

Jürgen Habermas

DIREITO E DEMOCRACIA

Entre facticidade e validade

Volume I

CATALOGAÇÃO NA FONTE
DO
DEPARTAMENTO NACIONAL DO LIVRO

H114d Habermas, Jürgen, 1929-

Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I
/ Jürgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. -
Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

354 p. ; cm. - (Biblioteca Tempo Universitário; 101)

ISBN 85-282-0091-4

Inclui bibliografia.

1. Sociologia jurídica. 2. Direito - Metodologia. 3.
Comunicação. I. Título. II. Série.

CDD - 340.115

Tradução:

FLÁVIO BENO SIEBENEICHLER - UGF

TEMPO BRASILEIRO

Rio de Janeiro - RJ - 1997

Traduzido do original alemão: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats*. 4ª edição revista e complementada por um pós-fácio e uma lista bibliográfica, Frankfurt/M, Ed. Suhrkamp, (1992) 1994

Capa:

Antônio Dias com montagem de VIDA Informática
(vista de Frankfurt, às margens do Main)

Revisão:

Daniel Camarinha da Silva

• Copyright:

Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 1992 (Todos os direitos reservados)

Este livro foi traduzido da 4ª edição revista e complementada por um posfácio e uma lista bibliográfica.

Direitos reservados às
EDIÇÕES TEMPO BRASILEIRO
Rua Gago Coutinho, 61 - Laranjeiras
Tel.: (021) 205-5949 Fax: (021) 225-9382
Caixa Postal 16099 - CEP 22221-070
Rio de Janeiro - RJ - Brasil

NOTA DO TRADUTOR

O presente trabalho de Jürgen Habermas constitui sem dúvida um dos momentos mais interessantes de seus exercícios de razão comunicativa. Nele se entrelaçam elementos da filosofia, do direito e das ciências sociais, capazes de provocar discussões fecundas acerca das ingentes questões de integração social, a serem enfrentadas pelo homem neste final de milênio.

Tal construção levanta verdadeiros desafios a uma versão do idioma alemão para o português, agravados pelo fato de Habermas utilizar como pano de fundo a tradição jurídica alemã e anglo-saxã.

A fim de enfrentar esta tarefa, a tradução contou com o apoio e as sugestões valiosas dos Profs. Vicente Barreto e Ubiratan B. Macedo, da pós-graduação em filosofia da Universidade Gama Filho e do Prof. Ricardo Lobo Torres, da pós-graduação em direito, da mesma universidade.

Por razões editoriais, a tradução aparece dividida em dois volumes. Foram mantidas em inglês as citações e passagens que o próprio Habermas preferiu apresentar desta maneira. No final do segundo volume haverá uma lista bibliográfica completa dos autores citados no texto.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	9
I. O DIREITO COMO CATEGORIA DA MEDIAÇÃO SOCIAL ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE.....	17
I. Significado e verdade: sobre a tensão entre facticidade e validade no interior da linguagem	26
II. Transcendência a partir de dentro: superação do risco de dissenso a nível arcaico e do mundo da vida.....	35
III. Dimensões da validade do direito	48
II. CONCEITOS DA SOCIOLOGIA DO DIREITO E DA FILOSOFIA DA JUSTIÇA	65
I. O desencantamento do direito por obra das ciências sociais.....	66
II. Retorno do direito racional e impotência do dever-ser	83
III. Parsons versus Weber: a função social integradora do direito	94
III. PARA A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO (I): O SISTEMA DOS DIREITOS	113
I. Autonomia privada e pública, direitos humanos e soberania do povo	116
II. Normas morais e jurídicas: Sobre a relação de complementaridade entre moral racional e direito positivo.....	139
III. Fundamentação dos direitos básicos pelo caminho da teoria do discurso: princípio do discurso, forma do direito e princípio da democracia	154

IV. PARA A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO (2):	
OS PRINCÍPIOS DO ESTADO DE DIREITO	169
I. A relação interna entre direito e política.	170
II. Poder comunicativo e formação legítima do direito.	190
III. Princípios do Estado de direito e lógica da divisão dos poderes.....	211
V. INDETERMINAÇÃO DO DIREITO E RACIONALIDADE DA JURISDIÇÃO.....	241
I. Hermenêutica, realismo e positivismo.	245
II. Dworkin e a teoria dos direitos.	261
III. Sobre a teoria do discurso jurídico.....	276
VI. JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO. SOBRE O PAPEL E A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	297
I. Dissolução do paradigma liberal do direito.	299
II. Normas versus valores: Crítica a uma autocompreensão metodológica falsa do controle da constitucionalidade.....	314
III. O papel da jurisdição constitucional na visão da política liberal, republicana e procedimental.	330

PREFÁCIO

Na Alemanha, a filosofia do direito não é mais tarefa exclusiva dos filósofos. No presente trabalho quase não cito o nome de Hegel e me apóio muito mais na doutrina kantiana do direito: essa atitude é fruto da timidez perante um modelo cujos padrões não conseguimos mais atingir. E o fato de a filosofia do direito - quando ainda busca o contato com a realidade social - ter emigrado para as faculdades de direito é bastante sugestivo¹. Entretanto, evito cair no lado oposto, ou seja, não pretendo limitar-me a uma filosofia do direito especializada juridicamente, que tem o seu ponto forte na discussão dos fundamentos do direito penal². O que antigamente podia ser mantido coeso em conceitos da filosofia hegeliana, exige hoje um pluralismo de procedimentos metodológicos que inclui as perspectivas da teoria do direito, da sociologia do direito e da história do direito, da teoria moral e da teoria da sociedade.

Tal estado de coisas é bem-vindo, uma vez que permite focalizar uma faceta pluralista da teoria do agir comunicativo, freqüentemente ignorada. Os conceitos básicos da filosofia não formam uma linguagem própria ou, pelo menos, não constituem mais um sistema capaz de tudo incorporar: eles não passam de simples meios para a apropriação reconstrutiva de conhecimentos científicos. E o singular poliglotismo da filosofia, que deriva de sua competência em tornar

-
- 1 HASSEMER, W. "Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft, Rechtspolitik", in: *Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie*, Supl. 44, 1991, 130-143.
 - 2 K. Günther esboça a contribuição da teoria do discurso para esse tema. Cf. Id. "Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts", in: JUNG, H. et al. (Eds.). *Recht und Moral*. Baden-Baden, 1991, 205-207.

transparentes os conceitos fundamentais, permite-lhe descobrir coerências surpreendentes a nível metateórico. Por conseguinte, as proposições fundamentais da teoria do agir comunicativo ramificam-se em diferentes universos de discurso e contextos de argumentação nos quais elas têm que comprovar-se.

O primeiro capítulo enfoca alguns pontos da relação entre facticidade e validade, envolvendo aspectos básicos da teoria do agir comunicativo. E esse problema, abordado no título, necessitaria, sem dúvida alguma, de um esclarecimento mais detalhado, o que não poderá ser feito, infelizmente. O segundo capítulo esboça um princípio extremamente amplo, capaz de incorporar as teorias filosóficas da justiça e as teorias sociológicas do direito. Os dois capítulos subsequentes procuram levar a termo a reconstrução de partes do direito racional clássico no quadro de uma teoria do direito apoiada numa teoria do discurso. E, nessa operação, sirvo-me de princípios da ética do discurso, desenvolvidos alhures³. Convém notar, todavia, que atualmente eu não determino mais a relação complementar entre moral e direito seguindo a linha traçada nas Tanner Lectures⁴. No capítulo quinto e no sexto, tento comprovar o princípio da teoria do discurso em temas centrais da teoria do direito. Refiro-me a discussões atuais na República Federal da Alemanha e nos EUA, dada minha maior familiaridade com essas duas tradições jurídicas. No capítulo sétimo e no oitavo, esclareço o conceito normativo de política deliberativa e examino, na perspectiva sociológica, condições para uma regulamentação jurídica da circulação do poder em sociedades complexas. E, neste ponto, prefiro abordar a teoria da democracia sob aspectos da legitimação. O último capítulo tenta reconduzir as considerações sobre

teoria do direito e sobre teoria da sociedade a uma unidade, servindo-se do paradigma procedimentalista do direito.

Pretendo mostrar, por este caminho, que a teoria do agir comunicativo, ao contrário do que se afirma muitas vezes, não é cega para a realidade das instituições⁵ - nem implica anarquia⁶. Concordo, no entanto, que qualquer potencial de liberdades comunicativas, imprescindíveis em todo o Estado democrático de direito, disposto a garantir efetivamente liberdades subjetivas iguais, traz em seu bojo certos germes anárquicos.

Apesar de leigo no assunto, tive que me deter em discussões jurídicas especializadas, muito mais do que eu imaginara no início. E, nesse meio tempo, cresceu meu respeito ante as significativas realizações construtivas dessa disciplina. As sugestões para a clarificação da compreensão paradigmática que serve de pano de fundo ao direito e à moral deveriam ser vistas como uma contribuição à discussão que se dirige contra o ceticismo cada vez mais difundido entre colegas da área do direito - especialmente contra o que eu denomino de falso realismo, que subestima a eficácia social dos pressupostos normativos das práticas jurídicas existentes. Nas controvérsias sobre a constituição jurídica da comunidade política, iniciadas já no século XVII, articula-se uma autocompreensão prático-moral da modernidade tomada em seu todo. Ela também se expressa nos testemunhos de uma consciência moral universalista e nas instituições livres do Estado democrático de direito. O sentido normativo próprio da teoria do discurso procura reconstruir essa autocompreensão de maneira a afirmar-se contra reduções cientificistas⁷ e contra assimilações estéticas⁸. As três dimensões de validade, nas quais a autocompreensão da

3 HABERMAS, J. *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt a/M., 1983; Id. *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a/M., 1991.

4 No meu entender, o acesso escolhido por K. O. Apel é por demais normativista. Cf. "Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik", in: APEL, K. O., KETTNER, M. (Eds.). *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft*. Frankfurt a/M., 1992, 29-61.

5 Essa é a opinião de R. Bubner, reiterada em seu recente livro: *Antike Themen und ihre moderne Verwandlung*. Frankfurt a/M., 1992, 188-202, especialmente no capítulo intitulado "Das sprachliche Medium der Politik".

6 HÖFFE, O. *Politische Gerechtigkeit*. Frankfurt a/M., 1987, 193ss.

7 LUHMANN, N. *Beobachtungen der Moderne*. Colônia, 1992.

8 DERRIDA, J. *Gesetzeskraft. Der 'mystische Grund der Autorität'*. Frankfurt a/M., 1991.

modernidade se diferencia, não podem entrar em colapso. Após um século que, como nenhum outro, nos ensinou os horrores da não-razão existente, os últimos resquícios da confiança numa razão essencialista evaporaram-se. E a modernidade, uma vez consciente de suas contingências, cada vez mais fica dependente de uma razão procedimental, isto é, de uma razão que conduz um processo contra si mesma. Ora, a crítica da razão é obra dela própria: tal ambigüidade kantiana resulta de uma idéia radicalmente antiplatônica, segundo a qual não existe algo mais elevado ou mais profundo ao qual possamos apelar, uma vez que, ao chegarmos, descobrimos que nossas vidas já estavam estruturadas lingüisticamente.

Há três décadas critiquei a tentativa de Marx em trazer a filosofia hegeliana do direito para uma filosofia da história materialista, utilizando as seguintes palavras:

“Com a crítica ao Estado de direito burguês... Marx desacreditou de tal maneira a idéia da juridicidade e a intenção do direito natural enquanto tal, dissolvendo sociologicamente a base dos direitos naturais, que o liame entre revolução e direito natural se desfez. Os partidos de uma guerra civil internacionalizada dividiram o legado de modo desastroso: um dos lados assumiu a herança da revolução, o outro a ideologia do direito natural”⁹.

O colapso do socialismo de Estado e o final da “guerra civil mundial” colocaram em evidência a falha teórica do partido fracassado: descobriu-se que ele confundira o projeto socialista com o esboço – e a imposição forçada – de uma forma de vida concreta. Todavia, se entendermos “socialismo” como protótipo de condições necessárias para formas de vida emancipadas, sobre as quais os *próprios* participantes precisam entender-se preliminarmente, não é difícil verificar que a auto-organização democrática de uma comunidade jurídica forma o núcleo normativo desse projeto. De outro lado, o partido que se considera vitorioso não pode comemorar o seu triunfo. Pois, no momento em que poderia assumir a

9 As conferências sobre “Direito natural e revolução”, proferidas em outubro de 1962, foram publicadas in: HABERMAS, J. *Theorie und Praxis*. Frankfurt a/M., 1971, 89-127, aqui cf. Cap. III, Seção I.

herança *indivisa* da autocompreensão prático-moral da modernidade, ele desanima perante a tarefa ingente de levar adiante a domesticação social e ecológica do capitalismo no âmbito de uma sociedade mundial ameaçada. É certo que ele se apressa a respeitar o sentido sistêmico próprio de uma economia orientada pelos mercados; e pelo menos está protegido contra uma dilatação exagerada do *medium* do poder de burocracias estatais. Entretanto, falta-lhe uma sensibilidade semelhante para a fonte que *propriamente* está ameaçada – uma solidariedade social a ser recuperada e conservada em estruturas jurídicas.

Nas atuais sociedades ocidentais, a política perde sua autoconsciência e a orientação perante o desafio iminente de uma delimitação ecológica iminente do crescimento econômico e da disparidade crescente entre as condições de vida no Norte e no Sul; perante a tarefa historicamente peculiar da reorganização de sociedades onde imperava o socialismo de Estado; perante a pressão das correntes migratórias oriundas das regiões empobrecidas do Sul e do Oriente; perante os riscos de novas guerras étnicas, nacionais e religiosas, de chantagens atômicas e de lutas internacionais de partilha. Aquém dos floreios retóricos, predomina a pusilanimidade. Nas próprias democracias estabelecidas, as instituições existentes da liberdade não são mais inatacáveis, mesmo que a democracia aparentemente continue sendo o ideal das populações. Suponho, todavia, que a inquietação possui uma razão mais profunda: ela deriva do pressentimento de que, numa época de política inteiramente secularizada, não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical. A presente pesquisa pretende transformar esse pressentimento num saber explícito. Finalmente, convém ter em mente que os sujeitos jurídicos privados não podem chegar ao gozo das mesmas liberdades subjetivas, se eles *mesmos* – no exercício comum de sua autonomia política – não tiverem clareza sobre interesses e padrões justificados e não chegarem a um consenso sobre aspectos relevantes, sob os quais o que é igual deve ser tratado como igual e o que é diferente deve ser tratado como diferente.

Não me iludo sobre os problemas e os estados de ânimo provocados por nossa situação. Todavia, estados de ânimo – e filosofias de estados de ânimo melancólicos – não conseguem

justificar o abandono derrotista dos conteúdos radicais do Estado democrático de direito; eu proponho, inclusive, um novo modo de ler esses conteúdos, mais apropriado às circunstâncias de uma sociedade complexa. Caso contrário, eu deveria escolher um outro gênero literário – talvez o do diário de um escritor helenista, preocupado apenas em documentar para a posteridade as promessas não cumpridas de sua cultura decadente.

Em anexo aparecem dois trabalhos, publicados anteriormente em alemão. O primeiro introduz o conceito procedimental de democracia num contexto histórico mais amplo; o outro esclarece três aspectos diferentes do conceito de patriotismo constitucional, quase sempre mal interpretado. As *Tanner Lectures*, ministradas há seis anos, na Harvard University, foram publicadas em inglês, holandês e italiano. Elas nasceram em Frankfurt, durante o ano acadêmico de 1985/86, de preleções sobre filosofia do direito.

Na mesma época, o “Programa-Leibniz”, da Comunidade Alemã de Pesquisa (Deutsche Forschungsgemeinschaft), surpreendeu-me com a possibilidade de escolher e de executar um projeto de pesquisa com a duração de cinco anos. Tal casualidade propícia ensejou a instauração de uma comunidade de trabalho voltada para a teoria do direito. Ela constituiu o contexto excepcionalmente estimulante e instrutivo, no qual consegui desenvolver a linha então iniciada. Senti essa cooperação como excepcionalmente feliz¹⁰; dela resultaram muitas publicações e uma série de monografias. Sem o auxílio produtivo de colaboradores competentes, eu não teria tido a coragem de assumir o projeto de uma filosofia do direito; nem teria conseguido apropriar-me dos conhecimentos e argumentos necessários para sua execução. Além disso, sou grato aos membros permanentes do grupo de trabalho: Inge Maus, Rainer Forst, Günter Frankenberg, Klaus

Günther, Bernhard Peters e Lutz Wingert, por seus comentários valiosos às primeiras versões de meu manuscrito. Também agradeço a Thomas A. MacCarthy por sugestões. Devo tantos ensinamentos à perícia jurídica de Klaus Günther, que quase hesitaria em eximi-lo, como também os outros, da responsabilidade pelos meus erros – o que, no entanto, faço expressamente.

Frankfurt, julho de 1992.

