

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

FILOSOFIA DO DIREITO

CLARA ANGÉLICA GONÇALVES CAVALCANTI DIAS

JEAN CARLOS DIAS

LEONEL SEVERO ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Clara Angélica Gonçalves C. Dias; Jean Carlos Dias; Leonel Severo Rocha – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-621-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

FILOSOFIA DO DIREITO

Apresentação

O GT FILOSOFIA debateu entre os seus membros e aprovou devido a sua excelente qualidade, em resumo, os seguintes textos:

TRABALHO 1.

Análise da linguagem e direito a partir de Montaigne. Crítica a linguagem -afirmando que a função representativa não é tão evidente quanto possa aparecer. No mesmo sentido, afirma-se a respeito da norma jurídica (preocupando-se com o fundamento da utilidade das leis) que o seu sentido linguístico pode ser objeto de reflexão nos mesmos modos dos textos não normativos.

TRABALHO 2.

O trabalho adota como referencial o pensamento de Habermas e propõe uma abordagem democrática inclusiva que exige uma conscientização dos agentes comunicativos para integrar-se aos procedimentos deliberativos.

TRABALHO 3.

Analisou de forma crítica a legislação que rege a imigração no Brasil, questionando as classificações legais e analisando várias situações em que essa norma pode gerar dificuldades de interpretação e aplicação.

TRABALHO 4.

O texto defendido defende uma abordagem kantiana da teoria dos princípios na teoria do Direito contemporâneo propondo uma reinterpretação da clássica distinção entre o Direito e a Moral.

Trabalho 5.

O trabalho analisa, segundo o pensamento de Hegel, as ideias gerais da chamada reforma trabalhista propondo uma leitura intervencionista dessas disposições rejeitando a possibilidade de autonomia e liberdade de negociação entre empregadores e empregados.

Trabalho 6.

O trabalho propõe uma reconstrução do pensamento kantiano, adotando uma perspectiva crítica fundada nas ideias de Foucault. Há sobretudo uma exposição a respeito do poder do conhecimento e sua forma de produção no mundo pós-moderno.

Trabalho 7.

O estudo baseado no pensamento de Hobbes indica a tendência atual de construção de estruturas de manipulação no Estados pós-modernos de modo a controlar os discursos e, assim, da própria subjetivação das relações de poder e saber conforme as ideias de Foucault.

Trabalho 8.

O texto apresentado sugere a reconstrução dos conceitos de Estado e Democracia tendo por eixo o debate sobre o direito adquirido, entendido como uma cláusula da estabilização das relações sociais e jurídicas, usando como fundamento uma tentativa de dialogo entre Habermas e Weber.

Texto 9.

O texto sustenta, com base em Hegel que o que marca a idade moderna e a posição que o homem tem que tomar frente a independência diante da autoridade. Examina a construção da subjetividade dos direito humanos sob uma perspectiva hegeliana.

Texto 10.

O estudo examina as relações éticas derivadas de relações tecnológicas de alta complexidade. Propõe assim uma base principiologica a partir do direito como integridade segundo a visão de Ronald Dworkin.

Trabalho 11.

A partir da demonstração de desproporções de representação nas relações políticas, em especial em desfavor dos povos indígenas, usa o instituto processual da suspensão de segurança como veículo para refletir a respeito das relações do biopoder com suporte no pensamento de Giorgio Agamben.

TRABALHO 12.

Reflexão sobre o estado de exceção na concepção de Carl Schmitt. Reflete acerca das democracias contemporâneas a partir da reconstrução da ideia de legitimidade do Estado para afastar a sustentar a manutenção da ordem jurídica vigente face o risco de constituição de um Estado totalitário.

TRABALHO 13.

O texto examina a Liberdade de expressão e de imprensa - direito comparado norte americano e brasileiro. Sugere uma Análise dos precedentes judiciais no Brasil e na suprema corte americana como veículo para sustentar a necessidade de fortalecimento dessa liberdade básica, em especial, no Brasil.

TRABALHO 14.

O texto propõe uma reconstrução do conceito da dignidade da pessoa humana a partir de um exame reconstutivo do tema no âmbito da história da filosofia geral. Sustenta que não é possível uma percepção exclusivamente normativa, regulada pelo direito, sem recurso a filosofia.

TRABALHO 15.

O texto propõe uma retomada do pensamento de Hans Kelsen sobretudo a partir de uma tentativa de confirmação da dualidade do ser e do dever-ser em seu pensamento. Sugere que essas premissas têm sido mal compreendidas e busca uma revisão a partir da ideia de norma fundamental.

TRABALHO 16.

O trabalho busca analisar o conceito de sanção, iniciando com uma perspectiva política centrada no pensamento de Hobbes e relacionando-o à teoria de Kelsen. O texto sugere que esse diálogo pode ser produtivo para a adequada compreensão do conceito de norma em Kelsen.

TRABALHO 17.

O texto propõe uma análise do Art. 48 da constituição de Weimar como indutor para a reflexão a respeito do limite da ordem política e poder político. Em especial, reflete a respeito da questão da justiça política com base no pensamento de Rawls. Sustenta que seria a saída para unir a autonomia de autodeterminação, que significa escrever as leis nas quais você homem se insere como sujeito e objeto.

TRABALHO 18.

O trabalho propõe uma leitura mais rigorosa do pensamento de Kelsen. Sustenta a base democrática no positivismo político Kelsen sugerindo que uma abordagem consorciada entre a teoria da ciência política e a teoria do direito pode ser necessária para a correta compreensão do autor.

Trabalho 19.

O texto sugere a ideia de macrofilosofia aplicada ao direito, buscando explicar o conceito e cabimento da macrofilosofia na questão social.

A partir daí desenvolve o conceito da visão holística do objeto - algo que abarcasse o objeto com a visão da filosofia e outras áreas. Propõe, assim, a interdisciplinaridade no estudo do Direito.

Trabalho 20.

O texto sugere que o conceito de dúvida razoável tem impacto na atuação do Juri no Brasil. Critica o termo dúvida razoável e analisa o fato utilizando da jurisprudência norte americana. Analisa o que se espera realmente da figura do jurado; a segurança sobre a culpabilidade do réu e na dúvida razoável.

Prof. Dr. Jean Carlos Dias – CESUPA

Profa. Dra. Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias - UFS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIREITO ADQUIRIDO: ENTRE A AÇÃO COMUNICATIVA E A RAZÃO INSTRUMENTAL - QUESTIONAMENTOS SOBRE A ESSENCIALIDADE DO DIREITO ADQUIRIDO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AO RESGUARDO DOS DIREITOS HUMANOS.

VESTED RIGHT: BETWEEN COMMUNICATIVE ACTION AND INSTRUMENTAL REASON - QUESTIONS ABOUT THE ESSENTIALITY OF THE VESTED RIGHTS TO THE DEMOCRATIC STATE OF LAW AND THE SAFEGUARD OF HUMAN RIGHTS.

