parcialmente em sintonia com as posições críticas de Ely acerca do Judiciário (p. 153-157), para registrar que, de acordo com Habermas, “o tribunal constitucional pode ser visto como um guardião da democracia deliberativa” (p. 158). Dutra insiste que o controle de constitucionalidade não pode ferir princípios morais, além de discorrer sobre uma idiossincrasia do caso brasileiro (163-167).

O cap. 12 – Críticos radicais do direito: Marx e Derrida – inicia com uma digressão

crítica do autor acerca da tese derridiana segundo a qual todo texto filosófico, jurídico ou científico é um exemplar de texto literário. Dutra assume também aqui argumentos habermasianos não sem registrar que um eventual entrecruzamento entre textos literários e textos filosóficos indicia um eventual “calcanhar de Aquiles”. O autor discorre igualmente acerca da conhecida crítica marxiana acerca dos direitos do homem, bem como dos conceitos de liberdade, igualdade e segurança enquanto posição egoísta do mercado e marcas registradas da alienação do capitalismo.

No cap. 13 – Perspectivas – o autor expressa sua convicção acerca da priorização do fator legitimidade em relação à segurança jurídica, bem como à excelência da tradição estadunidense graças à armação entre constitucionalismo e democracia. Em suma, Dutra é da convicção de que a doutrina positivista não mais se sustenta à revelia das determinações de legitimidade e que o Judiciário brasileiro dá mostras “que quer de fato exercer seu papel na estrutura dos ‘pesos e contrapesos’ [checks and balances] do Estado de Direito” (p. 175).