10 GÜNTHER, K. *Der Sinn für Angemessenheit*. Frankfurt a/M. 1991; PETERS, B. *Rationalität, Recht und Gesellschaft*. Frankfurt a/M., 1991; MAUS, I. *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*. Frankfurt a/M., 1992; PETERS, B. *Die Integration moderner Gesellschaften*. Frankfurt a/M., 1993; WINGERT, L. *Gemeinsinn und Moral*. Frankfurt a/M., 1993; FORST, R. *Kontexte der Gerechtigkeit*. Frankfurt a/M., 1994.

I. O DIREITO COMO CATEGORIA DA MEDIAÇÃO SOCIAL ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE

A modernidade inventou o conceito de razão prática como faculdade subjetiva. Transpondo conceitos aristotélicos para premissas da filosofia do sujeito, ela produziu um desenraizamento da razão prática, desligando-a de suas encarnações nas formas de vida culturais e nas ordens da vida política. Isso tornou possível referir a razão prática à felicidade, entendida de modo individualista e à autonomia do indivíduo, moralmente agudizada - à liberdade do homem tido como um sujeito privado, que também pode assumir os papéis de um membro da sociedade civil, do Estado e do mundo. No papel de cidadão do mundo, o indivíduo confunde-se com o do homem em geral - passando a ser simultaneamente um eu singular e geral. O século XIX acrescenta a esse repertório de conceitos, oriundo do século XVIII, a dimensão histórica: O sujeito singular começa a ser valorizado em sua história de vida, e os Estados - enquanto sujeitos do direito internacional - passam a ser considerados na tessitura da história, das nações. Coerente com essa linha, Hegel constrói o conceito "espírito objetivo". Sem dúvida, tanto Hegel como Aristóteles estão convencidos de que a sociedade encontra sua unidade na vida política e na organização do Estado; a filosofia prática da modernidade parte da idéia de que os indivíduos pertencem à sociedade como os membros a uma coletividade ou como as partes a um todo que se constitui através da ligação de suas partes.

Entrementes, as sociedades modernas tornaram-se tão complexas, ao ponto de essas duas figuras de pensamento - a de uma sociedade centrada no Estado e a da sociedade composta de

indivíduos - não poderem mais ser utilizadas indistintamente. A própria teoria marxista da sociedade convencer-se da necessidade de renunciar a uma teoria normativa do Estado. Aqui, no entanto, a razão prática deixa seus vestígios filosófico-históricos no conceito de uma sociedade que se administra democraticamente a si mesma, na qual o poder burocrático do Estado deve fundir-se com a economia capitalista. O enfoque sistêmico, no entanto, renunciando a qualquer tipo de conteúdo normativo da razão prática, não trepida em apagar até esses derradeiros vestígios. O Estado passa a formar um subsistema ao lado de outros subsistemas sociais funcionalmente especificados; estes, por sua vez, encontram-se numa relação configurada como “sistema-mundo circundante”, o mesmo acontecendo com as pessoas e sua sociedade. Partindo da idéia hobbessiana da auto-afirmação naturalista dos indivíduos, Luhmann elimina conseqüentemente a razão prática através da *autopoiesis* de sistemas dirigidos auto-referencialmente. E tudo leva a crer que os esforços de reabilitação e as formas empiristas retraídas não conseguem devolver ao conceito de razão prática a força explanatória que ele tivera no âmbito da ética e da política, do direito racional e da teoria moral, da filosofia da história e da teoria da sociedade.

A filosofia da história pode decifrar, é verdade, elementos de racionalidade nos processos históricos, porém, somente os que ela mesma neles introduzira, servindo-se de conceitos teleológicos; tampouco é possível extrair da constituição histórica e natural do homem imperativos normativos para uma conduta racional da vida. Não menos que a filosofia da história, uma antropologia nos moldes de Scheler ou de Gehlen é alvo da crítica das ciências que a antropologia tenta em vão tomar a seu serviço - as fraquezas de uma são simétricas em relação às da outra. A renúncia contextualista à fundamentação também não convence, uma vez que se limita a responder às fracassadas tentativas de fundamentação da antropologia e da filosofia da história, teimando em invocar a força normativa do fático. A enaltecida linha de desenvolvimento do Estado democrático de direito do “Atlântico Norte” certamente nos proporcionou resultados que merecem ser preservados; todavia, os que casualmente não se encontram entre os felizes herdeiros dos

fundadores da constituição americana não conseguem encontrar, em sua própria tradição, boas razões que aconselhem a separar o que é digno de ser conservado daquilo que merece crítica.

Os vestígios do normativismo do direito racional perdem-se, pois, no trilema: após a implosão da figura da razão prática pela filosofia do sujeito, não temos mais condições de fundamentar os seus conteúdos na teleologia da história, na constituição do homem ou no fundo casual de tradições bem-sucedidas. Isso explica os atrativos da única opção que ainda parece estar aberta: a do desmentido intrépido da razão em geral nas formas dramáticas de uma crítica da razão pós-nietzscheana, ou à maneira sóbria do funcionalismo das ciências sociais, que neutraliza qualquer elemento de obrigatoriedade ou de significado na perspectiva dos participantes. Ora, todo pesquisador na área das ciências sociais que não deseja apostar tudo em algo contra-intuitivo, não será atraído por tal solução. Por esta razão, eu resolvi encetar um caminho diferente, lançando mão da teoria do agir comunicativo: substituo a razão prática pela comunicativa. E tal mudança vai muito além de uma simples troca de etiqueta.

Nas tradições culturais da velha Europa, havia uma ligação demasiado direta entre razão prática e prática social. Isso fez com que essa última fosse abordada unicamente pelo ângulo de questionamentos normativos ou criptonormativos - filtrados através de uma filosofia da história. Até Hegel, a razão prática pretendia orientar o indivíduo em seu agir, e o direito natural devia configurar normativamente a única e correta ordem política e social. Todavia, se transportarmos o conceito de razão para o *medium* lingüístico e o aliviarmos da ligação exclusiva com o elemento moral, ele adquirirá outros contornos teóricos, podendo servir aos objetivos descritivos da reconstrução de estruturas da competência e da consciência, além de possibilitar a conexão com modos de ver funcionais e com explicações empíricas¹.

1 HABERMAS, J. “Rekonstruktive vs. verstehende Sozialwissenschaften”, in: *Id. Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt a/M., 1983, 29ss.

A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adscrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no telos lingüístico do entendimento, formando um *ensemble* de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras. Qualquer um que se utilize de uma linguagem natural, a fim de entender-se com um destinatário sobre algo no mundo, vê-se forçado a adotar um enfoque performativo e a aceitar determinados pressupostos. Entre outras coisas, ele tem que tomar como ponto de partida que os participantes perseguem sem reservas seus fins ilocucionários, ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis, revelando a disposição de aceitar obrigatoriedades relevantes para as conseqüências da interação e que resultam de um consenso. E o que está embutido na base de validade da fala também se comunica às formas de vida reproduzidas pela via do agir comunicativo. A racionalidade comunicativa manifesta-se num contexto descentrado de condições que impregnam e formam estruturas, transcendentalmente possibilitadoras; porém, ela própria não pode ser vista como uma capacidade subjetiva, capaz de dizer aos atores o que *devem* fazer.

A razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir. Ela possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual. Ou seja, ele é obrigado a empreender idealizações, por exemplo, a atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros. E, ao fazer isso, o que age comunicativamente não se defronta com o “ter que” prescritivo de uma regra de ação e, sim, com o “ter que” de uma coerção transcendental fraca - derivado da validade deontológica de um mandamento moral, da validade axiológica de uma constelação de valores preferidos ou da eficácia empírica de uma regra técnica. Um leque de idealizações inevitáveis forma a base contrafactual

de uma prática de entendimento factual, a qual pode voltar-se criticamente contra seus próprios resultados, ou *transcender-se* a si própria. Deste modo, a tensão entre idéia e realidade irrompe na própria facticidade de formas de vida estruturadas lingüisticamente. Os pressupostos idealizadores sobrecarregam, sem dúvida, a prática comunicativa cotidiana; porém, sem essa transcendência intramundana, não pode haver processos de aprendizagem.

A razão comunicativa possibilita, pois, uma orientação na base de pretensões de validade; no entanto, ela mesma não fornece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa, nem imediatamente prática. De um lado, ela abrange todo o espectro de pretensões de validade da verdade proposicional, da veracidade subjetiva e da correção normativa, indo além do âmbito exclusivamente moral e prático. De outro lado, ela se refere apenas às intelecções e asserções criticáveis e abertas a um esclarecimento argumentativo - permanecendo neste sentido aquém de uma razão prática, que visa à motivação e à condução da vontade. A normatividade no sentido da orientação obrigatória do agir não coincide com a racionalidade do agir orientado pelo entendimento em seu todo. Normatividade e racionalidade *cruzam-se* no campo da fundamentação de intelecções morais, obtidas num enfoque hipotético, as quais detêm uma certa força de motivação racional, não sendo capazes, no entanto, de garantir por si mesmas a transposição das idéias para um agir motivado².

É preciso levar em conta tais diferenças, ao considerar o conceito de razão comunicativa, que situo no âmbito de uma teoria reconstrutiva da sociedade. Nesse contexto modificado, o próprio conceito tradicional de razão prática adquire um novo valor heurístico. Não funciona mais como orientação direta para uma teoria normativa do direito e da moral. Mesmo assim, ele se transforma num fio condutor para a reconstrução do emaranhado de discursos formadores da opinião e preparadores da decisão, na qual está embutido o poder democrático exercitado conforme o direito.

2 *Id. Erläuterungen zur Diskursethik.* Frankfurt a/M., 1991 (a).

Nessa perspectiva, as formas de comunicação da formação política da vontade no Estado de direito, da legislação e da jurisprudência, aparecem como partes de um processo mais amplo de racionalização dos mundos da vida de sociedades modernas pressionadas pelos imperativos sistêmicos. Tal reconstrução coloca-nos nas mãos uma medida crítica que permite julgar as práticas de uma realidade constitucional intransparente.

Apesar da distância em relação aos conceitos tradicionais da razão prática, não é trivial constatar que uma teoria contemporânea do direito e da democracia continua buscando um engate na conceituação clássica. Ela toma como ponto de partida a força social integradora de processos de entendimento não violentos, racionalmente motivadores, capazes de salvar distâncias e diferenças reconhecidas, na base da manutenção de uma comunhão de convicções. Há muitos filósofos da moral e do direito conduzindo seus discursos normativos nesta direção, de uma forma até mais animada do que antigamente. Ao se especializarem em questões de validade normativa, no enfoque performativo de participantes e atingidos, eles caem certamente na tentação de permanecer no interior do horizonte limitado de mundos da vida há muito tempo exorcizado pelos observadores das ciências sociais. Teorias normativas expõem-se à suspeita de não levarem na devida conta os duros fatos que desmentiram, faz tempo, a autocompreensão do moderno Estado de direito, inspirada no direito racional. Pelo ângulo da objetivização das ciências sociais, uma conceituação filosófica que insiste em operar com a alternativa: ordem estabilizada através da força e ordem legitimada racionalmente, remonta à semântica de transição da baixa modernidade, que se tornou obsoleta a partir do momento em que se passou de uma sociedade estratificada para sociedades funcionalmente diferenciadas. E a própria estratégia teórica que privilegia um conceito comunicativo capaz de substituir a “razão prática” é obrigada a sublinhar uma forma especialmente e rígida e pretensiosa de comunicação, a qual cobre apenas uma pequena parte do amplo espectro das comunicações observáveis: “com tais restrições, o

novo paradigma dificilmente conseguirá preencher as condições de uma teoria da sociedade suficientemente complexa”³.

Arrastada para cá e para lá, entre facticidade e validade, a teoria da política e do direito decompõe-se atualmente em facções que nada têm a dizer umas às outras. A tensão entre princípios normativistas, que correm o risco de perder o contato com a realidade social, e princípios objetivistas, que deixam fora de foco qualquer aspecto normativo, pode ser entendida como admoestação para não nos fixarmos numa única orientação disciplinar e, sim, nos mantermos abertos a diferentes posições metódicas (participante versus observador), a diferentes finalidades teóricas (explicação hermenêutica do sentido e análise conceitual versus descrição e explicação empírica), a diferentes perspectivas de papéis (o do juiz, do político, do legislador, do cliente e do cidadão) e a variados enfoques pragmáticos na pesquisa (hermenêuticos, críticos, analíticos, etc.)⁴. As pesquisas delineadas a seguir movimentam-se nesse amplo espaço.

O princípio da teoria do discurso, configurado inicialmente de acordo com a formação da vontade individual, comprovou-se no campo ético e no da filosofia moral⁵. Entretanto, é possível provar, sob pontos de vista funcionais, por que a figura pós-tradicional de uma moral orientada por princípios depende de uma complementação através do direito positivo⁶. Por esta razão, questões da teoria do direito rompem *a limine* o quadro de uma reflexão meramente normativa. Apoiada no princípio do discurso, a teoria do direito - e do Estado de Direito - precisa sair dos trilhos convencionais da filosofia política e do direito, mesmo que continue assimilando seus questionamentos. Nos *dois primeiros* capi-

3 LUHMANN, N. “Intersubjektivität oder Kommunikation”, in: *Archivo di Filosofia*, Vol. LIV, 1986, 51, nota 28.

4 PETERS, B. *Rationalität, Recht und Gesellschaft*. Frankfurt a/M., 1991, 33ss.

5 Para Habermas, a ética refere-se ao bem do indivíduo ou da comunidade, ao passo que a moral tem a ver com a justiça. (N.T.).

6 Cf., adiante, Cap. III.

tulos procuro atingir um duplo fim: esclarecer por que a teoria do agir comunicativo concede um valor posicional central à categoria do direito e por que ela mesma forma, por seu turno, um contexto apropriado para uma teoria do direito apoiada no princípio do discurso. E, ao desenvolver este ponto, eu tento elaborar um princípio reconstrutivo capaz de assumir duas perspectivas diferentes: a da teoria sociológica do direito e a da teoria filosófica da justiça. Nos capítulos *terceiro* e *quarto* desenvolve-se uma reconstrução do conteúdo normativo do sistema de direitos e da idéia do Estado de direito, seguindo a linha da teoria do discurso. Retomando questionamentos do direito racional, eu tento mostrar como a velha promessa de uma auto-organização jurídica de cidadãos iguais e livres pode ser compreendida de modo novo sob as condições de sociedades complexas. Em seguida, passo a examinar, e a elaborar, o conceito discursivo do direito e do Estado democrático de direito no contexto de discussões contemporâneas. O *quinto* capítulo aborda genericamente o problema da racionalidade da jurisdição, enquanto o *sexto* está voltado para o problema da legitimidade da jurisdição constitucional. O *sétimo* capítulo desenvolve o modelo da política deliberativa através de um debate com teorias da democracia que se apóiam num conceito empirista de poder. No *oitavo* capítulo, eu pesquiso como funciona a regulamentação política constitucional da circulação do poder em sociedades complexas. E esta linha de uma teoria da sociedade e de uma teoria do direito, apoiada no princípio do discurso, torna possível introduzir um paradigma procedimentalista do direito, o qual, como tentarei mostrar no capítulo *final*, nos permitirá ultrapassar a oposição entre os modelos sociais do direito formal burguês e do Estado social.

*
* *

Na teoria do direito, sociólogos, juristas e filósofos discutem sobre a determinação apropriada da relação entre facticidade e validade, chegando a premissas e estratégias de pesquisa diferentes. Por este motivo, eu desejo esclarecer preliminarmente as

questões de uma teoria da sociedade nas quais se apóia o meu interesse na teoria do direito. A teoria do agir comunicativo tenta assimilar a tensão que existe entre facticidade e validade. E, ao tomar tal decisão arriscada, ela preserva, de um lado, o engate na interpretação clássica de umnexo interno entre sociedade e razão, que pode ser mediado de diferentes maneiras, portanto umnexo entre circunscrições e coerções pelas quais transcorre a reprodução da vida social; de outro lado, ela não abandona a idéia de uma condução consciente da vida⁷. E, ao optar por isso, envolve-se num problema: como explicar a possibilidade de reprodução da sociedade num solo tão frágil como é o das pretensões de validade transcendentess? O *medium* do direito apresenta-se como um candidato para tal explicação, especialmente na figura moderna do direito positivo. As normas desse direito possibilitam comunidades extremamente artificiais, mais precisamente, associações de membros livres e iguais, cuja coesão resulta simultaneamente da ameaça de sanções externas e da suposição de um acordo racionalmente motivado.

O conceito do agir comunicativo atribui às forças ilocucionárias da linguagem orientada ao entendimento a função importante da coordenação da ação. Por este motivo, procuro lembrar, em primeiro lugar, como a compreensão clássica da relação entre facticidade e validade, delineada na tradição platônica, se modifica quando a linguagem passa a ser considerada como um *medium* universal de incorporação da razão (Seção I). A tensão entre facticidade e validade, que se introduz no próprio modo de coordenação da ação, coloca exigências elevadas para a manutenção de ordens sociais. O mundo da vida, as instituições que surgem naturalmente e o direito têm que amortizar as instabilidades de um tipo de socialização que se realiza através das tomadas de posição

7 De modo semelhante, Husserl leva em conta o papel fundamental de pretensões de validade na constituição do mundo da vida. Cf. HABERMAS, J. "Vorlesungen zu einer sprachtheoretischen Grundlegung der Soziologie", in: *Id. Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt a/M., 1984, especialmente p. 35ss.