Allan Gomes Moreira ¹

Resumo

O presente artigo debate a essencialidade do Direito Adquirido ao Estado Democrático de Direito e aos Direitos Humanos. Através de pesquisa bibliográfica documental, investigam-se as reservas deliberativas geradas pelas posições de Direito Adquirido, na perspectiva da ação comunicativa de Habermas e da racionalidade instrumental de Weber. Ao final, conclui-se ser o Direito Adquirido um produto da racionalidade sistêmica, cuja finalidade seria a preservação de vantagens ou privilégios que, se submetidos ao crivo de consensos normativos, não teriam lugar no sistema normativo, na qualidade de autênticos direitos, sendo incompatível com a ideia de igualdade preconizada na defesa dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direito adquirido, Estado democrático de direito, Direitos humanos, Reservas deliberativas, Razão instrumental

Abstract/Resumen/Résumé

This article discusses the essentiality of the Vested Right to the Democratic State of Law and Human Rights. Through bibliographical research, it is investigated the deliberative reserve generated by the Vested Rights, from the perspective of Habermas's communicative action theory and Weber's instrumental rationality. In the end, it is concluded that vested right is a product of systemic rationality, whose purpose would be the preservation of advantages or privileges that, if submitted to normative consensus, would not have place in the legal system as authentic rights, being incompatible with the idea of equality inherent in human rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Vested right, Democratic state of law, Human rights, Deliberative reserves, Instrumental rationality

¹ Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA; Docente do Curso de Direito CESUPA e da Faculdade de Belém – FABEL.

1. INTRODUÇÃO

O estudo do direito adquirido ocupa um lugar central na dogmática jurídica, estando ligado a própria formação dos sistemas normativos, sendo anterior e, porque não dizer, essencial à formação dos Estados Modernos e de seus respectivos sistemas jurídicos.

Sua importância está de tal forma imbricada com a evolução da sociedade que França (1994, p. 30) associa o respeito a noção de direitos adquiridos, - e por conseguinte, de irretroatividade de leis - *como resultante de uma imposição da própria natureza das coisas* ou do *aprimoramento do espírito humano*, atrelando-o à *razão natural* como ideia normativa subjacente à necessidade de segurança nas relações sociais.

Mais do que isso, o referido autor sustenta encontrar na doutrina do Direito Intertemporal, e por via reflexa, na defesa da irretroatividade da lei e na garantia do direito adquirido, evidências jurídicas da própria marcha humana no mundo, da transição do *estado de fato* para o *estado de direito*, sem a qual nada do que hoje se ostenta como “moderno” poderia ser sustentado, tanto na esfera privada, quanto na pública.

Se, de fato, nesse processo, o homem realmente buscou aceder à verdade, à sua verdadeira natureza, a construção e assentamento dos fundamentos do direito adquirido representariam, segundo o autor, uma prova de que esta marcha foi trilhada pelo caminho certo e, pelo menos no plano jurídico, um aspecto importantíssimo da verdade foi encontrado. (FRANÇA, 1994, p. 61)

Essas qualificações dão ao instituto jurídico sob enfoque uma natureza humana que a interliga ao direito não por construção teórica, mas por incorporação própria daquilo que é universal e indissociável ao homem, um bem maior a ser juridicamente resguardado não por constar em mera disposição normativa, mas por estar atrelado à própria concepção de justiça.

Talvez por isso, seja o direito adquirido e as concepções que o norteiam enquanto temática jurídica e valor social, um daqueles conceitos altamente difundidos, tanto nos discursos técnicos quanto nos debates menos comprometidos, por todos utilizado com tamanha obviedade a ponto de fazer crer que há, de fato, um compartilhamento de seu conteúdo semântico bem como das hipóteses e formas de sua aplicabilidade.

Ao ser problematizado, porém, as reflexões decorrentes de sua tematização são de toda sorte complexas, havendo legítimas divergências em sua aplicação, sobretudo quando confrontado com os conceitos de democracia e cidadania, na consecução de valores como segurança jurídica e igualdade.

A preocupação é recorrente. Na doutrina, Pires (2005, p. 448) observa que:

Em qualquer seara do Direito, a expressão traz em si um substrato de jusnaturalismo absolutista, certa magia e, uma vez invocada, não permite questionamento, fato que se prende às raízes da locução, originalmente ligada ao ânimo da resistência individual contra o arbítrio do poder desarrazoado.

Na jurisprudência, Rossi (2006, p. 106) transcreve parte de julgado de nossa Suprema Corte, da lavra do Min. Sepúlveda Pertence, que consignou: “*O direito adquirido é um instituto que todos pensam saber o que seja, mas, nos casos limites, ninguém verdadeiramente o sabe.*”

Ao transcender, contudo, as bases conceituais comumente definidas pela doutrina acerca do instituto do direito adquirido, percebe-se que sua formulação desconsidera os desdobramentos lógicos da institucionalização de tratamentos diferenciados dispensados aos indivíduos em uma mesma situação jurídica, prevalecendo o valor da estabilidade jurídica do sistema normativo, em detrimento do seu valor democrático.

É dizer, enquanto fórmula jurídica de estabilidade normativa, o direito adquirido logra conformar situações pelo decurso do tempo, alçando-as ao patamar de imutáveis, em detrimento da legitimidade de uma ordem jurídico-democrática, que se impõe tão mais visível quanto mais for ela objeto de deliberação social, consensual.

Ao evidenciar a conformação de situações jurídicas pelo decurso do tempo, opera-se uma espécie de reserva deliberativa, pelo menos em princípio, incompatível com a cláusula democrática de legitimação pelo consenso social, que impede a possibilidade de se atribuírem novos tratamentos jurídicos à situações pretéritas, ainda que elas se tornem incompatíveis com os valores sociais e com o contexto normativo presente.

Esse é, precisamente, o ponto central de análise do presente artigo.

Se a sociedade moderna – aquela que determina conceitos jurídicos fundamentais e preconiza a autodeterminação do homem através dos direitos humanos, indissociáveis à sua própria existência – é o palco da constante ressemantização do que lhe é essencial, assim como tem sido, também, palco para os debates relativos ao caráter normativo do direito e a condição indispensável de sua legitimidade, reservas deliberativas fundadas em posições de “direito adquirido” são cláusulas obstativas ao poder normativo exercido por deliberação social, preservando não só formas jurídicas distintas para tratar as mesmas questões, como também tratamento diferenciado a indivíduos em situações semelhantes.

Primeiramente, ao buscar subsídios teóricos para o enfrentamento da questão, é necessário tentar compreender sob qual perspectiva de racionalidade democrática e de formação da ordem jurídica contemporânea, o instituto do direito adquirido pode ser analisado. Para tanto, é possível encontrar o perfeito contraponto de ideias sobre a percepção do papel do direito

adquirido nos sistemas jurídicos a partir do pensamento de Jürgen Habermas, por meio de sua teoria da ação comunicativa e no de Max Weber, em sua ação instrumental.

A partir da realização dessa análise, espera-se conseguir demonstrar uma disfunção na legitimação da ordem jurídica, transferindo-a de uma necessária legitimação social, deliberativa, consensual, para uma legitimação técnico-burocrática, normativa e amoral, pura e simplesmente justificável por estar “de acordo com a lei”, sem que tal tratamento ganhe os contornos de legitimidade por critério de conformação social, mas por uma apreensão técnico-burocrática do sistema normativo.

Por fim, se o instituto do direito adquirido é, ele próprio, instrumento de apreensão do sistema normativo em detrimento da realização da moralidade democrática, de alguma forma seu status de essencial à condição humana, como defende a doutrina clássica, parece prejudicado, suscitando sua imprescindível análise à luz dos fundamentos dos direitos humanos.