- em termos de sim/não - com relação a pretensões de validade criticáveis (Seção II). Nas modernas sociedades econômicas esse problema geral se agudiza, principalmente no tocante ao envoltório normativo das interações estratégicas, não englobadas pela eticidade tradicional. Isso explica, de um lado, a estrutura e o sentido de validade de direitos subjetivos e, de outro lado, as conotações idealistas de uma comunidade jurídica que, enquanto associação de cidadãos livres e iguais, determina por si mesma as regras de sua convivência (Seção III).

I. Significado e verdade: sobre a tensão entre facticidade e validade no interior da linguagem

Transportando os conceitos fundamentais da “razão prática” para os da “racionalidade comunicativa”, não há necessidade de lançar fora os questionamentos e as soluções desenvolvidas na filosofia prática, desde Aristóteles até Hegel, o que constitui uma grande vantagem para a teoria da sociedade. Em nenhum lugar está escrito que as premissas do pensamento pós-metafísico implicam necessariamente indiferença em relação a questões que jamais emudecem no mundo da vida. E, enquanto a teoria mantiver aberto o acesso ao fundo de intuições cotidianas do leigo, ela não pode ignorar os problemas que se impõem objetivamente aos participantes, por simples questão de método. É verdade que as questões fundamentais da filosofia prática tinham sido extraídas do dia-a-dia: “o que devo fazer?”, ou ainda: “o que é bom para mim em geral e a longo prazo?”, porém, sem nenhuma mediação, sem passar pelo filtro da objetivação social. A renúncia ao conceito fundamental da razão prática sinaliza a ruptura com esse normativismo. Todavia, o conceito sucessor “razão comunicativa” conserva fragmentos idealistas desta herança, os quais nem sempre são vantajosos, no contexto modificado de uma teoria comprometida com o esclarecimento.

Atualmente pouco importa saber até que ponto o conceito de razão se distanciou de suas origens platônicas e o quanto ele foi afetado pela mudança dos paradigmas; uma coisa certamente continua sendo constitutiva: é a sua relação com a formação

idealizadora de conceitos, que circunscreve os limites através de conteúdos ideais ou de idéias. Qualquer idealização gera conceitos sobre a adaptação mimética a uma realidade dada e carente de um esclarecimento. Ora, quando essa operação com o conceito da razão comunicativa é adscrita à própria realidade social, e de certa forma incorporada a ela, as ciências experimentais temem que haja confusão entre razão e realidade. Em que sentido a razão comunicativa poderia incorporar-se em fatos sociais? Mesmo sem pretender recapitular os pontos fundamentais da teoria do agir comunicativo, convém lembrar rapidamente de que modo se apresenta a relação entre facticidade e validade *após a guinada lingüística*, a qual surge inicialmente no nível elementar da formação dos conceitos e dos juízos.

1

A partir do momento em que as idéias sobre a oposição abstrata entre o inteligível e o fenomenal, que serviam de pano de fundo à metafísica kantiana, não convenciam mais a ninguém e a partir do momento em que o entrelaçamento especulativo e dialético entre as esferas da essência e da aparência, criado por Hegel, perdeu sua plausibilidade, entraram em cena, no decorrer do final do século XIX, interpretações empiristas que passaram a dar preferência a uma explicação psicológica das relações lógicas ou conceituais: contextos de validade foram assimilados a processos fáticos da consciência. Contra tal psicologismo levantaram-se, utilizando quase os mesmos argumentos, Ch. S. Peirce na América, Gottlob Frege e Edmund Husserl na Alemanha e G. E. Moore e B. Russell na Inglaterra. E, ao se recusarem a tomar a psicologia como base para a lógica, a matemática e a gramática, eles lançaram as bases para a filosofia do século XX.

Frege resume a objeção central na seguinte tese: “Há uma diferença entre nossos pensamentos e nossas representações”⁸. Representações sempre são minhas ou tuas representações; elas têm que ser atribuíveis a um sujeito identificável no espaço e no

8 FREGE, G. *Logische Untersuchungen*. Göttingen, 1966, 49.

tempo, ao passo que os pensamentos ultrapassam os limites de uma consciência individual. Mesmo que sejam apreendidos por sujeitos diferentes, em lugares e épocas distintas, eles continuam sendo, de acordo com o seu conteúdo e em sentido estrito, os *mesmos* pensamentos.

A análise de proposições predicativas simples revela, além disso, que os pensamentos possuem uma estrutura mais complexa que os objetos do pensamento representador. Com o auxílio de nomes, caracterizações e expressões deícticas, nós nos referimos a objetos singulares, ao passo que asserções, nas quais tais termos singulares assumem o lugar da expressão do sujeito, exprimem na sua totalidade uma proposição ou reproduzem um estado de coisas. Quando tal pensamento é verdadeiro, o enunciado que o reproduz representa um fato. A crítica à opinião, segundo a qual o pensamento não é mais do que consciência representadora, repousa nesta consideração simples. Na representação são dados somente objetos; enquanto que estados de coisas ou fatos são apreendidos em pensamentos. Com essa crítica, Frege dá o primeiro passo rumo à guinada lingüística. A partir de agora, não podemos mais apreender simplesmente e sem mediação pensamentos e fatos no mundo dos objetos representáveis; eles só são acessíveis enquanto representados, portanto em estados de coisas expressos através de proposições.

2

Os pensamentos articulam-se através de proposições. É fácil obter clareza sobre isso, tomando como exemplo a construção gramatical de proposições assertóricas simples. Não há necessidade de me deter nesse ponto. O importante é saber que podemos ler a estrutura dos pensamentos observando a estrutura das proposições; e as proposições são as partes elementares de uma linguagem gramatical, passíveis de verdade. Dependemos, pois, do *medium* da linguagem quando queremos explicar a diferença entre os pensamentos e as representações. Ambos os momentos, o do pensamento que vai além dos limites de uma consciência individual empírica e o da independência do conteúdo do pensamento em relação à corrente de vivências de um indivíduo, podem indicar

que certas expressões lingüísticas têm *significados idênticos* para usuários diferentes. Na prática, os membros de uma determinada comunidade de linguagem têm que supor que falantes e ouvintes podem compreender uma expressão gramatical de modo idêntico. Eles supõem que as mesmas expressões conservam o mesmo significado na variedade de situações e dos atos de fala nos quais são empregadas. No próprio nível do substrato significativo, o sinal tem que ser reconhecido como sendo o mesmo sinal, na pluralidade de eventos significativos correspondentes. Nessa relação entre *type* e *token*, percebida concretamente, reflete-se a relação lógica entre o geral e o particular, que o idealismo filosófico entendera como a relação entre essência e aparência. O mesmo vale para o conceito ou o significado e as formas de manifestação de sua expressão. A idealidade, apoiada em sinais lingüísticos e regras gramaticais, caracteriza um pensamento geral, idêntico consigo mesmo, aberto e acessível, algo transcendente em relação à consciência individual, não se confundindo com as representações particulares, episódicas, acessíveis apenas privadamente ou imanentes à consciência. Tais regras emprestam uma forma determinada aos eventos lingüísticos, numa relação fonética, sintática e semântica, reconhecível e solidificada através das variações.

3

A idealidade e a generalidade do conceito e do pensamento interligam-se com outro tipo de idealidade, inteiramente diferente. O conteúdo de todo pensamento completo é determinado por um estado de coisas que pode ser expresso numa proposição assertórica. Entretanto, todo pensamento exige, além do conteúdo assertivo, uma determinação ulterior: pergunta-se se ele é verdadeiro ou falso. Sujeitos pensantes e falantes podem tomar posição em relação a qualquer pensamento dizendo “sim” ou “não”; por isso, ao simples “ter um pensamento” vem acrescentar-se um ato de apreciação crítica. Somente o pensamento traduzido em proposições ou a proposição verdadeira expressam um fato. A avaliação afirmativa de um pensamento ou do sentido assertórico de uma

proposição pronunciada coloca em jogo a validade do juízo ou da frase e, com isso, um novo momento de idealidade.

A crítica semântica ao pensamento representador significa, por exemplo, que a proposição: “Essa bola é vermelha” não exprime a representação individual de uma bola vermelha. Ela representa, ao invés disso, a circunstância de *que* a bola é vermelha. Isso significa que um falante que afirma ‘p’ no modo assertórico, não está se referindo, com sua afirmação ou apreciação afirmativa, à existência de um objeto, mas à permanência de um estado de coisas correspondente. Se expandirmos ‘p’ para a proposição: “*Existe pelo menos um objeto, que é uma bola e do qual vale que ele é vermelho*”, veremos que a verdade de ‘p’ e o ser-o-caso do correspondente estado de coisas ou circunstâncias não pode ser interpretado em analogia com a existência de um objeto. O sentido veritativo não pode ser confundido com a existência⁹. Caso contrário, seríamos induzidos, do mesmo modo que Frege, Husserl e mais tarde Popper, à interpretação platônica do significado, ou seja, estaríamos afirmando que os pensamentos, proposições ou estados de coisas contêm um ser ideal em si. Esses autores vêem-se movidos a completar simplesmente a arquitetônica da filosofia da consciência através de um terceiro mundo de configurações ideais atemporais, o qual se contrapõe ao mundo dos fenômenos localizáveis no espaço, seja o dos objetos e acontecimentos experimentáveis ou manipuláveis do mundo objetivo, seja o das vivências do mundo subjetivo, que implicam um acesso privilegiado.

No entanto, essa doutrina dos três mundos, elaborada pelos “platônicos do significado”, não é menos metafísica do que a “doutrina dos dois reinos” do idealismo subjetivo. Pois não soluciona o enigma da comunicação entre esses três mundos: Frege opina que o elemento “atemporal tem que estar entrelaçado de alguma maneira com o temporal”¹⁰. A partir do momento em que os significados e pensamentos foram hipostasiados em objetos idealmente existentes, as

9 Cf. TUGENDHAT, E. *Einführung in die sprachanalytische Philosophie*. Frankfurt a/M., 1976, 35ss.

10 FREGE (1966), 52.

relações entre os mundos colocam questões renitentes, com as quais a semântica formal se ocupou em vão durante décadas.

4

O *status* ideal que empresta aos pensamentos uma estrutura proposicional a salvo da corrente das vivências, garantindo aos conceitos e aos juízos conteúdos gerais, reconhecíveis intersubjetivamente e, deste modo, idênticos, sugere a idéia de verdade. Porém, a idealidade da *validade veritativa* não pode ser explicada nos mesmos termos que a idealidade da *generalidade do significado*, lançando mão apenas de invariâncias gramaticais, ou seja, da estrutura da linguagem em geral, que se configura através de regras. Ora, a semântica formal de Frege opera com um único conceito semântico de linguagem, que não focaliza os demais aspectos da utilização da linguagem, deixando-os entregues à análise empírica; por isso, ela não consegue explicar o sentido da verdade no horizonte da comunicação lingüística. Ao invés disso, ela recorre à relação ontológica entre linguagem e mundo, entre proposição e fato, ou entre pensamento e força de pensamento (como a capacidade subjetiva de produzir pensamentos e de avaliá-los). Contrapondo-se a essa linha, Ch. S. Peirce completou a guinada lingüística, incluindo na análise formal o uso da linguagem.

Peirce considera a comunicação e, em geral, a interpretação de sinais, como o nervo central das *performances* lingüísticas – Humboldt já pensara isso acerca do diálogo. E, ao tomar esse modelo da prática de entendimento, ele conseguiu explicar não somente o momento da formação dos conceitos, que funda a generalidade, mas também o momento da formação de juízos verdadeiros, que superam o tempo. No lugar do conceito bipolar de um mundo representado lingüisticamente, surge em Peirce o conceito tripolar da representação lingüística de algo para um possível intérprete¹¹. O mundo como síntese de possíveis fatos só se constitui para uma comunidade de interpretação, cujos membros se entendem entre si sobre algo no mundo, no interior de um mundo

11 HABERMAS, J. “Charles S. Peirce über Kommunikation”, in: *Id. Texte und Kontexte*. Frankfurt a/M., 1991 (b), 9-33.

da vida compartilhado intersubjetivamente. “Real” é o que pode ser representado em proposições verdadeiras, ao passo que “verdadeiro” pode ser explicado a partir da pretensão que é levantada por um em relação ao outro no momento em que assevera uma proposição. Com o sentido assertórico de sua afirmação, um falante levanta a pretensão, criticável, à validade da proposição proferida; e como ninguém dispõe diretamente de condições de validade que não sejam interpretadas, a “validade” (*Gültigkeit*) tem de ser entendida epistemicamente como “validade que se mostra para nós” (*Geltung*). A justificada pretensão de verdade de um proponente deve ser defensável, através de argumentos, contra objeções de possíveis oponentes e, no final, deve poder contar com um acordo racional da comunidade de interpretação em geral.

Todavia, não é suficiente a referência a qualquer tipo de comunidade de interpretação *particular*, instalada em formas de vida particulares. Mesmo que não possamos sair da esfera da linguagem e da argumentação e sejamos constrangidos a compreender a realidade como a totalidade daquilo que é representável através de proposições verdadeiras, na relação com a realidade não se pode perder o nexos com algo que independe de nós e que é, nesse sentido, transcendente. Qualquer pretensão de verdade leva falantes e ouvintes a transcenderem os padrões provincianos de qualquer coletividade, de qualquer prática de entendimento localizada aqui e agora. Por isso Peirce constrói uma espécie de transcendência a partir de dentro, servindo-se do conceito contra-factual “*final opinion*” de um consenso obtido sob condições ideais: “*The real, then, is that which, sooner or later, information and reasoning would finally result in, and which is therefore independent of the vagaries of me and you. Thus, the very origin of the conception of reality shows that this conception essentially involves the notion of a community, without definite limits, and capable of a definite increase of knowledge*”¹². Peirce entende a

verdade como aceitabilidade racional, isto é, como o resgate de uma pretensão de validade criticável sob as condições comunicacionais de um auditório de intérpretes alargado idealmente no espaço social e no tempo histórico.

5

Com essa explicação lingüístico-pragmática da idéia de verdade tocamos num ponto da relação entre facticidade e validade, constitutivo para a prática do entendimento e, nesta medida, relevante para a realidade da sociedade, a qual inclui a “*community of investigators*”, de Peirce, sendo mais elevada do que a realidade da natureza que é objetivada no agir instrumental ou na prática metódica das ciências. A idealidade da generalidade conceitual colocara-nos frente à tarefa de explicar, com o auxílio das regras da linguagem, o modo como significados idênticos podem manter-se em meio à variedade de suas respectivas realizações lingüísticas. Ao passo que a idealidade da validade veritativa nos confrontara com a tarefa de longo alcance, de explicar, com o auxílio das condições comunicativas da prática de argumentação, como as pretensões de validade, levantadas aqui e agora e voltadas ao reconhecimento ou aceitação, podem ir além dos *standards* para tomadas de posição em termos de sim/não, exercitadas em qualquer comunidade particular de intérpretes. Ora, esse momento transcendente, e somente ele, distingue as práticas de justificação orientadas por pretensões de verdade em relação a outras práticas, reguladas apenas por convenções sociais. Para Peirce, a referência a uma comunidade comunicativa *ilimitada* consegue substituir o caráter supratemporal da incondicionalidade pela idéia de um processo de interpretação aberto e voltado a um fim, o qual, partindo de uma existência finita, localizada no espaço social e no tempo histórico, transcende-o a partir de dentro. Ainda segundo Peirce, os processos de aprendizagem da comunidade comunicacional ilimitada devem formar no tempo o arco que sobrepuja todas as distâncias espaço-temporais; devem ser realizáveis no mundo as condições que supomos suficientemente preenchidas para a pretensão incondicional de pretensões de validade transcendentais. E pode ser tida como “suficiente” a medida de preenchimento que qualifica espa-

12 PEIRCE, Ch. *Collected Papers*. Vol. 5, 311; Cf. tb. APEL, K. O. *Der Denkweg von Charles S. Peirce*. Frankfurt a/M., 1975; MCCARTHY, J. E. “Semiotic, Idealism”, in: *Transactions of the Ch. S. Peirce Society*, Vol. 20, 1984, 395ss.

cial e temporalmente nossa respectiva prática de argumentação como parte do discurso inevitavelmente universal de uma comunidade de interpretação ilimitada. Tal *projeção* faz a tensão entre facticidade e validade imigrar para pressupostos comunicativos, os quais, apesar de seu conteúdo *ideal*, que só pode ser preenchido aproximativamente, têm de ser admitidos *factualmente* por todos os participantes, todas as vezes que desejarem afirmar ou contestar a verdade de uma proposição ou entrar numa argumentação para justificar tal pretensão de validade.

Dado o seu interesse numa transformação semiótica de questões da teoria do conhecimento e da teoria da ciência, Peirce tinha em mente a prática de argumentação de uma república de eruditos. Ora, o que é válido para o entendimento no âmbito da comunidade comunicativa dos pesquisadores, vale também, *mutatis mutandis*, para as comunicações do dia-a-dia. Pois a teoria dos atos de fala mostra que a prática comunicativa cotidiana possui estruturas e pressupostos semelhantes. Aqui também os participantes entendem-se entre si sobre algo no mundo, ao pretenderem validade para suas expressões. Mesmo que, na prática cotidiana, a linguagem não seja utilizada exclusivamente em sua função representadora, como nos processos de pesquisa dirigidos pela argumentação, pois nela entram em jogo *todas* as funções da linguagem e todas as relações com o mundo, de tal modo que o espectro das pretensões de validade se alarga, ultrapassando o das pretensões de verdade. Além disso, essas pretensões de validade, que incluem – além de pretensões assertóricas – pretensões à veracidade subjetiva e à correção normativa, são colocadas de modo ingênuo, portanto, *intentione recta*, mesmo que permaneçam referidas implicitamente à possibilidade de um resgate discursivo.

O modo como esse espectro alargado de validade está situado no mundo da vida impõe uma generalização do conceito peirceano da comunidade de comunicação ilimitada e da busca cooperativa da verdade entre cientistas: A tensão entre facticidade e validade, que Peirce descobriu nos pressupostos ineludíveis da argumentação que permeia a prática científica, pode ser detectada também nos pressupostos de diferentes tipos de argumentação e, inclusive,

nos pressupostos pragmáticos dos atos de fala singulares e dos contextos interacionais por eles conectados¹³.

II. Transcendência a partir de dentro: a superação do risco de dissenso a nível arcaico e do mundo da vida.

Pouco importa o modo como nos posicionamos em relação aos detalhes dessa concepção controversa e ainda carente de um melhor esclarecimento. O fato é que, ao explicarmos o significado de expressões lingüísticas e a validade de proposições assertóricas, tocamos em idealizações ligadas ao *medium* da linguagem: a idealidade da generalidade do conceito e do significado é acessível a uma análise pragmática da linguagem utilizada para o entendimento. Tais idealizações embutidas na linguagem podem assumir, além disso, um significado relevante para a *teoria da ação*, caso as forças de ligação ilocucionárias de atos de fala venham a ser utilizadas para a coordenação de planos de ação de diferentes atores. O conceito “agir comunicativo”, que leva em conta o entendimento lingüístico como mecanismo de coordenação da ação, faz com que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção e a manutenção de ordens sociais: pois estas *mantêm-se* no modo do reconhecimento de pretensões de validade normativas. Isso significa que a tensão entre facticidade e validade, embutida na linguagem e no uso da linguagem, retorna no modo de integração de indivíduos socializados – ao menos de indivíduos socializados comunicativamente – devendo ser trabalhada pelos participantes. Veremos mais adiante que essa tensão é estabilizada de modo peculiar na integração social realizada por intermédio do direito positivo.

13 HABERMAS, J. “Zur Kritik der Bedeutungstheorie”, in: *Id. Nachmetaphysisches Denken*. Frankfurt a/M., 1988, 105ss.; cf. WELLMER A. “Konsens als Telos sprachlicher Kommunikation?”, in: GIEGEL H. J. (Ed.) *Kommunikation und Konsens in modernen Gesellschaften*. Frankfurt a/M., 1992, 18-20.

Toda integração social não violenta pode ser entendida como a solução do seguinte problema: como é possível coordenar entre si os planos de ação de vários atores, de tal modo que as ações de um partido possam ser “engatadas” nas do outro? Tal engate contínuo reduz o jogo das possibilidades de escolha, duplamente contingentes, a uma medida que possibilita o entrelaçamento menos conflituoso possível de intenções e ações, portanto o surgimento de padrões de comportamento e da ordem social em geral. Enquanto a linguagem é utilizada apenas como *medium* para a transmissão de informações e redundâncias, a coordenação da ação passa através da influência recíproca de atores que agem uns sobre os outros de modo funcional. Tão logo, porém, as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social. É nisso que consiste o “agir comunicativo”. Neste caso os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento, portanto pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários. Quando os participantes suspendem o enfoque objetivador de um observador e de um agente interessado imediatamente no próprio sucesso e passam a adotar o enfoque performativo de um falante que deseja *entender-se* com uma segunda pessoa sobre algo no mundo, as energias de ligação da linguagem podem ser mobilizadas para a coordenação de planos de ação. Sob essa condição, ofertas de atos de fala podem visar um efeito coordenador na ação, pois da resposta afirmativa do destinatário a uma oferta séria resultam obrigações que se tornam relevantes para as conseqüências da interação.

No uso da linguagem orientada pelo entendimento, ao qual o agir comunicativo está referido, os participantes unem-se em torno da pretensa validade de suas ações de fala, ou constatarem dissensos, os quais eles, de comum acordo, levarão em conta no decorrer da ação. Em qualquer ação de fala são levantadas pretensões de validade criticáveis, que apontam para o reconhecimento intersub-

jetivo. A oferta de um ato de fala adquire eficácia para a coordenação, porque o falante, com sua pretensão de validade, assume *uno actu* uma garantia suficiente e digna de fé, de que a pretensão levantada poderá eventualmente ser resgatada através de razões adequadas. Entretanto, as pretensões de validade incondicionais e ideais ultrapassam todos os padrões regionais exercitados e aceitos num determinado local; isso faz com que a supracitada tensão ideal imigre para a facticidade do mundo da vida, que Peirce analisou tomando como exemplo o valor de verdade das proposições científicas. A idéia da resgatabilidade de pretensões de validade criticáveis impõe idealizações, produzidas pelas pessoas que agem comunicativamente; com isso, elas são arrancadas do céu transcendental e trazidas para o chão do mundo da vida. A teoria do agir comunicativo destranscendentaliza o reino do inteligível, porém com o único intuito de aninhar a força idealizadora de antecipações transcendentais nos pressupostos pragmáticos inevitáveis dos atos de fala, portanto no coração da prática comunicativa cotidiana - a força que Peirce comprovou existir nas formas de comunicação da prática de argumentação científica, as quais de certa forma escapam ao dia-a-dia. O fato de se tratar de ofertas de atos de fala fugidios ou de tomadas de posição em termos de sim/não convencionais não muda nada: eles sempre *apontam* para razões potenciais e, deste modo, para o auditório da comunidade de interpretação ilimitada, idealmente alargado, o qual elas teriam que iluminar para poderem ser justificadas, ou seja, aceitáveis racionalmente.

Fizemos uma distinção entre a idealidade da generalidade dos conceitos e dos significados e a idealidade dos conceitos de validade. Tais aspectos podem ser clarificados, de um lado, com o auxílio da estrutura de regras da linguagem em geral e, de outro lado, lançando mão dos pressupostos do uso da linguagem orientada pelo entendimento. Ambos os níveis de idealização estão embutidos na própria comunicação lingüística, intervindo na constituição da realidade social de interações interligadas, que se

irradiam no espaço e no tempo, seguindo o caminho do agir comunicativo. A idealidade da generalidade do significado marca os contextos do agir comunicativo na medida em que os participantes não conseguem formular a intenção de entender-se entre si sobre algo no mundo, nem atribuir às expressões utilizadas significados idênticos, caso lhes seja vedado apoiar-se numa linguagem comum (ou traduzível). E os mal-entendidos só podem ser descobertos como tais, quando esta condição estiver preenchida. A suposição da utilização de expressões lingüísticas com significado idêntico pode às vezes parecer errônea na perspectiva de um observador, e, inclusive, parecerá sempre errônea à luz do microscópio dos etnometodólogos; entretanto, tal pressuposto é necessário, ao menos contrafactualmente, para todo o uso da linguagem orientada pelo entendimento.

Qualquer sociologia deseiosa de ter acesso ao seu campo de objetos, passando pela compreensão hermenêutica do sentido, tem que levar em conta essa tensão entre facticidade e validade. Tal circunstância, porém, não deve afetar sua auto-compreensão experimental convencional, uma vez que ela pode atribuir aos *próprios* sujeitos que agem comunicativamente a capacidade normal de superar estorvos de comunicação resultantes de simples mal-entendidos. Ora, mal-entendidos desmentem toscamente idealizações necessárias. Algo semelhante vale para uma outra suposição inevitável no agir comunicativo e igualmente idealizadora. Os participantes da interação têm que atribuir-se reciprocamente a consciência de seus atos, ou seja, têm que supor que eles são capazes de orientar seu agir por pretensões de validade. A partir do momento em que essa expectativa de racionalidade se revela falsa, os participantes – bem como os observadores sociológicos enquanto virtuais participantes – passam do enfoque performativo para o objetivador.

Entretanto, um outro grupo de problemas se coloca quando passamos a considerar os pressupostos pretensiosos e contrafáticos do agir comunicativo, que devem assegurar às pretensões de validade o caráter de incondicionalidade. Esse *segundo nível de idealização* determina, inclusive, a constituição da realidade social, de tal modo que todo acordo obtido comunicativamente

e que torna possível a coordenação de ações, bem como a estrutura complexa de interações e a interligação de *seqüências* de ações, mede-se pelo reconhecimento intersubjetivo de pretensões criticáveis, conferindo destarte uma função-chave ao funcionamento dos jogos de linguagem cotidianos e às tomadas de posição em termos de sim/não, que se apoiam numa dupla negação. Tais tomadas de posição carregam os fatos sociais, criados por elas, com uma tensão ideal, pois reagem a pretensões de validade, as quais, para serem justificadas, pressupõem o assentimento de um auditório idealmente ampliado. A validade pretendida para enunciados e normas (também para frases que expressam vivências) transcende, de acordo com seu sentido, os espaços e tempos, ao passo que a pretensão atual é levantada sempre aqui e agora, no interior de determinados contextos, sendo aceita ou rejeitada – o que acarreta conseqüências para a ação, gerando fatos. A *validade* pretendida por nossos proferimentos e pelas práticas de nossa justificativa distingue-se da validade social dos *standards* exercitados factualmente, das expectativas estabilizadas através da ameaça de sanções ou do simples costume. O momento ideal de incondicionalidade está enraizado nos processos de entendimento factuais, porque as pretensões de validade põem à mostra a dupla face de Jano: enquanto pretensões, elas ultrapassam qualquer contexto; no entanto, elas têm que ser colocadas e aceitas aqui e agora, caso contrário não poderão ser portadoras de um acordo capaz de coordenar a ação – pois não existe para isso um contexto zero. A universalidade da aceitabilidade racional asserida explode todos os contextos; entretanto, somente a aceitação obrigatória *in loco* pode fazer das pretensões de validade trilhos para uma prática cotidiana ligada ao contexto.

Uma sociologia hermenêutica, ciente de que essa segunda tensão radical entre facticidade e validade está enraizada em seu universo de objetos, vê-se obrigada a rever sua autocompreensão científica convencional e a considerar-se como uma ciência social que procede reconstrutivamente. Impõe-se uma intervenção reconstrutiva, a fim de explicar o modo de surgimento da integração social que depende das condições de uma socialização instável, que opera com suposições contrafactuais, permanentemente ameaçadas.

O primeiro passo reconstrutivo das condições da integração social nos leva ao conceito *mundo da vida*. O ponto de referência é dado pelo problema: como é possível surgir ordem social a partir de processos de formação de consenso que se encontram ameaçados por uma tensão explosiva entre facticidade e validade? No caso do agir comunicativo, a dupla contingência, a ser absorvida por qualquer formação de interação, assume a forma especialmente precária de um risco de dissenso, sempre presente, embutido no próprio mecanismo de entendimento, ainda mais que todo dissenso acarreta elevados custos para a coordenação da ação. Normalmente há poucas alternativas à disposição, as quais podem se resumir a simples consertos, à desconsideração de pretensões controversas – atitude que faria encolher o campo das convicções compartilhadas – à passagem para discursos mais pretensivos, cujo término é imprevisível e cujos efeitos de problematização são perturbadores, à quebra da comunicação e saída de campo ou, finalmente, à mudança para o agir estratégico, orientado para o sucesso de cada um. A motivação racional para o acordo, que se apóia sobre o “poder dizer não”, tem certamente a vantagem de uma estabilização *não-violenta* de expectativas de comportamento. Todavia, o alto risco de dissenso, alimentado a cada passo através de experiências, portanto através de contingências repletas de surpresas, tornaria a integração social através do uso da linguagem orientado pelo entendimento inteiramente implausível, se o agir comunicativo não estivesse embutido em contextos do mundo da vida, os quais fornecem apoio através de um maciço pano de fundo consensual. Os entendimentos explícitos movem-se, de si mesmos, no horizonte de convicções comuns não-problemáticas; ao mesmo tempo, eles se alimentam das fontes daquilo que *sempre foi familiar*. Na prática do dia-a-dia, a inquietação ininterrupta através da experiência e da contradição, da contingência e da crítica, bate de encontro a uma rocha ampla e inamovível de lealdades, habilidades e padrões de interpretação consentidos.

Não há necessidade de expor aqui a análise pragmático-formal deste mundo da vida, tampouco o lugar teórico do agir

comunicativo, situado entre discurso e mundo da vida. O mundo da vida forma o horizonte para situações de fala e constitui, ao mesmo tempo, a fonte das interpretações, reproduzindo-se somente através de ações comunicativas¹⁴. O saber que constitui o pano de fundo do mundo da vida revela um aspecto que chama minha atenção: é o caráter pré-predicativo e pré-categorial, que já despertara a curiosidade de Husserl, que fala num fundamento “esquecido” do sentido da prática cotidiana e da experiência do mundo¹⁵.

Durante o agir comunicativo o mundo da vida nos envolve no modo de uma certeza imediata, a partir da qual nós vivemos e falamos diretamente. Essa presença do pano de fundo do agir comunicativo, latente e imperceptível, que tudo perpassa, pode ser descrita como uma forma condensada e, mesmo assim, deficiente, de saber e de poder. De um lado, nós nos servimos inadvertidamente deste saber, isto é, sem saber *que* nós o possuímos reflexivamente. O que empresta ao saber que serve de pano de fundo uma certeza absoluta e lhe confere subjetivamente a qualidade de um saber condensado? De um ponto de vista objetivo, é a qualidade que falta ao saber objetivo: nós nos utilizamos desse tipo de saber sem ter a consciência de que ele pode ser falso. Ele não representa um saber em sentido estrito, pois não é falível nem falsificável enquanto tal. Falta-lhe o nexos interno com a possibilidade de vir a ser problematizado, pois ele só entra em contato com pretensões de validade criticáveis no instante em que é proferido e, nesse momento da tematização, ele *se decompõe* enquanto pano de fundo do mundo da vida. Entretanto, há algo que lhe confere uma surpreendente estabilidade, imunizando-o contra a pressão de experiências geradoras de contingência: é o curioso *nivelamento da tensão entre facticidade e validade*: na própria dimensão da validade é extinto o momento contrafactual de uma idealização, a qual ultrapassa respec-

14 HABERMAS, J. (1981), vol. 2, 182-232; *Id.* “Handlungen, Sprechakte, sprachlich vermittelte Interaktionen und Lebenswelt”, in: *Id.*, (1988), 63-104.

15 *Id.* “E. Husserl über Lebenswelt, Philosophie und Wissenschaft”, in: *Id.* (1991b), 34-43.

tivamente o que é factual e que poderia propiciar um confronto decepcionante com a realidade; ao mesmo tempo permanece intacta a dimensão da qual o saber implícito extrai a força de convicções.

4

Em instituições arcaicas, que se apresentam com uma pretensão de autoridade aparentemente inatacável, pode-se detectar uma fusão semelhante entre facticidade e validade no nível do saber disponível tematicamente, portanto do saber que já passou pelo agir comunicativo, porém numa figura inteiramente diferente, a qual também estabiliza expectativas de comportamento. Em instituições de sociedades tribais protegidas por tabus, as expectativas cognitivas e normativas solidificam-se, formando um complexo indiviso de convicções, que se liga a motivos e orientações axiológicas. A autoridade de instituições detentoras de poder atinge os que agem *no interior* de seu mundo vital social. A partir daí, este não é mais descrito na perspectiva pragmático-formal do participante, como saber que serve de pano de fundo, uma vez que é objetivado na perspectiva do sociólogo observador. O mundo da vida, do qual as instituições são uma parte, manifesta-se como um complexo de tradições entrelaçadas, de ordens legítimas e de identidades pessoais - tudo reproduzido pelo agir comunicativo.