2. O SENTIDO DA NORMATIVIDADE EM WEBER E EM HABERMAS

A racionalização, segundo Weber, é condição essencial para apreender o processo de desenvolvimento das sociedades modernas, sobretudo em razão das transformações técnicas pelas quais passa a sociedade no período de industrialização, em virtude da cientificação dos meios produtivos e impessoalidade das relações de trabalho, proporcionando uma lógica de ação racional baseada em meios e fins, por isso mesmo, instrumental.

Para Weber, a racionalidade científica, compreendida neutra de valores, carrega o cerne da dominação. Através dela, corporifica-se o domínio do homem sobre a natureza e sobre tudo mais, como meio concreto para o exercício do poder em todas as esferas da vida, tanto na pública, apreendendo o Estado e suas finalidades institucionais nesse contexto, assim como na manutenção da esfera privada, proporcionando a reprodução do capital e do trabalho.

Esse “casamento” entre Estado e Mercado, é garantido pela racionalidade burocrática e pela tecnicização do aparato estatal (GOUVÊA, 1994, p. 45) fazendo com que a produção normativa seja tão mais legítima quanto mais racional e, portanto, impessoal, puder ser:

Ela (a burocracia) desenvolve sua peculiaridade específica, bem-vinda ao capitalismo, com tanta maior perfeição quanto mais se “desumaniza”, vale dizer, quanto mais perfeitamente consegue realizar aquela qualidade específica que é louvada como sua virtude: a eliminação do amor, do ódio, e de todos os elementos sentimentais, puramente pessoais e, de modo geral, irracionais, que se subtraem do cálculo na execução das tarefas oficiais. [...] a cultura moderna exige para o aparato externo em que se apóia o *especialista* não-envolvido pessoalmente, e, por isso, rigorosamente “objetivo”, e isto tanto mais quanto mais ela se complica e especializa. (WEBER, 2012, p. 213)

A doutrina habermasiana, por sua vez, reformula a tese weberiana de inevitabilidade da ciência enquanto única lógica apta a ocupar todos os espaços da vida em sociedade. Apesar

de reconhecer a presença da razão instrumental no mundo moderno, a considera adstrita aos sistemas – Estado e Mercado – prevalecendo na arena social, o agir comunicativo, exercido no âmbito do mundo da vida:

[...] o lugar transcendental de que o falante e ouvinte saem ao encontro; em que pode apresentar-se reciprocamente a pretensão de que suas emissões concordem com o mundo [...] e em que podem criticar e exhibir os fundamentos dessas pretensões de validez, resolver seus desentendimentos e chegar a um acordo. (HABERMAS, 1981, p. 192 *apud* LUBENOW, 2013, p. 66)

Na proposição do referido autor, a ação comunicativa é vista como:

[...] uma teoria orgânica da racionalidade crítica e comunicativa; [...] O mundo da vida está vinculado ao agir comunicativo; é o conjunto de valores que cada um de nós individualmente ou comunitariamente “vive” de maneira imediata, espontânea e natural (OLIVEIRA, 2008, p. 18-19)

Mais que isso, o agir comunicativo dá ao indivíduo sentido complementemente diverso do agir instrumental, uma vez que a atribuição de sentidos produzidos em sociedade, e absolutamente necessários – não somente, mas também – ao contexto normativo, não pode ser de todo apreendido pela ciência, mas deve ser compreendido como um pressuposto da organização social, que busca os fundamentos de sua normatividade em consensos, ao invés de encontrá-los na dominação e na coerção.

É dizer, o exercício da autoridade, o monopólio de criação do direito e as circunstâncias de sua legitimação, são instâncias da relação Estado-Sociedade nas quais os elementos sociais e a multiplicidade de atores envolvidos nos conflitos existentes, exigem que a institucionalidade normativa seja aberta, resultado de um processo participativo, inclusivo e justificado:

Do ponto de vista do exercício democrático, Habermas pressupõe que as instituições devem estar organizadas e estruturadas de maneira que o discurso possa surgir como forma de resolução dos conflitos surgidos das quebras factuais ou dificuldades de comunicação das comunidades. O ponto central é, portanto, o mesmo, independente da sua formulação. As normas e as decisões políticas só podem legitimarem-se em decorrência de poderem ser questionadas e aceitas no discurso entre cidadãos livres e iguais. (SILVA, 2011, p. 128)

Seja como for, a ressignificação da relação entre o Estado e a sociedade ocupa um lugar central na legitimação do direito e na própria condição de estabilidade normativa, indispensável ao Estado Democrático de Direito, cuja noção subjacente de segurança jurídica, parece estar umbilicalmente atrelada a ideia de direito adquirido:

[...] o princípio do direito adquirido torna-se condição de possibilidade de um Estado cujo regime político é democrático, fundado na vontade popular que demanda esse princípio como garantia do sujeito de direito. É ainda condição

de validade do Estado Democrático de Direito por vincular previamente a validade da produção legislativa posterior à sua determinação.

Sendo condição de possibilidade e de validade do Estado Democrático de Direito, o princípio de direito adquirido é dotado de intangibilidade, forma máxima de sua garantia, apresentando-se como um dos elementos imprescindíveis para a realização da ideia contemporânea de justiça. (TOLEDO, 2003, p. 270-271)

É correto afirmar, portanto, que a discussão acerca do direito adquirido, além de compreender a própria dogmática conceitual do instituto, se alastra também por todo o sistema jurídico que lhe é correlato, assim como sobre a própria formatação e organização do Estado, bem como sua relação com a sociedade e o respaldo recíproco que têm ambos, um no outro:

A tamanha relevância dada à matéria nesse campo comunicou à categoria jurídica caráter mesmo de instituição, indo além da configuração própria, para traduzir-se em âncora e símbolo de estabilidade da ordem social e jurídica e invocar vários princípios para o arranjo de sua normatividade: segurança jurídica, irretroatividade e certeza jurídica. (PIRES, 2005, p. 235)

Em verdade, a própria transição do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito já significa a adoção de padrões outros para a modificação da realidade. O espaço democrático dá a tônica sobre o caráter dinâmico e conformador do regime: a transformação é da essência da democracia, o seu propósito basilar, diferentemente do Estado de Direito, que busca acentuar o momento de permanência e defesa das liberdades individuais por meio das leis e do direito. (CANOTILHO, 1991, p. 460)

Os ideais democráticos preconizados nos modernos sistemas constitucionais, passam, assim, a estar em constante tensão. A releitura do sistema normativo – motivada pelo império da razão e/ou técnica, tal como defende Weber, ou pelos consensos normativos, na concepção de Habermas –, por encontrar no direito adquirido os limites concretos para as alterações necessárias, conflita com a estabilidade do sistema jurídico e a necessidade de modificação do *status quo*. Isso porque:

[...] os progressos da civilização, impulsionando o aperfeiçoamento do direito, têm determinado a necessidade de abolir os institutos jurídicos, que não se adaptam mais às novas condições, à índole, aos costumes do povo. (PORCHAT, 1909, p. 45)

Na visão de Araújo (1997, p. 8 *apud* PIRES, 2005, p. 62), o tensionamento faz parte da dialética com a qual deve o direito se defrontar para garantir, além de uma dimensão técnico-organizativa, uma dimensão ética do fenômeno jurídico, no seu papel estabilizador e ao mesmo tempo modificador da ordem social:

[...] entre a Justiça, como ideal ético do direito, e o direito, como expressão da Justiça, medeia uma tensão dialética permanente. É que o direito tem dupla função na vida social. De um lado, ele é técnica de estabilização da ordem e da harmonia, segundo a ideia de justiça vigente; de outro lado, ele é técnica

de transformação e adaptação exigidas por novas concepções de ordem e harmonia e, portanto, de novas ideias de Justiça. Eis porque a dupla função do direito se realiza na possibilidade de síntese entre a estabilização da ordem e a ideia de justiça na realidade social e a sua transformação e adaptação em função de concepções novas de Justiça em realidades novas.

Importante observar, contudo, que de Weber a Habermas, a conformação dessa visão transformadora e estabilizadora da ordem social é realizada sob premissas de exercício de poder completamente diversas, isto é, não só a forma de legitimação do sistema normativo é diferente, como também a própria finalidade do exercício do poder atende a objetivos complementemente distintos.

Enquanto para Habermas a produção legal está adstrita à moralidade democrática, manifestada pelos participantes do debate público em formatações de consenso ou de máxima redução das divergências existentes, mediadas pela ação comunicativa; para Weber, os critérios de racionalidade e impessoalidade do corpo burocrático dominam a produção normativa, substituindo a dimensão moral da política, tendo na racionalidade e na impessoalidade os elementos centrais para a apreensão normativa – dominação – da complexa sociedade moderna.

Decorre daí que toda a produção normativa nesses moldes, torna-se completamente objetiva e amoral. Essa separação fica evidente quando Weber (2012, p. 217) afirma que:

Não apenas toda forma de “justiça popular” – que não costuma preocupar-se com razões e “normas” racionais –, como também toda forma de influência intensa da administração pela chamada “opinião pública”, isto é, nas condições da democracia de massas, por uma ação social nascida de “sentimentos” irracionais e, em regra, encenada ou dirigida por chefes de partidos e pela imprensa, malogram o decurso racional da justiça e da administração no mesmo grau ou até em grau muito mais alto que o podia fazer “justiça de gabinete” de um soberano “absoluto”.

Avritzer (1996, p. 71), por sua vez, resume a concepção weberiana sobre a democracia, afirmando: “*Para Weber, ela (a democracia) constitui uma entre diversas formas de concentração do poder na mão de um corpo especializado de funcionários*”, sendo que o direito se desenvolve a partir da mesma lógica própria às estruturas sistêmicas do Estado e do Mercado, por um processo de racionalização que possui uma dimensão predominantemente técnica, expressada na sistematização e aplicação da norma, dominadas em última instância, pela burocracia.

Habermas, ao seu turno, defende que a modernidade ocidental, trouxe um processo de diferenciação das estruturas da racionalidade, dissociando-se o funcionamento das estruturas sistêmicas (Estado e Mercado) da racionalidade comunicativa que, como vimos, ocorre no mundo da vida.

Nessa diferenciação de lógicas, o mercado se organiza em torno da estratégia do intercâmbio, que permite a comunicação através do código positivo da recompensa e o Estado se organiza em torno da estratégia do poder, que permite a comunicação através do código negativo da sanção. A estrutura do mundo da vida, de forma diferente das outras estruturas sistêmicas, opera a partir da interação social, organizada em torno da ideia de consensos normativos, gerados a partir das estruturas da ação comunicativa. (AVRITZER, 1996, p. 16-17)

Na democracia, a produção e a própria legitimidade do direito tem como pressuposto básico, portanto, a produção inclusiva da normatividade, como substrato da autodeterminação do indivíduo, através:

[...] do processo participativo, pressupondo-se o cidadão sujeito e destinatário da construção democrática e, assim, liberto da artificialidade do tratamento de massa que o escraviza, enquanto o Direito deve ser compreendido como ordem aberta e inclusiva que projete a segurança partilhada. (PIRES, 2005, p. 55)

Para conformar concepções diferentes de exercício de autoridade e de legitimidade do direito, o fenômeno da burocratização também assume papéis diferentes na teoria de ambos, sendo que:

Tal como Weber, Habermas percebe a existência de uma tensão entre o crescimento da racionalidade de meios, própria à administração burocrática vigente no Estado moderno, e os princípios organizativos de uma esfera baseada na interação social. No entanto, para o autor da Teoria da Ação Comunicativa, a modernidade não precisa, necessariamente, ser identificada com a inevitabilidade dos processos de burocratização. Para Habermas, a burocratização significa a penetração da forma administrativa do Estado moderno nas arenas sociais regidas pela ação comunicativa (AVRITZER, 1996, p. 18)

A teoria habermasiana, dentre as virtudes argumentativas, logra tirar o indivíduo do ostracismo da racionalidade sistêmica que, por assim dizer, “coloniza” o mundo da vida, dando-lhe capacidade de autodeterminação e, por via reflexa, de legitimação da ordem jurídica, (re)concebida de acordo com os padrões contemporâneos de justiça e equidade, compartilhados por meio da ação comunicativa.

Tem-se, em suma, que a normatividade democrática para ambos os autores encontra respaldo em elementos distintos. Enquanto Weber defende um sistema normativo amoral, baseado na ciência, e produzido por um técnico-burocrático estatal, como forma de apreensão da vida moderna, Habermas defende que a normatividade emana de consensos, produzidos coletivamente, baseados em ideais contemporâneos de justiça e equidade.

É importante observar que Habermas, ademais, para além de construir a normatividade democrática sobre subsídios outros que não a ciência amoral do corpo burocrático estatal defendida por Weber, afirma que a deliberação coletiva, por natureza moral, foi dominada ou “colonizada” pela forma-técnica weberiana, o que alijou os indivíduos do “mundo da vida”, suprimindo-lhes, em última análise, o papel de produção normativa que ficou à cargo do corpo burocrático.

3. A NORMATIVIDADE DO DIREITO ADQUIRIDO COMO RESERVA DELIBERATIVA

Uma vez estabelecidas as bases teóricas sobre as quais subjaz a normatividade na razão instrumental de Weber e na ação comunicativa de Habermas, faz-se necessário questionar: a qual delas está ligado o direito adquirido?

Se for o direito adquirido um campo de reserva deliberativa inerente ao regime democrático e condizente com a concepção ampliativa, inclusiva e moral da democracia, em consonância com o que defende Habermas, deve-se ser capaz de apontar como o campo de “não-deliberação” é legítimo ao ponto de se apaziguar com o regime democrático.

Contudo, se a reserva deliberativa for, de fato, oriunda de uma condição específica do exercício do poder baseada na dominação, tal como preconiza a razão instrumental de Weber, será necessário demonstrar de que forma as posições de direito adquirido dominam parte da produção normativa e da conformação de seus efeitos, enquanto ferramenta de manutenção de condições diferenciadas a indivíduos.