A teoria antropológica das instituições, de Arnold Gehlen, focaliza o fenômeno de um consenso normativo originário, que pode ser diferenciado analiticamente das certezas do mundo da vida. Pois esse acordo refere-se especialmente a expectativas de comportamento, as quais, apesar de estarem amarradas profundamente a instituições, podem ser transmitidas e exercitadas culturalmente como saber explícito¹⁶. O jogo de narrativas míticas e de ações rituais pode mostrar por que esse saber só pode ser tematizado com reservas. Restrições à comunicação, determinadas cerimonialmente, protegem contra problematizações a validade autoritária dos conteúdos descritivos, valo-

16 GEHLEN, A. *Der Mensch*. Bonn, 1950; *Id. Urmensch und Spätkultur*. Bonn, 1956.

rativos e expressivos que se entrelaçam formando uma síndrome. O complexo cristalizado de convicções afirma um tipo de validade revestida com o poder do factual. De sorte que a *fusão entre facticidade e validade* não se realiza no modo de uma familiaridade originária, através de certezas portadoras, que de certa forma carregamos nas costas na forma de mundo da vida, mas no modo de uma autoridade ambivalente que *vem ao nosso encontro* de forma impositiva. Durkheim elaborou a ambivalência desse modo de validade, tomando como base o *status* de objetos sagrados, os quais imprimem nos que os contemplam um sentimento que é um misto de entusiasmo e medo, e que provocam ao mesmo tempo veneração e pavor¹⁷. A experiência estética permite que ainda hoje tenhamos acesso a essa simbiose de afetos conflitantes; no choque desencadeado surrealisticamente e descrito por autores tais como Bataille e Leiris, ela é domesticada e colocada no quadro da reprodutibilidade¹⁸.

O fascínio despertado por instituições detentoras do poder, que ao mesmo tempo atrai e repele, revela a fusão de dois momentos aparentemente incompatíveis. A ameaça de um poder vingador e a força de convicções aglutinadoras não somente coexistem, como também nascem da mesma fonte mística. As sanções impostas pelos homens são secundárias: elas apenas vingam transgressões contra uma autoridade *cogente e obrigatória* que vem antes delas. Dela as sanções sociais extraem, por assim dizer, o seu significado ritual. Parece que a integração de coletividades sociais através de um agir que se orienta por pretensões de validade só foi assegurada a partir do momento em que o risco de dissenso pôde ser interceptado *na própria dimensão de validade*. Ainda hoje em dia nossas reações, profundamente arraigadas, em relação ao tabu do incesto, fazem lembrar que, nos domínios nucleares de sociedades organizadas pelo parentesco, a estabilidade de expectativas de comportamento teve que ser garantida através de convicções apoiadas numa autoridade "*fascinosa*", ao mesmo tempo intimi-

17 HABERMAS, J. (1981), vol. 2, 79ss.

18 BENJAMIN, W. *Der Surrealismus, Gesammelte Schriften*. II, 3, 295ss.

dante e atrativa, e isso *sob* o umbral no qual a coação sancionadora se separa irreversivelmente da coação sublimada em força de convicção oriunda de razões evidentes.

Aquém desse umbral, a validade mantém a força do fático, seja na figura de certezas do mundo da vida, subtraídas à comunicação, por permanecerem em segundo plano, seja na figura de convicções disponíveis comunicativamente, as quais dirigem o comportamento, porém sob os limites impostos à comunicação por uma autoridade fascinosa, ficando, pois, subtraídas à problematização.

5

Para chegar à categoria do direito é necessário um terceiro passo reconstrutivo. A introdução do agir comunicativo em contextos do mundo da vida e a regulamentação do comportamento através de instituições originárias podem explicar como é possível a integração social em grupos pequenos e relativamente indiferenciados, na base improvável de processos de entendimento em geral. É certo que os espaços para o risco do dissenso embutido em tomadas de posição em termos de sim/não em relação a pretensões de validade criticáveis crescem no decorrer da evolução social. Quanto maior for a complexidade da sociedade e quanto mais se ampliar a perspectiva restringida etnocentricamente, tanto maior será a pluralização de formas de vida e a individualização de histórias de vida, as quais inibem as zonas de sobreposição ou de convergência de convicções que se encontram na base do mundo da vida; e, na medida de seu desencantamento, decompõem-se os complexos de convicções sacralizadas em aspectos de validade diferenciados, formando os conteúdos mais ou menos tematizáveis de uma tradição diluída comunicativamente. Antes de tudo, porém, os processos da diferenciação *social* impõem uma multiplicação de tarefas funcionalmente especificadas, de papéis sociais e de interesses, que liberam o agir comunicativo das amarras institucionais estreitamente circunscritas, ampliando os espaços de opção, o que implica uma intensificação das esferas do agir orientado pelo interesse do sucesso individual.

Esse breve esboço é suficiente para levantar o *problema* típico de sociedades modernas: como estabilizar, na perspectiva dos próprios atores, a validade de uma ordem social, na qual ações comunicativas tornam-se autônomas e claramente distintas de interações estratégicas? Naturalmente o quadro de uma ordem normativa sempre comportou um agir orientado por interesses. Em sociedades organizadas em forma de Estado, a ordem normativa natural é reformulada em normas do direito. Entretanto, em sociedades tradicionais, o próprio direito ainda se alimenta da força do sagrado religiosamente sublimado. Na fusão sacral entre facticidade e validade se enraíza, por exemplo, a hierarquia de leis, da tradição jurídica européia, segundo a qual o direito estabelecido pelo governante permanece *subordinado* ao direito natural cristão, administrado eclesiasticamente.

Nas páginas seguintes vou tomar como ponto de partida a situação de uma sociedade profanizada onde as ordens normativas têm que ser mantidas sem garantias meta-sociais. E as certezas do mundo da vida, já pluralizadas e cada vez mais diferenciadas, não fornecem uma compensação suficiente para esse *déficit*. Por isso, o fardo da integração social se transfere cada vez mais para as realizações de entendimento de atores para os quais a facticidade (coação de sanções exteriores) e a validade (força ligadora de convicções racionalmente motivadas) são incompatíveis, ao menos fora dos domínios de ação regulados pela tradição e pelos costumes. Se for verdade, como eu penso, seguindo Durkheim e Parsons, que complexos de interação não se estabilizam apenas através da influência recíproca de atores orientados pelo sucesso, então a sociedade tem que ser integrada, *em última instância*, através do agir comunicativo¹⁹.

19 O conceito elementar “agir comunicativo” explica como é possível surgir integração social através das energias aglutinantes de uma linguagem compartilhada intersubjetivamente. Esta impõe limitações pragmáticas aos sujeitos desejosos de utilizar essas forças da linguagem, obrigando-os a sair do egocentrismo e a se colocar sob os critérios públicos da racionalidade do entendimento. Nesta ótica, a sociedade se apresenta como um mundo da vida

Em tal situação, agudiza-se o seguinte problema: como integrar socialmente mundos da vida em si mesmos pluralizados e profanizados, uma vez que cresce simultaneamente o risco de dissenso nos domínios do agir comunicativo desligado de autoridades sagradas e de instituições fortes? Após a descrição dessa cena, parece que a necessidade crescente de integração, nas modernas sociedades econômicas, sobrecarrega a capacidade de integração do mecanismo de entendimento disponível, quando uma quantidade crescente de interações estratégicas, imprescindíveis para a estrutura social, são liberadas²⁰. Num caso de conflito, os que agem comunicativamente encontram-se perante a alternativa de suspenderem a comunicação ou de agirem estrategicamente - de protelarem ou de tentarem decidir um conflito não solucionado. Parece haver uma saída através da *regulamentação normativa de interações estratégicas*, sobre as quais os próprios atores se *entendem*. A natureza paradoxal de tais regras pode revelar-se à luz da premissa, segundo a qual a facticidade e validade se separaram, na perspectiva dos próprios sujeitos agentes, formando duas dimensões mutuamente excludentes. Para atores orientados pelo sucesso todos os componentes da situação transformam-se

estruturado simbolicamente, que se reproduz através do agir comunicativo. Isso não impede o surgimento de interações estratégicas no mundo da vida. Essas, porém, não têm o mesmo caráter das de Hobbes ou da teoria do jogo: elas não são mais entendidas como o mecanismo para a *produção* de uma ordem instrumental. Interações estratégicas têm o seu lugar num mundo da vida enquanto pré-constituído em outro lugar. Mesmo assim, o que age estrategicamente mantém o mundo da vida como um pano de fundo; porém neutraliza-o em sua função de coordenação da ação. Ele não fornece mais um adiantamento de consenso, porque o que age estrategicamente vê os dados institucionais e os outros participantes da interação apenas como fatos sociais. No enfoque objetivador, um observador não consegue entender-se com eles como se fossem segundas pessoas.

20 As objeções que se fazem contra a teoria do agir comunicativo normalmente desconhecem essa premissa; cf. GIEGEL H. J. *Einleitung zu Giegel* (1992), 7-17.

em fatos, que eles valorizam à luz de suas próprias preferências, ao passo que os que agem orientados pelo entendimento dependem de uma compreensão da situação, negociada em comum, passando a interpretar fatos relevantes à luz de pretensões de validade reconhecidas intersubjetivamente. Entretanto, sempre que a orientação pelo sucesso e a orientação pelo entendimento chegam a formar uma alternativa completa aos olhos dos sujeitos agentes, a regulamentação intersubjetivamente obrigatória de interações estratégicas precisa fazer jus a duas condições contraditórias, as quais não podem ser preenchidas simultaneamente na ótica dos atores. Tais regras representam, de um lado, delimitações factuais que modificam de tal forma o leque de dados, que o ator, no enfoque de alguém que age estrategicamente, sente-se obrigado a adaptar objetivamente seu comportamento à linha desejada; de outro lado, elas precisam desenvolver, ao mesmo tempo, uma força social integradora, na medida em que elas impõem obrigações aos destinatários, o que só é possível, segundo nosso pressuposto, na base de pretensões de validade normativas reconhecidas intersubjetivamente.

Nesta linha, a coerção fática e a validade legítima deveriam assegurar ao tipo procurado de normas a disposição em segui-las. Normas desse tipo devem apresentar-se com uma autoridade capaz de revestir a validade com a força do fático, porém desta vez sob a condição da polarização que já se estabeleceu entre agir orientado pelo sucesso e agir orientado pelo entendimento e, deste modo, sob a condição de uma incompatibilidade *percebida* entre facticidade e validade. Partimos do fato de que as garantias meta-sociais do sagrado caíram, as quais tinham tornado possível a força de ligação ambivalente de instituições arcaicas e, assim, uma ligação entre facticidade e validade, na própria dimensão da validade. Encontramos a solução desse enigma no sistema de direitos que provê as liberdades subjetivas de ação com a coação do direito objetivo. Do ponto de vista histórico, os direitos subjetivos privados, que foram talhados para a busca estratégica de interesses privados e que configuram espaços legítimos para as liberdades de ação individuais, constituem o núcleo do direito moderno.

III. Dimensões da validade do direito.

Desde a época de Hobbes, as regras do direito privado, apoiadas na liberdade de contratos e na propriedade, valem como protótipo para o direito em geral. Ao formular sua doutrina do direito, Kant tomara como ponto de partida direitos naturais subjetivos, que concediam a cada pessoa o direito de usar a força quando suas liberdades subjetivas de ação, juridicamente asseguradas, fossem feridas. Quando o direito positivo sucedeu ao natural, momento em que todos os meios legítimos de usar a força passaram a ser monopolizados pelo Estado, esses direitos de usar a força transformaram-se em autorizações para iniciar uma ação judicial. Ao mesmo tempo, os direitos privados subjetivos foram complementados, através de direitos de defesa estruturalmente homólogos, contra o próprio poder do Estado. Esses direitos de defesa protegiam as pessoas privadas contra interferências ilegais do aparelho do Estado na vida, liberdade e propriedade. Em nosso contexto interessa, em primeiro lugar, o *conceito de legalidade*, do qual Kant se serve para esclarecer o modo complexo de validade do direito em geral, tomando como ponto de partida os direitos subjetivos. Na dimensão da validade do direito, a facticidade interliga-se, mais uma vez, com a validade, porém não chega a formar um amálgama indissolúvel – como nas certezas do mundo da vida ou na autoridade dominante de instituições fortes, subtraídas a qualquer discussão. No modo de validade do direito, a facticidade da *imposição* do direito pelo Estado interliga-se com a força de um processo de *normatização* do direito, que tem a pretensão de ser racional, por garantir a liberdade e fundar a legitimidade. A tensão entre esses momentos, que permanecem distintos, é intensificada e, ao mesmo tempo, operacionalizada, em proveito do comportamento.

1

Para Kant, a relação entre facticidade e validade, estabilizada na validade jurídica, apresenta-se como uma relação interna entre coer-

ção e liberdade, fundada pelo direito. De si mesmo, o direito está ligado à autorização para o uso da coerção; no entanto esse uso só se justifica quando “elimina empecilhos à liberdade”, portanto, quando se opõe a abusos na liberdade de cada um. Essa “relação interna entre o poder geral e recíproco de usar a força e a liberdade de cada um” se manifesta na pretensão de validade do direito²¹. Regras do direito estatuem condições do uso da coerção “sob as quais o arbítrio de uma pessoa pode ser ligado ao arbítrio de outra, segundo uma lei geral da liberdade”²². De um lado, é possível extorquir a legalidade do comportamento como “a simples conformidade de uma ação com a lei”²³; por isso os sujeitos devem poder obedecer à lei por razões não apenas morais. Basta que os destinatários percebam que as “condições do uso da força” configuram apenas uma *ocasião* para um comportamento conforme a normas; pois razões analíticas impedem que um agir por dever, isto é, a obediência ao direito por motivos morais, possa ser imposto com o uso da coerção. De outro lado, porém, a integração social, ou seja, a “associação” do arbítrio de cada um com o arbítrio de todos os outros, só é possível sob o ponto de vista moral e na base de regras normativamente válidas, *merecedoras* do reconhecimento não coagido e racionalmente motivado de seus destinatários – “segundo uma lei geral da liberdade”. Embora pretensões de direito estejam ligadas a autorizações de coerção, elas também podem ser seguidas, a qualquer momento, por “respeito à lei”, isto é, levando em conta sua pretensão de validade normativa²⁴. O paradoxo das regras de ação, que exigem apenas um comportamento objetivamente conforme a normas, sem levar em conta a possibilidade de seu reconhecimento moral, se resolve com o auxílio do conceito kantiano da legalidade: normas do direito são, ao mesmo tempo e sob aspectos diferentes, leis da coerção e leis da liberdade.

21 KANT, I. *Einleitung in die Rechtslehre. Werke* (Weischedel) vol. IV, 338s.

22 *Ibid.*, 337.

23 *Ibid.*, 324.

24 *Ibid.*, 510s.

O duplo aspecto da validade do direito, que nós tentamos esclarecer com o auxílio de conceitos da doutrina kantiana do direito, também pode ser ventilado na perspectiva da teoria da ação. A coerção e a liberdade, que são os dois componentes da validade do direito, põem à disposição dos destinatários a escolha da perspectiva do ator. Para um modo de ver empírico, a validade do direito positivo é determinada, antes de tudo e tautologicamente, pelo fato de que só vale como direito aquilo que obtém força de direito através de procedimentos juridicamente válidos – e que provisoriamente mantêm força de direito, apesar da possibilidade de derrogação, dada no direito. Porém, o sentido desta validade do direito somente se explica através da referência simultânea à sua validade social ou fática (*Geltung*) e à sua validade ou legitimidade (*Gültigkeit*)²⁵. A validade social de normas do direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. Ao contrário da validade convencional dos usos e costumes, o direito normatizado não se apóia sobre a facticidade de formas de vida consuetudinárias e tradicionais, e sim sobre a *facticidade artificial* da ameaça de sanções definidas conforme o direito e que podem ser impostas pelo tribunal. Ao passo que a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais. A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se. Ao contrário, tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade, e esta fé, por sua vez, apóia-se na suposição da legitimidade, isto é, na fundamentabilidade das respectivas normas. Outros fatores, tais como, por exemplo, a intimidação, o poder das circunstâncias, os usos e o mero costume, precisam estabilizar uma ordem jurídica substitutiva, e

25 DREIER, R. "Recht und Moral", in: *Id. Recht – Moral -Ideologie*. Frankfurt a/M. 1981, 180ss, aqui 194ss.

isto se torna tanto mais imperioso, quanto mais fraca for sua legitimidade.

Em geral, o sistema jurídico global possui um grau maior de legitimidade do que normas jurídicas singulares. Dreier estatui a seguinte condição necessária para a validade jurídica de um sistema de direitos: "*em primeiro lugar, ele precisa ter eficácia na sociedade e, em segundo, tem que ser justificado eticamente; ao passo que a validade jurídica de normas particulares depende de uma legalização conforme a uma constituição que satisfaça aos critérios apresentados; além disso, essas normas jurídicas devem revelar por si mesmas um mínimo de eficácia social ou chance de eficácia, bem como um mínimo de justificativa ética, ou seja, capacidade de justificativa*"²⁶.