Pensamos que a normatividade subjacente ao direito adquirido está no campo desta última alternativa e consiste no seguinte: o direito adquirido ao invés de estar à serviço da segurança jurídica e da estabilidade normativa em sua acepção democrática, serve como mecanismo de defesa para manutenção do *status quo*, através do qual busca-se secularizar, na medida em que são postas à prova do debate público, certas posições de vantagem ou de privilégio de uns em relação aos demais membros da sociedade, posições essas que não passariam no crivo da moralidade pública para subsistirem com autêntico *status* de “direitos” no sistema jurídico.

Em complementação: a vocação conformadora de posições de desigualdade do direito adquirido, decorreria do exercício do poder, por meio do próprio aparato institucional, através do qual se legitimaria um dado conjunto de privilégios e/ou vantagens, beneficiando estritamente aqueles em condição de produzi-la, enquanto se sustenta exatamente o contrário, de que a produção normativa, por ser institucional, técnica e impessoal, atende precipuamente ao interesse público, antes de qualquer outro.

Essa espécie de justificação do exercício de poder há de ser compreendida como um argumento-chave para sua legitimidade, como afirma Mosca (1939, p. 70):

Las clases gobernantes no justifican su poder exclusivamente por la posesión de facto de él, sino que intentan hallarle una base moral y legal, a la que hacen aparecer como consecuencia lógica y necesaria de doctrinas y creencias generalmente reconocidas y aceptadas.

O direito adquirido, tal como hoje é aplicado, não pertence ao mundo da vida, e sim ao mundo sistêmico, assumindo a formatação de instituto jurídico apenas para conferir legitimidade a um mecanismo de dominação baseado no exercício de determinada posição de poder, que visa cristalizar privilégios ou vantagens, cuja apreensão pela via dos consensos normativos não seria possível.

A forma de legitimação do poder baseada na institucionalidade do sistema normativo por meio do qual se opera o domínio, por sua vez, implementa uma retórica argumentativa muito eficaz, que disfarça os aquinhoados com determinada condição diferenciada conferida pela lei, formalmente válida, em verdadeiras vítimas, quando o ponto central de seu *status* diferenciado torna-se o centro do debate democrático, isto é, do exercício deliberativo.

Denominamos tal prática de “vitimização por privilégio”. Ela consiste em um recurso argumentativo que visa disfarçar a posição de poder e o domínio exercido sobre o sistema normativo e, por via reflexa, a apreensão do mundo da vida, afeta aos consensos normativos, pela razão sistêmica, dada ao raciocínio instrumental.

Isso possibilita que a criação de condições vantajosas ou privilegiadas, que são sabidamente oriundas da dominação exercida sobre o sistema normativo e sobre a estatalidade, seja legitimada pelo caráter institucional do direito, pretensamente criado sob a perspectiva democrática, transferindo ao Estado – leia-se: à própria sociedade, em última *ratio* – o ônus de sua criação.

Quando é dado o momento em que tal condição de vantagem ou privilégio retorna ao espaço público de discussão e debate, seja através de uma proposição legislativa ou mesmo no âmbito de uma decisão judicial, há enormes dificuldades, por meio dos consensos normativos, em atribuir-lhe o *status* de direito, uma vez que sua legitimidade decorre única e exclusivamente da institucionalidade normativa.

Enquanto cláusula de não-debate, a figura do direito adquirido ganha eficácia nesse momento. Ao serem colocados, privilégios e vantagens, em perspectiva do debate público, o direito adquirido funciona como cláusula obstativa da ação comunicativa, sobrepondo o tecnicismo jurídico às esferas normativas da sociedade, sob a justificativa de resguardar o direito “legitimamente” criado das ações “arbitrárias” na supressão de determinadas condições

jurídicas possibilitadas pela própria institucionalidade estatal, reforçando-se – apenas disfarçadamente – as “garantias” democráticas de segurança jurídica e ordem social.

Ainda na esteira de nossos questionamentos iniciais e consistindo tal reserva naquilo que estamos pensando – e apresentamos como hipótese – ou sendo ela qualquer outra coisa, independentemente de certo ou errada, compatível ou incompatível com a democracia, o fenômeno da “reserva deliberativa” merece ser melhor compreendido, sua natureza e, sobretudo, seus limites.

Vale registrar que tal postura não-deliberativa, além de, em princípio, não ser compatível com as premissas democráticas, como estamos nos esforçando para fazer entender, ainda que fossem compatíveis e justificadas na essencialidade ao Estado Democrático de Direito e ao próprio sistema jurídico – ainda assim! – estaríamos fazendo menos pela defesa desses ideais, do que se adotássemos uma postura de amplo debate em relação ao tema.

A ideia de essencialidade do direito adquirido enquanto valor democrático e mesmo como objeto científico, deve residir exatamente no sentido que a sociedade coletivamente lhe atribui. Se todos compreenderem o seu valor democrático e, assim, o enxergarem em prol da segurança jurídica e da estabilidade social, será tão mais defendido quantas forem as tentativas de lhe vilipendiar o significado. É premissa basilar que:

Toda a afirmação sobre a inutilidade, a impropriedade ou impossibilidade do reexame de conceitos só pode ser tomada como uma atitude de renúncia ou como uma atitude autoritária, ou, ainda, como manifestação de extraordinária pureza, da qual uma das formas se revela naquela fé inabalável no dogma que leva as pessoas a morrerem por suas verdades. (PIRES, 2005, p. 374)

Compreende-se, contudo, diante do curso da história da humanidade, que segurança jurídica e estabilidade social sejam valores fundantes da sociedade moderna e que sejam, eles próprios, condições de sua existência, o que, por via reflexa, torna a motivação de defendê-los absolutamente legítima e pertinente.

O que não parece um dado concreto, uma obviedade tal como se defende em toda parte, é que esses valores serão alcançados por meio da concepção de direito adquirido, tal como normatizada – se é que existe uma – ou mesmo através da aplicação que dele fazemos.

Se for ele mesmo o instituto jurídico ideal para defender tais valores no campo da normatividade, é importante observar que:

Não se pode considerar o surgimento do Direito Adquirido sem que se entenda, em conjunto, a própria formação do capitalismo moderno, porque o instituto jurídico é um correlato necessário do próprio modo de funcionamento e de garantia do capital. (ROSSI, 2006, p. 105)

O que exigirá, em consequência, uma revisão da:

[...] concepção tradicional de segurança jurídica de cunho liberalista [que] já não responde às exigências contemporâneas e nem é suficiente para sustentar uma teoria da intertemporalidade coerente com os novos desígnios do Direito. A própria noção de interesse público, adensada contemporaneamente, pressupõe o abrigo à de interesse privado, escoimada do traço do egoísmo, e invoca a ideia de segurança jurídica compartilhada, a partir da qual é possível compreender a especificidade da intertemporalidade no âmbito do Direito Administrativo, notadamente, para o manejo do instituto do direito adquirido em face da chamada ordem pública. (PIRES, 2005, p. 449)

Reafirma-se, portanto, a tensão entre o campo do debate público, inerente a perspectiva democrática do moderno Estado de Direito como condição essencial à incorporação de novos valores ao sistema jurídico, intrinsecamente ligado à sua legitimidade; e o primado da segurança jurídica e da estabilidade social, corporificado no direito adquirido, como seu maior baluarte.