Por referir-se tanto à facticidade da validade social, que se mede pela obediência geral às normas, quanto à legitimidade da pretensão ao reconhecimento normativo, o direito permite aos membros da comunidade jurídica escolherem entre dois enfoques distintos em relação à mesma norma: objetivador ou performativo, podendo adotar modos de ler correspondentes a cada um dos enfoques. Para o "arbitrio" de um ator que se orienta pelo sucesso próprio, a regra constitui um empecilho fático na expectativa da imposição do mandamento jurídico – com conseqüências previsíveis, no caso de uma transgressão da norma. Quando, porém, um ator deseja entender-se com outros atores sobre condições a serem preenchidas em comum para que tenha sucesso em suas ações, a regra amarra a sua "vontade livre" através de uma pretensão de validade deontológica. O fato de esta perspectiva ficar aberta não significa necessariamente uma fusão de momentos, pois, na perspectiva do ator, eles *continuam* irreconciliáveis. Ao variar a perspectiva escolhida, a norma jurídica forma um outro tipo de componente da situação: para o que age estrategicamente, ela se encontra no nível de fatos sociais que limitam externamente o seu espaço de opções; para o que age comunicativamente, porém, ela se situa no nível de expectativas obrigatórias de com-

26 *Id.* (1981), 198. Dreier emprega a expressão "ética" no sentido de "moral".

portamento, em relação às quais se supõe um acordo racionalmente motivado entre parceiros jurídicos. Por isso, o ator poderá atribuir a uma prescrição juridicamente válida o *status* de um fato com conseqüências prognosticáveis ou a obrigatoriedade deontológica de uma expectativa normativa de comportamento. O curioso é que a validade jurídica de uma norma significa apenas que está garantida, de um lado, a legalidade do comportamento em geral, no sentido de uma obediência à norma, a qual pode, em certas circunstâncias, ser imposta por meio de sanções e, de outro lado, a legitimidade da própria regra, que torna possível em qualquer momento uma obediência à norma por respeito à lei.

Pode-se vislumbrar, nos direitos privados subjetivos, a dupla perspectiva na qual o ator vê as leis da coerção e as da liberdade. Ao liberar os motivos do comportamento dirigido por normas, essas regras toleram, por assim dizer, um enfoque estratégico do ator em relação a certas normas. Como partes integrantes de uma ordem jurídica legítima em seu todo, elas se erguem ao mesmo tempo com uma pretensão de validade normativa, baseada num reconhecimento racionalmente motivado, que *requer* do destinatário obediência ao direito pelo motivo não-coercitivo do dever. Tal sugestão significa que a ordem jurídica deve tornar *possível* a qualquer momento a obediência às suas regras por respeito à lei. Esta análise do modo de validade do direito obrigatório traz conseqüências para a normatização jurídica, pois revela que o direito positivo tem que legitimar-se.

Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que “a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos”. As leis morais preenchem esta condição *per se*; no caso das regras do direito positivo, no entanto, essa condição precisa ser preenchida pelo legislador político. No sistema jurídico, o processo da legislação constitui, pois, o lugar propriamente dito da integração social. Por isso, temos que supor que os participantes do processo de legislação saem do papel de sujeitos privados do

direito e assumem, através de seu papel de cidadãos, a perspectiva de membros de uma comunidade jurídica livremente associada, na qual um acordo sobre os princípios normativos da regulamentação da convivência já está assegurado através da tradição ou pode ser conseguido através de um entendimento segundo regras reconhecidas normativamente. Essa união característica entre coerção fática e validade da legitimidade, que tentamos esclarecer através do direito subjetivo à assunção estratégica de interesses próprios, exige um processo de legislação no qual os cidadãos devem poder participar na condição de sujeitos do direito que agem orientados não apenas pelo sucesso. Na medida em que os direitos de comunicação e de participação política são constitutivos para um processo de legislação eficiente do ponto de vista da legitimação, esses direitos subjetivos não podem ser tidos *como* os de sujeitos jurídicos privados e isolados: eles têm que ser apreendidos no enfoque de participantes orientados pelo entendimento, que se encontram numa prática intersubjetiva de entendimento. É por isso que o conceito do direito moderno – que intensifica e, ao mesmo tempo, operacionaliza a tensão entre facticidade e validade na área do comportamento – absorve o *pensamento democrático*, desenvolvido por Kant e Rousseau, segundo o qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da “vontade unida e coincidente de todos” os cidadãos livres e iguais.

A idéia da autonomia dos cidadãos ainda será objeto de nossas considerações. Em primeiro lugar, ela se limita a chamar a atenção para a circunstância de que as leis coercitivas devem comprovar sua legitimidade como leis da liberdade no processo da legislação – e através do tipo de processo; e nessa positivização do direito reproduz-se novamente a tensão entre facticidade e validade, porém não do mesmo modo que na dimensão da validade de normas legais. É permitido descrever o comportamento legal como uma obediência a normas que entraram em vigor, seja através da ameaça de sanções, seja através de decisões de um legislador político. No entanto, a facticidade da legislação distingue-se da implantação do direito que impõe sanções, na medida em que a permissão para a coerção jurídica é deduzida de uma *expectativa*

de legitimidade associada à resolução do legislador (a qual poderia ser diferente e corrigível em princípio). A positividade do direito vem acompanhada da expectativa de que o processo democrático da legislação fundamente a suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas. Na positividade do direito não chega a se manifestar a facticidade de qualquer tipo contingente ou arbitrário da vontade e, sim, a vontade legítima, que resulta de uma autolegislação presumivelmente racional de cidadãos politicamente autônomos. No próprio Kant, o princípio da democracia preenchia uma lacuna num sistema do egoísmo regulado juridicamente, que não podia reproduzir-se por si mesmo, ficando à mercê de uma base consensual dos cidadãos. No entanto, essa lacuna de solidariedade, que introduz uma abertura no emprego meramente legal dos direitos subjetivos talhados na medida do agir dirigido ao sucesso, não pode mais ser fechada através de direitos do mesmo tipo, ou seja, ela não pode ser fechada somente através de tais direitos. O direito normatizado não consegue assegurar-se dos fundamentos de sua legitimidade apenas através de uma legalidade que coloca à disposição dos destinatários enfoques e motivos.

Ou a ordem jurídica permanece embutida nos contextos de um *ethos* da sociedade global subordinada à autoridade de um direito sagrado – como foi o caso das formas de transição absolutistas ou estamentais do Renascimento; ou as liberdades subjetivas de ação são complementadas por direitos subjetivos *de outro tipo* – através de direitos dos cidadãos que não visam apenas à liberdade de arbítrio, mas à autonomia. Pois, sem um respaldo religioso ou metafísico, o direito coercitivo, talhado conforme o comportamento legal, só consegue garantir sua força integradora se a totalidade dos *destinatários* singulares das normas jurídicas puder considerar-se *autora* racional dessas normas. Nesta medida, o direito moderno nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo. A liberdade comunicativa dos cidadãos pode, como vimos, assumir, na prática da autodeterminação organizada, uma forma mediada através de instituições e processos jurídicos, porém não pode ser substituída inteiramente por um direito coercitivo. Essa conexão interna entre a facticidade e a validade da imposição do direito e da legitimidade do processo de legislação

que funda a validade social (*Geltung*) constitui uma hipoteca pesada para sistemas jurídicos destinados a tirar dos ombros dos atores que agem comunicativamente a sobrecarga da integração social. Pois não há nada mais improvável aos olhos de um sociólogo esclarecido do que as realizações de integração do direito moderno virem a se alimentar somente ou, em primeira linha, de um acordo normativo já pronto ou conseguido em fontes da solidariedade.

Nos imperativos funcionais de sociedades extremamente complexas, entra em jogo uma facticidade social que não mantém mais uma relação interna com a pretendida legitimidade da ordem jurídica. A autocompreensão normativa pode ser desmentida através de fatos sociais que intervêm no sistema jurídico a partir de fora. Aqui facticidade e validade encontram-se numa relação *externa*, pois ambos os momentos, o das implicações de sentido do direito vigente e o das limitações sociais, às quais as decisões jurídicas estão submetidas de fato, podem ser descritos isoladamente. Antes de abordar este tema no próximo capítulo, eu gostaria de recapitular neste ponto as relações *internas* entre facticidade e validade *que* são constitutivas para a infra-estrutura jurídica de sociedades modernas²⁷.

2

Após a guinada analítica da linguagem, levada a cabo por Frege e Peirce, foi superada a oposição clássica entre idéia e realidade, típica da tradição platônica, interpretada inicialmente de modo ontológico e, a seguir, segundo os parâmetros da filosofia da consciência. As idéias passam a ser concebidas como incorporadas na linguagem, de tal modo que a facticidade dos signos e expressões lingüísticas que surgem no mundo liga-se internamente com a idealidade da universalidade do significado e da validade em termos de verdade. A generalidade semântica de significados lingüísticos obtém sua determinabilidade ideal no *medium* de sinais e expressões que sobressaem, como tipos reconhecíveis, da corrente de eventos lingüísticos e processos de fala (por exemplo,

27 Nas páginas seguintes, apóio-me em sugestões orais de Lutz Wingert.

testemunhos escritos), seguindo regras gramaticais. Além disso, esclarece-se a diferença entre a validade de um proferimento e o simples ter-como-verdade, afirmando que o conceito da validade ideal deve ser entendido como afirmabilidade racional sob condições ideais, portanto somente através da referência ao resgate discursivo de pretensões de validade. Se entendermos “válido” como um predicado com três valores, a idealidade da validade em termos de verdade só se expressa nos pressupostos pretensiosos de nossa prática de justificação, portanto no nível do uso da linguagem. Nisso se revela o nexó interno que existe entre a validade de uma proposição e a prova de sua validade para um auditório idealmente ampliado. O que é válido precisa estar em condições de comprovar-se contra as objeções apresentadas factualmente. Como no caso do caráter ideal do significado em geral, na linguagem, a dimensão da validade constitui-se através de uma tensão entre facticidade e validade: a verdade e as condições discursivas para a aceitabilidade racional de pretensões de verdade esclarecem-se mutuamente²⁸.

Com o uso da linguagem orientada pelo entendimento, através da qual os atores coordenam suas ações (agir comunicativo), essa relação de tensão emigra para o mundo dos fatos sociais. Se antes era possível entender a facticidade dos eventos significativos e dos processos de fala como um momento necessário para a dimensão do significado e da validade, a partir de agora é necessário interpretar a tensão lingüística desencadeada no agir comunicativo através de pretensões de validade como um momento da facticidade social, a saber, da prática comunicativa cotidiana através da qual se reproduzem formas de vida. Enquanto a coordenação da ação, e com ela o entrelaçamento de interações, transcórrer pela via de processos de entendimento, as convicções compartilhadas intersubjetivamente formam o *medium* da integração social. Os atores estão convencidos acerca daquilo que entendem e têm como verdadeiro. Por isso, podemos ter duas atitudes frente a convicções que se tornam problemáticas: ou as apoiamos, lançando mão de argumentos, ou as rejeitamos. No entanto, argumentos

não são disposições para se ter opiniões que possam ser descritas naturalisticamente; eles constituem, ao invés disso, a garantia de uma troca discursiva, através da qual são resgatadas pretensões de validade criticáveis. Os argumentos devem sua força racionalmente motivadora a uma relação interna com a dimensão do significado e da validade de expressões lingüísticas. E constituem naturalmente uma faca de dois gumes, porque tanto podem fortalecer convicções, como estremecê-las. Com elas, a tensão entre facticidade e validade, que reside na linguagem e no seu uso, se introduz na sociedade. Sua integração social, na medida em que se apoia em convicções, é propensa ao efeito desestabilizador de argumentos desvalorizadores (especialmente quando há uma categoria inteira de argumentos). A tensão ideal que irrompe na realidade social remonta ao fato de que a aceitação de pretensões de validade, que cria fatos sociais e os perpetua, repousa sobre a aceitabilidade de razões dependentes de um contexto, que estão sempre expostas ao risco de serem desvalorizadas através de argumentos melhores e processos de aprendizagem que transformam o contexto.

Tais qualidades estruturais da socialização comunicativa explicam por que o mundo vida - pré-estruturado simbolicamente e mediado através de interpretações e convicções - e o tecido social em seu todo são perpassados por suposições de validade falíveis. Elas permitem entender por que não é possível estabilizar definitivamente expectativas de comportamentos sociais, que dependem de suposições de validade falíveis e precárias. Tal estabilidade é devida a realizações da integração social, as quais afastam constantemente o perigo atual de uma desestabilização através do dissenso fundamentado. É certo que os argumentos só valem quando confrontados com *standards* de racionalidade dependentes de um contexto que funciona como pano de fundo²⁹; porém, argumentos que colocam em evidência os resultados de processos de aprendizagem capazes

28 PUTNAM, H. *Vernunft, Wahrheit und Geschichte*. Frankfurt a/M., 1982.

29 RORTY, R. *Solidarität oder Objektivität*. Stuttgart, 1988; cf. a crítica de PUTNAM, H. “Why Reason can’t be naturalized”, in: *Synthese* 52 (1982), 1-23.

de transformar o contexto também podem soterrar *standards* de racionalidade exercitados.

Tomamos conhecimento de duas estratégias que enfrentam esse risco de dissenso e, com isso, a instabilidade que habita no âmago da socialização comunicativa em geral: a circunscrição (*Eingrenzung*) e a não-circunscrição ou liberação (*Entschränkung*) do mecanismo comunicativo. O risco embutido no agir comunicativo é *circunscrito* através das certezas intuitivas que se entendem inquestionavelmente por si mesmas, por não estarem atreladas a qualquer tipo de argumentos disponíveis comunicativamente e mobilizáveis intencionalmente. Tais certezas estabilizadoras do comportamento, de que é tecido o pano de fundo do mundo da vida, permanecem aquém do umbral da possível tematização, não entrando em contato com a dimensão aberta no agir comunicativo, onde nós podemos fazer distinção entre aceitabilidade e simples aceitação de convicções e razões. Pudemos observar uma fusão semelhante entre facticidade e validade na dimensão de validade das convicções condutoras do comportamento que estavam ligadas a imagens de mundo sagradas e à autoridade “fascinante” de grandes instituições. Esse tipo de autoridade independe do fato de as convicções normativas, que ficam em segundo plano, não poderem ser tematizadas ou ligadas a motivos; ela resulta muito mais de uma escolha prescritiva de temas e da fixação de argumentos. Na medida em que se freia a mobilização comunicativa de argumentos, provocando automaticamente o silenciamento da crítica, as normas e valores autoritários passam a formar para os que agem comunicativamente um leque de dados que permanece subtraído à corrente de problematização de seus processos de entendimento. A integração social, que se realiza através de normas, valores e entendimento, só passa a ser inteiramente tarefa dos que agem comunicativamente na medida em que normas e valores forem diluídos comunicativamente e expostos ao jogo livre de argumentos mobilizadores, e na medida em que levamos em conta a diferença *categorial* entre aceitabilidade e simples aceitação.

Sob condições modernas de sociedades complexas, que exigem um agir conduzido em larga escala por interesses e neutralizado do ponto de vista normativo, surge uma situação paradoxal,

na qual o agir comunicativo *não-circunscrito* não está em condições de carregar seriamente o fardo da integração social, nem, tampouco, de livrar-se dela. Se depender dos próprios recursos, ele apenas consegue domesticar o risco de dissenso embutido nele, porém através de uma intensificação do risco, ou seja, prolongando os discursos. Ora, a positivação completa do direito, antes apoiado no sagrado e entrelaçado com a eticidade convencional, vai apresentar-se como uma saída plausível do paradoxo e como um mecanismo, com o auxílio do qual uma comunicação não-circunscrita pode aliviar-se das realizações de integração social sem se desmentir: através dele inventa-se um sistema de regras que une e, ao mesmo tempo, diferencia ambas as estratégias, a da circunscrição e a da liberação do risco do dissenso embutido no agir comunicativo, no sentido de uma divisão de trabalho.

De um lado, a garantia estatal da normatização do direito oferece um equivalente funcional para a estabilização de expectativas através de uma autoridade sagrada. Enquanto as instituições apoiadas em imagens de mundo fixam as convicções que comandam o comportamento através de limitações à comunicação, o direito moderno permite substituir convicções através de sanções, na medida em que libera os motivos que acompanham a obediência a regras, porém impõe respeito. Em ambos os casos evita-se uma desestabilização provocada por dissenso fundamentado, na medida em que os destinatários não podem questionar a validade das normas a serem seguidas. Esse “não-poder” adquire, sem dúvida, um outro sentido, que é racional e teleológico, porque o próprio modo de validade se modifica. Enquanto, no sentido de validade de convicções ligadas à autoridade, a facticidade e a validade se fundem, na validade jurídica ambos os momentos se separam um do outro – a aceitação da ordem jurídica é distinta da aceitabilidade dos argumentos sobre os quais ela apóia a sua pretensão de legitimidade. Essa dupla codificação remete, *de outro lado*, à circunstância de que a positividade e a pretensão à legitimidade do direito também fazem jus à comunicação não-circunscrita que expõe, em princípio, todas as normas e valores ao exame crítico. Os membros do direito têm que poder supor que eles mesmos, numa formação livre da opinião e da vontade política, autorizariam as regras às quais eles

estão submetidos como destinatários. Na verdade, esse processo de legitimação torna-se um componente do sistema jurídico, uma vez que ele próprio necessita da institucionalização jurídica frente às contingências da comunicação do dia-a-dia, que flutua sem uma forma determinada. Sem prejuízo dessa limitação da comunicação, o risco constante da contradição é prolongado discursivamente e transformado na força produtiva de uma formação política, presumivelmente racional, da opinião e da vontade.