Pensamos estar diante de um quadro de (não) debates que gera um ciclo vicioso: em não havendo definição de seu conteúdo, haverá a possibilidade de sua apropriação conceitual para atender circunstâncias particulares em detrimento das coletivas e, por via reflexa, tal apropriação circunstancial, particularista, só se torna possível, por não haver debate sobre a sua natureza.

Ao submeter a hipótese em apreço ao constructo necessário para sua investigação, várias perspectivas suscitam que, de fato, há um descompasso entre aquilo que o discurso ostenta – segurança jurídica e estabilidade social, indispensáveis à democracia –, e aquilo que de forma sub-reptícia parece acontecer ao defenderem-se posições de exclusão do debate público – aferição individual de vantagens, em detrimento da coletividade.

A dualidade entre o que parece e aquilo que achamos ser, encontra respaldo nos debates sobre a relação entre Estado-sociedade, mais especificamente no tratamento da ordem pública e na forma pela qual a esfera privada foi tematizada e (positiva ou negativamente) fez parte da institucionalidade do Estado, até porque, o direito adquirido enquanto concepção da modernidade é produto dessa relação.

Ao tratar, então, dessa relação Estado-sociedade com foco no direito adquirido, Rossi (2006, p. 107) dá mais um indicativo de parte do problema de pesquisa que estamos nos esforçando para delinear:

[...] o instituto não se calibrou frente às alterações sociais de inversão de foco do individual ao coletivo, tornando-se mesmo uma arma de defesa de privilégios individuais, da qual o Estado se tornou refém, mesmo ao agir em nome do exercício do interesse de uma coletividade.

Ao recobrar a relação entre público-privado, parecem existir, grosso modo, quatro períodos distintos que merecem nossa atenção: o do Estado de Polícia, no período pré-moderno; e, na modernidade: o Estado liberal, o Welfare State e o Estado Democrático de Direito.

Os paradigmas pré-modernos, por exemplo, sustentam uma concepção jurídica de sociedade calcada na sua segmentação por *status*, fundada na hierarquia social absoluta e divinizada, na qual se reforçam as desigualdades em razão do imobilismo social, enquanto desdobramentos da indistinção existente entre religião, tradição, costumes, moral, valores e das normas jurídicas, transcendentalmente justificadas. (PIRES, 2005, p. 26)

O Direito, portanto, se apresentava como ordenamentos sucessivos, consagradores dos privilégios de cada casta e da facção de casta, reciprocamente excludentes, de normas oriundas da barafunda legislativa imemorial, das tradições, dos usos e costumes locais, aplicadas casuísticamente como normas concretas e individuais, e não como um único ordenamento jurídico integrado por normas gerais e abstratas válidas para todos. (NETTO, 1999, p. 477)

Vê-se, portanto, que havia uma fundamental confusão entre o público e o privado no âmbito dos sistemas normativos pré-modernos, não laicizados, decorrentes da tomada apriorística da normatividade como forma de legitimação e manutenção da condição de desigualdade inerente, que subjaz o período.

Por certo, o Estado Democrático de direito, tido como o ápice da modernidade na forma de legitimação da autoridade e, por conseguinte, do sistema normativo, trouxe uma profunda revisão na relação entre Estado e indivíduo, acompanhado de uma significativa alteração na própria forma de enxergar os espaços públicos, até então “reservas” individuais de não-atuação estatal:

Com a ascensão do pensamento liberal (*stricto sensu*, na Idade Moderna) de matriz individualista, o Estado, como visto de cima, passou a reconhecer como direitos subjetivos as liberdades individuais, as quais, positivadas, constituíram direitos públicos subjetivos face ao Estado. Tais seriam os únicos direitos exigíveis do Estado, e que se constituiriam em abstenções. (GALDINO, 2007, p. 155)

De fato, é possível perceber que o Estado de direito liberal (garantidor apenas dos direitos de primeira dimensão) consagrou o direito adquirido como elemento jurídico de defesa da esfera privada face aos abusos do Estado, tipificando os dois campos como ontologicamente distintos, antagônicos e excludentes, elementos que transparecem nos ensinamentos de França (1994, p. 205):

Na organização do Estado andaria mal o arquiteto que não contasse com ilegalidades, ou abusos de poder, consumados, ou passíveis... Tendo em vista as ilegalidades e os abusos de poder, força é que o legislador constituinte institua, em benefício dos direitos, garantias de duas ordens: as que iniquam de abusos certos atos de poderes, e as que socorrem os direitos violados ou ameaçados. Não é preciso dizer, de quanto já foi exposto sobre a matéria, o princípio da irretroatividade pertence à primeira dessas ordens de garantias.

Já no que concerne ao Estado social, a ideia de normatividade pende para a prevalência do direito público em detrimento do privado, enaltecendo valores fundamentais cuja normatividade decorre não somente de um sistema impessoal de regras, mas também de princípios compartilhados pela sociedade na busca de condições efetivas de uma vida digna na perspectiva econômica, social e cultural, por meio do desenvolvimento conciliado entre liberdade e igualdade.

A atuação estatal passa da pretensa neutralidade liberal, para a prática interventiva nos mais diversos campos da economia e da sociedade, visando a implementação da igualdade material, através da assunção de serviços públicos e de políticas compensatórias:

O Estado Social [...] intervém na economia, através de ações diretas e indiretas; e visa garantir o capitalismo através de uma proposta de bem-estar (Welfare State) que implica uma manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, assim como a compensação das desigualdades sociais através da prestação estatal de serviços e da concessão de direitos sociais. (OLIVEIRA, 2002, p. 59)

Assim, a produção normativa no Estado social ressemantiza a dicotomia público-privado para materializar o direito com finalidade coletiva e social, de forma que a liberdade não seja mais disciplinada como um campo de não-Estado, mas uma esfera de regulação estatal, sujeita a recorrentes intervenções, em prol da coletividade.

Apesar de ainda existir uma polarização entre público e privado, o Estado social passa a figurar como instância de organização da racionalidade política e social, em cuja atividade encontra no conceito de cidadania, seu discurso justificador, muito embora, na prática, tivessem as pessoas mera qualidade de destinatários de suas políticas, sem reconhece-los como sujeitos – cidadãos – no processo de construção da cidadania que visa defender/implantar. (PIRES, 2005, p. 40)

O Estado Democrático de Direito (na esteira dos direitos coletivos e difusos) –, por sua vez, consagra exatamente a reinterpretação da dicotomia Estado-sociedade, para dar-lhes sentido de complementariedade. É dizer, tão mais aviva-se uma relação erigida sobre os padrões Estado-cidadania em detrimento do público-privado ou do Estado-cliente, mais a noção de ordem pública surge como parâmetro de releitura da normatividade democrática e da segurança jurídica que lhe é condição de existência, suscitando, assim, uma revisão dos padrões normativos e de diversos institutos jurídicos, dentre os quais, pensamos, o do direito adquirido.

A ressignificação democrática consiste em atribuir novo papel à sociedade civil enquanto elemento legitimador da normatividade, projetando quem até então era visto como sujeito à autoridade ou mero destinatário das benesses do Estado, para ser ao mesmo tempo

produtor e destinatário do sistema normativo, enaltecendo a participação privada nas esferas públicas de debate e de decisão.