3

Se consideramos o direito moderno, no âmbito desses parâmetros, como mecanismo que alivia as sobrecarregadas realizações de entendimento dos que agem comunicativamente de tarefas da integração social, sem anular, em princípio, a liberação do espaço da comunicação, tornam-se compreensíveis dois aspectos do direito: a positividade e a pretensão à aceitabilidade racional. A positividade do direito significa que, ao se criar conscientemente uma estrutura de normas, surge um fragmento de realidade social produzida artificialmente, a qual só existe até segunda ordem, porque ela pode ser modificada ou colocada fora de ação em qualquer um de seus componentes singulares. Sob o aspecto da modificabilidade, a validade do direito positivo aparece como a expressão pura de uma vontade, a qual empresta duração a determinadas normas para que se oponham à possibilidade presente de virem a ser declaradas sem efeito. Como iremos ver, o *pathos* do positivismo jurídico alimenta-se desse voluntarismo da pura criação. De outro lado, a positividade do direito não pode fundar-se somente na contingência de decisões arbitrárias, sem correr o risco de perder seu poder de integração social. O direito extrai a sua força muito mais da aliança que a positividade do direito estabelece com a pretensão à legitimidade. Nessa ligação reflete-se o entrelaçamento estrutural entre a aceitação, que fundamenta os fatos, e a aceitabilidade exigida por pretensões de validade, que já estava introduzida no agir comunicativo e na ordem social mais ou menos natural, na forma de tensão entre facticidade e validade. Essa tensão ideal retorna intensificada no nível do direito, mais preci-

same e na relação entre a coerção do direito, que garante um nível médio de aceitação da regra, e a idéia da autolegislação - ou da suposição da autonomia política dos cidadãos associados - que resgata a pretensão de legitimidade das próprias regras, ou seja, aquilo que as torna racionalmente aceitáveis.

Esta tensão na dimensão de validade do direito implica a organização do poder político, empregado para impor legitimamente o direito (e o emprego autoritativo do direito); poder político ao qual o direito deve a sua positividade. A idéia do Estado de direito constitui uma resposta ao desiderato da transformação jurídica pressuposta pelo próprio direito. No Estado de direito a prática da autolegislação dos cidadãos assume uma figura diferenciada institucionalmente. A idéia do Estado de direito coloca em movimento uma espiral da auto-aplicação do direito, a qual deve fazer valer a suposição internamente inevitável da autonomia política contra a facticidade do poder não domesticado juridicamente, introduzida no direito *a partir de fora*. O aperfeiçoamento do Estado de direito pode ser entendido como uma seqüência, aberta em princípio, de medidas cautelares, conduzidas pela experiência, contra a subjugação do sistema jurídico através do poder - ilegítimo - das circunstâncias, o qual contradiz sua autocompreensão normativa. E aqui se trata de uma relação *externa* entre facticidade e validade (percebida na perspectiva do sistema jurídico), uma tensão entre norma e realidade, que constitui um desafio para uma elaboração normativa.

Sociedades modernas são integradas não somente através de valores, normas e processos de entendimento, mas também sistemicamente, através de mercados e do poder administrativo. Dinheiro e poder administrativo constituem mecanismos da integração social, formadores de sistema, que coordenam as ações de forma objetiva, como que por trás das costas dos participantes da interação, portanto não necessariamente através da sua consciência intencional ou comunicativa. A "mão invisível" do mercado constitui, desde a época de Adam Smith, o exemplo clássico para esse tipo de regulamentação. Ambos os meios ancoram-se nas ordens do mundo da vida, integrados na sociedade através do agir comunicativo, seguindo o caminho da institucionalização do direito. Desta maneira, o direito está ligado às

três fontes da integração social. Através de uma prática de autodeterminação, que exige dos cidadãos o exercício comum de suas liberdades comunicativas, o direito extrai sua força integradora, em última instância, de fontes da solidariedade social. As instituições do direito privado e público possibilitam, de outro lado, o estabelecimento de mercados e a organização de um poder do Estado; pois as operações do sistema administrativo e econômico, que se configura a partir do mundo da vida, que é parte da sociedade, completam-se em formas do direito.

E uma vez que o direito se interliga não somente com o poder administrativo e o dinheiro, mas também com a solidariedade, ele assimila, em suas realizações integradoras, imperativos de diferentes procedências. E é de se notar que as normas jurídicas não revelam *como* esses imperativos podem ser trazidos para um equilíbrio. Pode-se reconhecer certamente nas matérias dos diferentes âmbitos do direito a procedência da necessidade de regulamentação, em relação à qual reagem a política e a normatização jurídica. Porém, nos imperativos funcionais do aparelho estatal do sistema econômico e de outros domínios da sociedade, impõe-se muitas vezes interesses não suficientemente filtrados, por serem os mais fortes, servindo-se da força legitimadora da forma jurídica, a fim de disfarçar a sua imposição meramente factual. Como meio organizacional de uma dominação política, referida aos imperativos funcionais de uma sociedade econômica diferenciada, o direito moderno continua sendo um meio extremamente ambíguo da integração social. Com muita freqüência o direito confere a aparência de legitimidade ao poder ilegítimo. À primeira vista, ele não denota se as realizações de integração jurídica estão apoiadas no assentimento dos cidadãos associados, ou se resultam de mera autoprogramação do Estado e do poder estrutural da sociedade; tampouco revela se elas, apoiadas neste substrato material, produzem por si mesmas a necessária lealdade das massas.

Entretanto, os limites à autolegitimação do direito são tanto mais estreitos quanto menos o direito, tomado como um todo, pode apoiar-se em garantias metassociais e se imunizar contra a crítica. É verdade que um direito, ao qual as sociedades modernas atribuem o peso principal da integração social, é alvo da pressão

profunda dos imperativos funcionais da reprodução social; ao mesmo tempo, porém, ele se encontra sob uma certa coerção *idealista* de legitimá-los. As realizações sistêmicas da economia e do aparelho do Estado, que se realizam através do dinheiro e do poder administrativo, também devem permanecer ligadas, segundo a autocompreensão constitucional da comunidade jurídica, ao processo integrador da prática social de autodeterminação dos cidadãos. A tensão entre o idealismo do direito constitucional e o materialismo de uma ordem jurídica, especialmente de um direito econômico, que simplesmente reflete a distribuição desigual do poder social, encontra o seu eco no desencontro entre as abordagens filosóficas e empíricas do direito. Antes de retomar as considerações sobre a tensão entre facticidade e validade no interior do direito, gostaria de abordar a relação externa entre a facticidade social e a autocompreensão do direito moderno - do modo como estas questões se refletem nos discursos filosóficos sobre a justiça e nos discursos sociológicos sobre o direito.

II. CONCEITOS DA SOCIOLOGIA DO DIREITO E DA FILOSOFIA DA JUSTIÇA.

Durante a evolução social, o agir comunicativo permite liberar o potencial de racionalidade da linguagem e mobilizá-lo para funções da integração social. E o direito moderno infiltra-se nas lacunas funcionais de ordens sociais que carregam o fardo da integração social. Ora, na dimensão de validade desse direito, intensifica-se não somente a tensão entre facticidade e validade, como também o conteúdo ideal dos pressupostos pragmáticos do agir comunicativo, ambos inseridos na prática não-formalizada do dia-a-dia. Na medida em que o conteúdo ideal da validade do direito se esclarece inicialmente nos termos jurídico-rationais de uma organização e auto-organização consciente da comunidade jurídica, colidindo com os imperativos funcionais da economia de mercado e da administração burocratizada, a autocompreensão normativa passa a estruturar uma crítica no nível das ciências sociais.

De um lado, é necessário que o direito continue insistindo que os sistemas dirigidos pelo dinheiro e pelo poder administrativo não fujam inteiramente a uma integração social mediada por uma consciência que leva em conta a sociedade como um todo; de outro lado, parece que essa pretensão é vítima do desencantamento sociológico do direito. E, há muito tempo, as pesquisas sobre a ideologia e a crítica do poder tentam entender de que modo a sociedade assimila tal contradição. Seguirei a linha de uma crítica do direito que confronta entre si a pretensão e a realidade¹, levando em conta a objeção radical segundo a qual um direito que já se tornou periférico tem que despir-se da aparência de normatividade,

1 Cf. PETERS (1991), 136-166.

caso pretenda continuar preenchendo suas funções no âmbito da crescente complexidade social. Se tal afirmação fosse verdadeira, lançaria por terra uma teoria do discurso que se liga a uma autocompreensão normativa do direito; pois tal princípio teria perdido *a limine* o contato com uma realidade agora cínica. Contrapondo-se ao ceticismo das teorias sociais do direito, as teorias filosóficas da justiça destacam, decididamente, o conteúdo moral das ordens jurídicas modernas. Tais construções racionais do direito servem para a fundamentação de princípios, segundo os quais uma sociedade bem ordenada deveria ser organizada; porém, nessa tentativa, elas se distanciam tanto da realidade das sociedades contemporâneas, a ponto de encontrarem dificuldades no momento de especificar condições para a realização desses princípios.

Num primeiro momento, acompanharei a discussão na área das ciências sociais, seguindo a linha da teoria do sistema, a fim de examinar as vantagens e desvantagens de um desencantamento objetivista do direito (Seção I). Servindo-me do conceito de direito desenvolvido por Rawls, eu gostaria de mostrar, a seguir, as dificuldades complementares de um discurso filosófico sobre a justiça, desenvolvido num nível puramente normativo (Seção II). Apoiando-me em Max Weber e Talcot Parsons, chego finalmente a uma dupla perspectiva que torna possível, de um lado, levar a sério e reconstruir o conteúdo normativo do sistema jurídico a partir de dentro e, de outro lado, descrevê-lo como componente da realidade social (Seção III).

I. O desencantamento do direito por obra das ciências sociais

Durante os três últimos séculos, a categoria do direito oscila, na análise do Estado e da sociedade, acompanhando os altos e baixos das conjunturas científicas. De Hobbes até Hegel, a categoria do direito foi utilizada como uma chave capaz de mediar todas as relações sociais. As figuras do pensamento jurídico pareciam suficientes para desenvolver o modelo de legitimação de uma sociedade bem ordenada. A sociedade correta era a que estava organizada de acordo com um programa jurídico. Todavia, a doutrina da sociedade natural, dos filósofos morais escoceses, já

manifestara uma dúvida em relação à concepção do direito racional: os contextos naturais de práticas vitais, costumes e instituições, resistiam a uma reconstrução em termos do direito formal. Adam Ferguson e John Millar ainda estão no caminho que vai de Aristóteles a Marx, encontrando-se, pois, na encruzilhada entre a política clássica e a economia política contemporânea². Enquanto pensadores empíricos, eles se dirigem contra o *prescritivismo* de um direito da razão, cujos argumentos normativos ultrapassam as particularidades históricas e os dados sócio-culturais; e, na qualidade de sociólogos e antropólogos antigos, eles também se opõem a um *racionalismo* que pretendia absorver a rede informal de relações sociais consuetudinárias, de tradições naturais, de interesses e de estruturas de classes profundamente arraigados e transformá-los num sistema de regras.

O modelo do contrato social podia apoiar-se na evidência de que a moderna sociedade de troca garantia às pessoas privadas autonomia e igualdade através da participação no intercâmbio econômico. Esse caráter da sociedade civil, que garantia espontaneamente a liberdade, parecia necessitar apenas da declaração de um direito formal. É certo que essa intuição só vai ser explicitada nas variantes liberais de Locke até Kant e Thomas Paine³. Porém, a intenção de construir as instituições estruturadoras seguindo um direito natural tende, em todas as teorias contratualistas, a mostrar a sociedade em sua totalidade como o complexo intencional de uma associação livre de membros originariamente autônomos e iguais⁴. Tal idéia inverossímil pode adquirir certa plausibilidade,

2 FERGUSON, A. *Versuch über die Geschichte der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt a/M., 1973. MILLAR, John. *Vom Ursprung des Unterschieds in den Rangordnungen und Ständen der Gesellschaft*. Frankfurt a/M., 1967.

3 MACPHERSON, C. B. *Die politische Theorie des Besitzindividualismus*. Frankfurt a/M., 1973; EUCHNER, W. *Naturrecht und Politik bei John Lochke*. Frankfurt a/M., 1979.

4 FETSHCHER, I. e MÜNKLER, H. (Eds.). *Pipers Handbuch politischer Ideen*. Vol. 3, Munique, 1985, cap. VII, 353ss.

se considerarmos a sociedade civil como uma base natural sobre a qual os partidos se defrontam naturalmente como livres e iguais – digo por natureza, porque os proprietários de coisas, tidos como os detentores masculinos do governo da casa, assumem *virtualmente*, antes de qualquer socialização política produzida intencionalmente, a posição de sujeitos privados e autônomos do direito, sob as condições igualitárias de uma economia equilibrada de pequenas coisas (Marx). Tal pano de fundo desaparece nos autores que determinam o estado natural servindo-se de uma teoria não-econômica do poder; todavia, as construções hobbísticas do estado natural constituem, pelo menos, um equivalente para os que supõem que a sociedade civil deve funcionar como fonte da socialização política, antes de qualquer regulamentação jurídica, porque as relações de concorrência econômica implicam sujeitos que fecham contratos e, portanto, sujeitos que estabelecem direitos.

Tal premissa, desenvolvida explicitamente ou aceita tacitamente, explica por que a análise da sociedade civil, originária da filosofia moral escocesa, conseguiu sacudir eficazmente a tradição do direito natural. Com Adam Smith e Ricardo, desenvolve-se uma economia política que interpreta a sociedade civil como esfera do comércio e do trabalho social dominada por leis anônimas. Hegel, seguindo a economia política, atribui-lhe o nome de “sistema das necessidades”, no qual os indivíduos são destituídos de toda a liberdade real. Enquanto crítico da economia política, Marx reconhece na anatomia da sociedade burguesa apenas estruturas nas quais o processo de auto-aproveitamento do capital se distancia dos indivíduos que se alienam a si mesmos, a fim de produzir formas cada vez mais drásticas de desigualdade social. De um conjunto de condições *autorizadoras*, que possibilitam liberdade, e sob as quais os indivíduos se associam com consciência e vontade, podendo submeter o processo social sob o seu controle comum, a sociedade burguesa transforma-se num sistema *que domina anonimamente*, sem levar em conta as intenções dos indivíduos, obedecendo apenas à sua própria lógica e submetendo a sociedade global aos imperativos econômicos.

Com tal mudança de perspectivas, levada a cabo pela economia política e pela crítica da economia política, a categoria do

direito perde sua posição-chave na estratégia teórica. Parece que a reprodução da vida social é por demais complexa, não se prestando a uma apreensão por parte das figuras normativas rígidas do direito racional: E se começa a pensar que os próprios mecanismos da integração social são de natureza não-normativa. A anatomia da sociedade burguesa, vertida em conceitos da economia política, possui um efeito desmascarador: revela que o esqueleto que mantém coeso o organismo social não é mais o conjunto das relações de direito, e sim, o das relações de produção. A imagem extraída da medicina logo é substituída pelo venerável tesouro de metáforas relacionado à construção de uma casa: o direito faz parte da superestrutura da base econômica de uma sociedade, onde a dominação de uma classe social sobre as outras classes é exercitado na forma não-política do poder de disposição privado sobre os meios de produção. O círculo recursivamente fechado entre produção e reprodução de valores de troca impõe-se ao direito e às suas realizações de integração social, reduzindo-o às dimensões de um epifenômeno. E com isso o mecanismo de mercado, descoberto e analisado pela economia política, passa a tomar as rédeas da teoria da sociedade. O modelo realista de uma socialização anônima não-intencional, que se impõe sem a consciência dos atores, vai substituir o modelo idealista de uma associação intencional de parceiros do direito.

Entretanto, Marx ainda mantém o conceito clássico de totalidade da sociedade, que persistiu de Aristóteles até Hegel. Ele somente inverte as coisas: o que era pináculo e centro da totalidade social, na qual os indivíduos estão integrados como partes, passa para a base. No lugar da unidade manifesta de uma ordem estatal constituída juridicamente entra a unidade latente e sistemicamente produzida do processo econômico global do auto-aproveitamento do capital. E este, enquanto totalidade negativa, continua sendo referido filosófica e historicamente à imagem clássica de uma totalidade produzida conscientemente.

A partir do momento em que a teleologia da natureza foi transposta para a dimensão da história⁵ – de Vico até Condorcet –,

5 LÖWITH, K. *Weltgeschichte und Heilsgeschehen*. Stuttgart, 1953.

a sociedade pode ser entendida como totalidade em vir-a-ser, que se refere a si mesma, que realiza a socialização intencional que lhe é própria no decorrer do processo histórico, mais precisamente, como associação *futura* dos produtores libertos do fetiche do capital, os quais submetem ao seu controle comunitário as condições materiais do processo da vida.