Isso porque as modernas sociedades são de tamanha complexidade e segmentação que o exercício da autoridade necessita de um elemento legitimador maior que a mera impessoalidade do direito. Assim, o Direito não pode mais ser qualificado como um sistema fechado, deve ser entendido como um sistema de natureza aberta, participativa, pluralista e, por via reflexa, deve ele estar atrelado:

[...] (a)os múltiplos interesses localizados em contexto de intensa conflituosidade [que] refogem à dicotomia entre público e privado, nos moldes em que até então era admitida, impondo o alargamento da esfera pública para além da estatal e a apreensão do privado sem o estigma do egoísmo [...] o que [...] impõe a necessidade de ‘reconhecimento equiprimordial das dimensões públicas e privada’.

[...]

O Direito que exsurge nesse contexto apresenta-se sob os signos da *pluralidade, da flexibilidade, da diversidade, da consensualidade*. Guia-se, assim, pelo reconhecimento de múltiplas fontes de normatividade, pela legitimação da obrigatoriedade da regra jurídica a partir da negociação no âmbito dos processos comunicacionais; pela imposição da adaptabilidade em um ritmo correspondente ao das exigências do dinâmico e complexo quadro da realidade; pela ideia de instrumentalidade, dissociada da de imposição como justificativa em si pelo acolhimento da diversidade, que o socorre na necessidade de adequação e abertura para multiplicidade das relações que deve imparcialmente cuidar. (PIRES, 2005, p. 59-60)

A tensão a que nos referimos anteriormente, consiste exatamente no descompasso entre os traços habermasianos da democracia moderna e a sua forma de “enxergar” os espaços públicos, sobretudo no que se refere a produção legítima da normatividade através dos consensos normativos, e a forma – em princípio – não-democrática como se comportam as posições de direito adquirido que transparecem elementos da razão instrumental, tipicamente weberiana, na apreensão de espaços públicos, em busca de benefícios particularistas.

Essa coexistência das formas – divergentes – de enxergar a relação entre os espaços públicos e privados na democracia moderna gera, na mais superficial das análises, uma confusão sobre o tipo de democracia que temos ou mesmo sobre o grau de sua implementação. Numa análise mais detida, porém, nos leva a questionamentos mais profundos sobre os critérios de estratificação social, os parâmetros de isonomia compreendido em nosso contexto democrático ou mesmo sobre a própria condição de cidadania existente.

Ora, se o Estado Democrático de Direito é tão mais democrático quanto mais os indivíduos atuam como cidadãos e isso mais acontece quando os espaços públicos são ressignificados pela ideia de legitimação através dos consensos normativos, construídos por indivíduos que ostentam as mesmas condições jurídicas para se determinarem enquanto

sociedade, qualquer condição, ainda que institucionalizada que os diferencie ou os coloque em posição de desigualdade, acabaria por implicar numa revisão do próprio conceito de cidadania.

4. O DIREITO ADQUIRIDO COMO ESSENCIAL À CONDIÇÃO HUMANA

No capítulo anterior buscamos encontrar uma racionalidade normativa para o direito adquirido, a partir das perspectivas de instrumentalidade de Weber e da moralidade democrática de Habermas. Dessa análise, evidenciamos elementos que conferem ao direito adquirido raízes na razão instrumental, uma vez que incompatível com a moralidade democrática, enquanto cláusula de reserva deliberativa.

Consignamos, inicialmente o pensamento de França (1994), no qual a importância do direito adquirido está intimamente ligada à própria noção de humanidade, sendo a evolução do direito adquirido a prova cabal da transição da sociedade de fato, para a sociedade de direito.

Fizemos registrar, ainda, de acordo com Toledo (2003), que o direito adquirido é condição essencial do Estado Democrático de Direito, isto é, funcionaria como um instrumento de legitimação “posterior” do sistema normativo, na medida em que não faz o menor sentido as relações sociais serem objeto de regulação jurídica e, posteriormente, tal regulação ser desconsiderada pelas próprias pessoas que legitimaram o caráter normativo do sistema, por observação, em essência, ao seu caráter democrático.

Se o direito adquirido possui vertentes da apreensão técnico-burocrática do sistema normativo em prol da manutenção de situações de desigualdade, é legítimo, neste momento, questionar os fundamentos que fazem do referido instituto jurídico, tal como defende a doutrina, essenciais à própria condição humana.

Como visto, França (1994) assevera, sem reservas, que o direito adquirido está ligado a natureza humana e a própria ideia de justiça por revelar, pelo menos em parte, um viés da “verdade”, da essência humana. Enquanto valor inerente à humanidade, transparece na organização Estado-sociedade, segundo Toledo (2003), na qualidade de vertente essencial do regime político democrático que, fundado na vontade popular, exsurge como garantia do sujeito de direito.

Segundo Hunt (2009, p. 19), porém, os direitos humanos possuem três características intrínsecas que, encadeadas, lhe dão tal *status*. Segundo ela:

[...] devem ser *naturais* (inerentes nos seres humanos), *iguais* (os mesmos para todo mundo) e *universais* (aplicáveis por toda parte). Para que os direitos sejam direitos *humanos*, todos os humanos em todas as regiões do mundo devem possuí-los igualmente e apenas por causa de seu status como seres humanos.

Além de ostentar tais qualidades é necessário que possam ser qualificados como autoevidentes:

Essa afirmação de autoevidência, crucial para os direitos humanos mesmo nos dias de hoje, dá origem a um paradoxo: se a igualdade dos direitos é tão autoevidente, por que essa afirmação tinha de ser feita e por que só era feita em tempos e lugares específicos? Como podem os direitos humanos ser universais se não são universalmente reconhecidos? (HUNT, 2009, p. 18)

Acrescente-se ao pensamento, a premissa de que os direitos humanos só adquirem sentido quando são compartilhados através da noção de empatia. Essa seria a forma pela qual os seres humanos compartilhariam a ideia de igualdade de tratamento, *de imaginar que alguma outra pessoa é como você* (HUNT, 2009, p. 30), de projetar-se no sofrimento alheio ou de sentir-se, verdadeiramente, com a mesma natureza (humana):

Todo mundo teria direitos somente se todo mundo pudesse ser visto, de um modo essencial, como semelhante. A igualdade não era apenas um conceito abstrato ou um slogan político. Tinha de ser internalizada de alguma forma. (HUNT, 2009, p. 26)

Isso porque, ao longo do tempo, nem sempre as ideias de igualdade como valores inerentes ao ser humano ou mesmo a igualdade de um tratamento humano, eram amplamente compartilhadas, muito embora já tivessem ganhado forma em declarações escritas. Ao transcrever parte do discurso de Thomas Jefferson, Hunt (2009, p. 17) considera ser *espantoso que homens como Jefferson, um senhor de escravos*, defendesse tais ideias, observando que:

Ao sustentar que os africanos gozavam de direitos humanos, Jefferson não tirava nenhuma ilação sobre os escravos negros no país. Os direitos humanos, pela definição de Jefferson, não capacitava os africanos — muito menos os afro-americanos — a agir em seu próprio nome. (HUNT, 2009, p. 21)

Assim, defende a autora que concepção de igualdade inicialmente propagada, não correspondia à empatia entronizada nos indivíduos, isto é, não se considerava haver, de fato, igualdade de todos, ou que todos eram humanos suscetíveis a um tratamento digno ou mesmo que tal igualdade era universal. A concepção de direitos humanos, baseado no caráter natural da condição humana que enseja tal tratamento, ainda estava iminentemente incompleta:

Se os proponentes dos direitos humanos naturais, iguais e universais excluam automaticamente algumas categorias de pessoas do exercício desses direitos, era primariamente porque viam essas pessoas como menos do que plenamente capazes de autonomia moral. (HUNT, 2009, p. 27)

Estas percepções sobre os direitos humanos ajudam-nos a trilhar o caminho.

Na esteira daquilo que afirmamos enquanto hipótese de pesquisa, parece que o conceito ou a caracterização dos direitos humanos, isto é, o tríplice caráter dos direitos humanos

(naturais, iguais e universais), somado a ideia de autoevidência e a noção de empatia, não se coadunam com a essência do que se define como direito adquirido.

Se para serem naturais e universais for imprescindível que os direitos humanos sejam autoevidentes em razão dos critérios de igualdade, socialmente entronizados pela noção de empatia, as noções de direito adquirido até então conhecidas, salvo melhor juízo, estão no plano da negação de tudo isso.

Ora, o que é o direito adquirido senão um instrumento para resguardar condições pessoais? Senão um mecanismo de defesa do patrimônio jurídico do indivíduo que, por excelência, não é igual ao patrimônio jurídico dos demais?

A própria ideia de “patrimônio jurídico” parece ser um conceito de adequação precária aos direitos humanos, até porque, se todos os patrimônios jurídicos fossem iguais – tal como é defendido no âmbito dos direitos humanos – todos os direitos humanos já estariam adquiridos – por natureza – e a própria noção de direito adquirido, enquanto defesa de um patrimônio jurídico, seria completamente vazia de significado.

Essa contradição em termos que pensamos existir, parece decorrer exatamente do que apontamos anteriormente, de que o direito adquirido não é um elemento jurídico fundado no mundo da vida, mas sim um produto sistêmico cuja racionalidade instrumental impera como lógica de ação, afastando por completo, qualquer interpretação que leve a crer que o direito adquirido relação intrínseca com à condição humana.

4. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou fornecer fundamentos para o questionamento de um dos principais elementos da dogmática jurídica, o direito adquirido. Enquanto bastião da segurança jurídica e da estabilidade normativa, buscou-se analisar a função legitimadora do referido instituto jurídico à luz da normatividade democrática das teorias de Habermas, em moralidade democrática, e de Weber, sob a perspectiva da razão instrumental. Ao delinear os dois panoramas teóricos, foi possível construir uma contraposição sobre a forma pela qual ambas as teorias delineiam o processo de legitimação do sistema normativo.

Enquanto Weber entende que a legitimação do sistema jurídico é tão mais eficaz quanto mais técnica e amoral ela é, conformando uma posição de impessoalidade e de isenção em relação aos indivíduos, Habermas defende que a legitimidade do sistema normativo deve ser erigida através de consensos normativos, isto é, manifestação coletiva, ampla e inclusiva, apta a conferir validade ao sistema, baseada em deliberações de cunho iminentemente morais, que condigam com os aspectos sociais e valores compartilhados pelos membros de uma determinada sociedade.

À luz desses constructos teóricos, então, foi possível perceber que o Direito Adquirido, embora considerado principal elemento de segurança jurídica e de estabilidade de um sistema normativo, possui um inegável aspecto antidemocrático, delineado pelas reservas deliberativas criadas em torno da imutabilidade de situações jurídicas cristalizadas pelo decurso do tempo, situações essas sobre as quais a sociedade não pode exercer o controle por meio de consensos normativos.

Chegou-se a conclusão que o direito adquirido, em verdade, é um produto da razão instrumental, uma fórmula técnico-jurídica para conformar situações em virtude do tempo que não guarda, diretamente, relação com a garantia do Estado Democrático de Direito, tampouco com qualquer aspecto inerente à condição humana.

Assumindo essa característica dogmática, o direito adquirido enquanto instituto jurídico emanaria apenas e tão somente da necessidade iminentemente técnica de estabilização das relações jurídicas no tempo, seria, portanto, uma fórmula do direito intertemporal, nada mais. Nada haveria em seu conteúdo normativo de essência da moralidade democrática, sobre a qual prevalece a dinâmica da mudança e dos consensos normativos.

Estaríamos diante de um exemplo concreto daquilo que Avritzer (1996) coloca como colonização do mundo da vida, isto é, a lógica da racionalidade sistêmica invadindo os campos de regulação da vida social. O direito adquirido, portanto, como produto da racionalidade instrumental, estaria adstrito tão somente à dogmática jurídica e não a moralidade democrática.

Não obstante, é possível perceber que os conceitos que gravitam em torno do instituto do direito adquirido, como por exemplo a ideia de “patrimônio jurídico”, reforçam a concepção individual e particularista de estabilidade normativa a que efetivamente tal instituto se refere, em detrimento à preconizada percepção de que o direito adquirido é uma garantia geral e irrestrita de estabilidade de todo o sistema normativo.

Dessa forma, a estabilização do sistema jurídico através do direito adquirido, nada mais é do que um subterfúgio da racionalidade sistêmica, que se vale da institucionalidade da produção normativa pelo Estado, a partir de um processo formalmente regular e técnico, amoral, para legitimar situações que, se submetidas ao crivo da moralidade democrática, não logriam estar positivadas no sistema jurídico como autênticos direitos.

REFERÊNCIAS

- AVRITZER, L. **A moralidade da democracia:** ensaio em teoria habermasiana e teoria democrática. São Paulo: Ed. UFMG, 1996.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional.** Coimbra: Almedina, 1991.
- FRANÇA, R. L. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido.** 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

- GALDINO, F. O custo dos Direitos. In: TORRES, R. L. (.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. 2. ed. [S.l.]: Renovar, 2007. p. 642.
- GOUVÊA, G. P. **Burocracia e elites burocráticas no Brasil**. São Paulo: Paulicéia, 1994.
- HABERMAS, J. **The Theory of Communicative Action**. Boston: Beacon Press, 1981.
- HUNT, L. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- MOSCA, G. **The Ruling Class**. Tradução de Hannah Kahn. New York: McGraw-Hill, 1939.
- NETTO, M. D. C. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 473-486, Maio 1999.
- OLIVEIRA, M. A. C. D. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- OLIVEIRA, P. C. D. A ética da ação comunicativa em Jürgen Habermas. **Revista Estudos Filosóficos**, n. 1, p. 14-22, 2008. ISSN ISSN 2177-2967.
- PIRES, M. C. S. **Direito Adquirido e Ordem Pública: segurança jurídica e transformação democrática**. Belo Horizonte: DelRey, 2005.
- PORCHAT, R. **Da retroatividade as Leis Civis**. São Paulo: Duprat & Comp., 1909. Disponível em: <http://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Direito/Da_retroatividade_das_leis_civis.pdf>.
- SILVA, R. D. A. V. Os ideais de igualdade, fraternidade e liberdade na prática democrática: entre Rousseau e Habermas. **Lumen et Virtus**, Bahia, v. 2, n. 4, p. 121-133, maio 2011. ISSN ISSN 2177-2789.
- TOLEDO, C. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy, 2003.
- WEBER, M. **Economia e Sociedade**. 4. ed. Brasília: UNB, 2012.