Tal construção precária não conseguiu resistir à crítica dirigida aos princípios teleológico-históricos que serviam de pano de fundo, nem às reservas contra conceitos sociais holistas. Mesmo assim, o modo de ver rigorosamente objetivador de Marx, que encara os mecanismos de socialização a partir de fora e perante o qual se desfaz toda integração social que se dá através de valores, normas e processos de entendimento, inclusive a própria integração social que passa pelo direito, impôs-se em várias linhas da tradição. E quando, finalmente, o funcionalismo marxista faz desaparecer a própria esperança da história da filosofia, a sociedade sai da dinâmica da história e se cristaliza, sob as coerções de um processo de acumulação ditatorialmente repetitivo, que se acelera e que tudo perpassa, transformando-se num mundo de relações sociais reificadas⁶. Essa teoria do sistema consegue configurar o seu sentido melancólico graças à relação com uma totalidade interpretada de modo negativo, como complexo de coerção⁷. E, a partir do momento em que o conhecimento dessa diferenciação progressiva e da crescente complexidade da sociedade proíbe essa relação invertida com a totalidade abstrata de uma razão instrumental, a teoria do sistema, *delineada agora em termos afirmativos*, perde a sua ponta crítica e se desprende, ao mesmo tempo, da fixação filosófica num único mecanismo de socialização.

O funcionalismo do sistema pode superar o realismo do modelo marxiano através do conceito de uma sociedade descentrada, diferenciada funcionalmente e que se compõe de muitos sistemas que tendem a se separar; o observador sociológico descobre que tanto ele como sua ciência estão subsumidos nela,

6 BENHABIB, S. *Critique, Norm and Utopia*. Nova Iorque, 1986.

7 LEPENIES, W. *Melancholie und Gesellschaft*. Frankfurt a/M., 1969.

formando um sistema ao lado de outros sistemas. Nesta sociedade sem base e sem ponta, estilhaçada policentricamente, os muitos sistemas parciais recursivamente fechados e mantenedores de limites formam mundos circundantes uns para os outros; eles encontram-se situados, de certa forma, a nível horizontal e se estabilizam, na medida em que se observam uns aos outros e refletem sobre sua relação, sem possibilidades de uma intervenção direta. Numa concepção monádica, as capacidades transcendentais das consciências dos sujeitos, delineadas por Husserl, passam para os sistemas de mônadas da consciência, sendo, pois, reencapsuladas monadicamente e despidas da subjetividade.

N. Luhmann herda a teoria do sistema da fenomenologia transcendental de Husserl, invertendo a filosofia do sujeito e transformando-a num objetivismo radical. As teorias estruturalistas da sociedade, de Lévi-Strauss até Althusser e Foucault, dão o mesmo passo, de outra maneira. Aqui como lá, os sujeitos que constituem seus próprios mundos, ou que compartilham intersubjetivamente, num nível superior, mundos da vida comuns, perdem seu lugar; e, com ele, todas as realizações de integração, realizadas através da consciência dos atores, perdem seu direito. Todos os vestígios hermenêuticos, nos quais uma teoria da sociedade, que parte da autocompreensão dos atores, ainda poderia encontrar acesso à sociedade, foram apagados. Com essa radicalização da análise marxiana do sistema, as novas teorias objetivistas da sociedade distanciam-se da estreiteza e do lastro normativo dos conceitos fundamentais holistas e filosófico-históricos. Naturalmente se abre a vista para a amplitude de variação, contingência e multiplicidade das sociedades altamente complexas.

As pesquisas realizadas no campo da sociologia do direito também tiram proveito do novo paradigma. O sistema jurídico – ou as estruturas que subjazem nele – reconquistam uma parte de sua autonomia que, por assim dizer, fora perdida na crítica da ideologia. O direito deixa de ser considerado um epifenômeno, reconquistando um sentido próprio. Entretanto, numa sociedade descentrada em sua totalidade, ele consegue apenas uma posição periférica, formando um sistema ou um discurso em meio a uma variedade subordinada de sistemas e de discursos. Os respectivos

fenômenos, ou seja, as comunicações estruturadas ou orientadas juridicamente, são descritos numa linguagem que passa ao largo da autocompreensão dos atores, sem procurar nem encontrar um engate no saber intuitivo dos participantes. Sob os olhares artificialmente alienados do observador do sistema, que se interpreta a si mesmo como sistema num mundo circundante, ou do etnólogo, que observa as práticas e jogos de linguagem autóctones assumindo a atitude de um estranho não-iniciado, qualquer contexto vital social se cristaliza na forma de uma segunda natureza, inacessível hermeneuticamente, sobre a qual se coleciona o saber “contra-intuitivo” das ciências naturais.

As antigas controvérsias sobre doutrinas da sociedade natural e doutrinas do direito natural, que vêm desde o século XVIII e alcançam o estruturalismo e a teoria do sistema, parecem revelar que a reflexão no âmbito das ciências sociais mina irrevogavelmente a intervenção prescritivista e racionalista das teorias contractualistas na sociedade, como também a idéia de que o direito em geral constitui uma categoria central da teoria da sociedade. A sociologia do direito, de Niklas Luhmann, marca o ponto final provisório neste eixo histórico-teórico⁸. Essa sociologia me interessa aqui apenas por ser a variante mais conseqüente de uma teoria que atribui ao direito uma posição marginal – quando comparado às teorias clássicas da sociedade – e que neutraliza, através de uma descrição objetivista, o fenômeno da validade do direito, só acessível internamente.

O direito é entendido aqui somente sob o ponto de vista funcional da estabilização de expectativas de comportamento. Em sociedades funcionalmente diferenciadas, ele se especializa em generalizar consensualmente expectativas na dimensão temporal, social e objetiva, permitindo uma solução de conflitos contingentes, de acordo com o seguinte código binário: lícito, ilícito. Numa perspectiva ampla, o sistema jurídico abrange todas as comunicações orientadas pelo direito. E, em sentido estrito, ele abrange os

8 LUHMANN, N. *Ausdifferenzierung des Rechts*. Frankfurt a/M., 1981; *id.* *Legitimation durch Verfahren*. Neuwied, 1969.

atos jurídicos que modificam as situações do direito e, neste caso, ele se retroalimenta de procedimentos jurídicos institucionalizados, normas jurídicas e interpretações dogmáticas do direito. É verdade que tais determinações convencionais da sociologia do direito só conseguem obter o seu sentido específico quando se aceita que a diferenciação evolutiva do direito pode ser entendida como uma autonomização que transforma o direito positivado num sistema autônomo “autopoietico”. Então o sistema jurídico, enquanto círculo recursivamente fechado de comunicação, delimita-se autorreferencialmente em relação a seus mundos circundantes, de tal modo que passa a desenvolver as suas relações com o exterior apenas através de observações. Em compensação, ele descreve seus próprios componentes em categorias jurídicas e aplica esta autotematização para constituir e reproduzir com meios próprios os atos jurídicos. O sistema jurídico torna-se autônomo na medida em que seus componentes estão de tal maneira entrelaçados entre si “que normas e ações jurídicas se produzem umas às outras e que os procedimentos e a dogmática relacionam por seu turno essas relações”⁹.

Como primeira conseqüência desse conceito, o sistema jurídico, monadicamente aberto e fechado, é desengatado de todos os demais sistemas de ação. O sistema jurídico, agora autônomo, não consegue mais manter uma troca *direta* com seus mundos circundantes, nem influir neles de modo regulatório. Na base da construção de ambientes próprios, o contato com eventos situados além dos limites do sistema, produzido pela observação, oferece apenas *ocasiões* para o sistema jurídico fechado autopoieticamente influir sobre si mesmo. Ele não pode assumir funções de orientação na sociedade como um todo. Quando muito, o direito pode “regular” a sociedade num sentido metafórico: na medida em que se modifica a si mesmo, ele se apresenta a outros sistemas como um mundo circundante modificado, em relação ao qual os outros podem “reagir” do mesmo modo indireto. Retomarei esse ponto logo a seguir.

9 TEUBNER, G. *Recht als autopoietisches System*. Frankfurt a/M., 1989, 46.

A segunda consequência que nos interessa é a extinção de todos os vestígios que a autocompreensão normativa do sistema jurídico deixara para trás nas teorias clássicas da sociedade. A própria reinterpretação das expectativas normativas de comportamento, que passam a ser expectativas cognitivas mantidas contra-factualmente, tal como se dá na teoria da aprendizagem, apaga a dimensão deontológica da validade normativa e, com isso, o sentido ilocucionário de mandamentos e normas de ação. Luhmann apropria-se desse pensamento e explica expectativas normativas servindo-se da estratégia do não-aprender: “O psicólogo (pensa) somente num comportamento contra a vontade, construído por conta própria – e não se interessa por um comportamento que escolhe a mesma estratégia, mas que, ao fazer isso, se apóia na moral dominante, nas instituições, no direito. Isso revela que somente as normas sociais são capazes de despatologizar o não-aprender”¹⁰. A diferença entre ser e dever-ser, entre validade em termos de verdade e validade normativa, é reduzida a apenas duas possibilidades de reação: o aprender e o não-aprender, que representam uma alternativa, porém, *somente* em relação a expectativas cognitivas. A partir daí, passam a ser “normativas” as expectativas cognitivas, que não estamos dispostos a rever em caso de decepção. Através dessa colocação conceitual, a sociologia funcionalista do direito fecha os olhos para o sentido do complexo modo de validade do direito.

Tal reinterpretação empirista dos aspectos normativos do direito desliga o sistema jurídico de todas as relações *internas* com a moral e com a política. Ela prejudica, inclusive, a análise posterior, na medida em que o direito é reduzido à função especial da sua aplicação jurídica. E nisso passa despercebido o nexos interno entre o direito e a organização democrático-constitucional da gênese, aquisição e aplicação do poder político.

Finalmente, é decisiva a objetivação do direito que se transforma num sistema autodirigido. À luz desta descrição, a comuni-

10 LUHMANN, N. “Normen in soziologischer Perspektive”, in: *Soziale Welt*, 20, 1969, 35.

cação sobre o que seja jurídico e injurídico perde o seu sentido *social-integrador*. Não se supõe mais que as normas e os atos jurídicos possam ser processos de entendimento motivados racionalmente no interior de uma associação de membros do direito. Na medida em que a função integradora do direito é descrita como realização sistêmica, passa a ser assimilada ao modelo de uma socialização não-intencional. Com isso, as próprias pretensões de validade e os argumentos expressos em discursos jurídicos perdem o seu valor intrínseco. A função dos argumentos jurídicos consiste em elevar o nível de aceitação real de decisões motivadas, diminuindo o seu caráter de surpresa. Na visão do observador sociológico, aquilo que conta aos olhos dos participantes como fundamentação encolhe-se, assumindo o formato de ficções necessárias: “Uma vez que os argumentos, enquanto garantias para contextos de decisão, são de difícil substituição, o jurista *tem a impressão* de que os argumentos justificam a decisão e não as decisões os argumentos”¹¹. Na perspectiva da teoria do sistema, argumentações jurídicas, que detêm – conforme ainda iremos ver – um valor posicional central na teoria discursiva do direito, são formas especiais de comunicação, nas quais é possível superar diferenças de opinião que surgem no momento da atribuição dos códigos de valores “jurídico” ou “injurídico”, através da troca de argumentos. Sob pontos de vista funcionais, só contam os efeitos perlocucionários, que podem ser visados com argumentos: eles são meios com os quais o sistema jurídico se convence das próprias decisões. Quando, porém, os argumentos não dispõem mais da força intrínseca da motivação racional – quando os argumentos não se deixam mais fundamentar, como Luhmann afirma – a cultura argumentacional, formada com muito dispêndio, transforma-se num enigma. Seria preciso esclarecer, no entanto, por que ainda “necessitamos de argumentos que nem são mais argumentos”¹².

11 LUHMANN, N. *Die soziologische Beobachtung des Rechts*. Frankfurt a/M., 1986, 33.

12 LUHMANN, N. *Juristische Argumentation*, 1991, I (manuscrito). A resposta de Luhmann não é muito convincente. Ela consiste, mais ou menos, no seguinte: se ‘informações’ tornam conhecido algo desconhecido e se ‘redundâncias’ representam a repetição de algo

No final de um longo processo de desencantamento das ciências sociais, a teoria do sistema acabou com os derradeiros vestígios de normativismo do direito racional. Do ângulo sociológico alienante, o direito, que se retirou para um sistema autopoietico, é despido de todas as conotações normativas, que se referiam, em última instância, à auto-organização de uma comunidade de direito. Sob a descrição de um sistema autopoietico, o direito marginalizado narcisisticamente só pode reagir a problemas próprios, que podem, quando muito, ser provocados a partir de fora. Por isso, ele não pode levar a sério nem elaborar problemas que oneram o sistema da sociedade *como um todo*. Ao mesmo tempo, ele precisa, de acordo com sua constituição autopoietica, desempenhar todas as tarefas, servindo-se de fontes produzidas por ele mesmo. O direito tem que deduzir sua validade de modo positivista, a partir do direito vigente; ele lança fora todas as pretensões de legitimidade que ultrapassam esse nível, como se pode ver, segundo

conhecido, então as comunicações podem ser entendidas, de modo geral, como a transposição ininterrupta de informações para redundâncias. As argumentações produzem o mesmo no nível reflexivo. Elas utilizam argumentos para garantir uma medida suficiente de redundância, lançando mão de redundâncias existentes. Para garantir a consistência das decisões, as argumentações jurídicas elaboram de modo semelhante a necessidade de fundamentação que surge através de novos casos; elas constroem, pois, uma barreira dogmática contra a disposição de adaptação cognitiva de uma prática de decisão que avalia interesses e se orienta pelo sucesso. Ora, tal sugestão não é plausível, porque a manutenção dogmática do direito vigente através da circunscrição da argumentação poderia ser obtida com muito menos riscos. Argumentos não têm apenas uma função de redundância, uma vez que dispõem naturalmente de dois gumes: ao mesmo tempo em que garantem a coerência de um estoque de saber, são inovativos, uma vez que interpretam de modo novo a novidade que aparece e transformam contextos do saber. Por isso, as decisões jurídicas fundamentais necessitam de uma carga maior de argumentos do que decisões de rotina. Além disso, uma interpretação sistêmica não consegue explicar a função intrínseca de fundamentação que implica em evitar ou corrigir falhas, porque não admite uma distinção entre decisões judiciais factuais e corretas.

Luhmann, no processo judicial. Não há um *output* que o sistema jurídico pudesse fornecer na forma de normatizações: são-lhe vedadas intervenções no mundo circundante. Nem há um *input* que o sistema jurídico receba na forma de legitimações: o próprio processo político, a esfera pública e a cultura política formam mundos circundantes, cujas linguagens o sistema jurídico não entende. O direito produz para seus mundos circundantes o som que pode, quando muito, induzir os sistemas à variação de suas próprias ordens internas, para os quais o direito constitui, por seu turno, um mundo circundante.

A indiferença recíproca entre o direito e outros sistemas funcionais da sociedade não coincide com as interdependências empiricamente observáveis, nem mesmo quando alguém, sob a impressão dos resultados da pesquisa de implementação, julga ceticamente os efeitos de intervenções jurídicas na direção do comportamento¹³ e, contrariando as interpretações correntes, está disposto a ver no processo de legislação um processo rigorosamente interno ao direito. Eu não posso aprofundar aqui a crítica e as manobras de despistamento¹⁴; mesmo assim, gostaria de apontar para uma conseqüência que G. Teubner extrai da fragmentação da sociedade em sistemas parciais autônomos, os quais conduzem os seus respectivos discursos e que têm que arranjar-se com construções próprias da realidade, incompatíveis entre si. O construtivismo jurídico vê-se confrontado, tanto teórica como empiricamente, com a seguinte questão: o que o fechamento auto-referencial do sistema jurídico significa para as possibilidades da comunicação com outros “mundos epistêmicos”? “*Será que existe um minimum epistêmico na sociedade*”?

13 MAYNTZ, R. “Steuerung, Steuerungsakteure, Steuerungsinstrumente”, in: *Hi-Mon*, Cad. 70, Gesamthochschule Siegen, 1986; cf. *id.* (ed.). *Implementation politischer Programme II*, Opladen, 1983.

14 MÜNCH, R. “Die sprachlose Systemtheorie”, in: *Zeitschrift für Rechtslehre*, 6, 1985; LUHMANN, N. “Einige Probleme mit reflexivem Recht”, in: *Zeitschrift für Rechtslehre*, 6, 1985; cf. tb. TEUBNER, G. (Ed.). *Autopoietik Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, 1988.

moderna, que sirva de denominador comum para discursos sociais, apesar de toda a autonomização? Será que existe algum tipo de covariação ou até de coevolução entre epistemes? Ou será que a ligação só é possível quando uma episteme é reconstruída no quadro de uma outra episteme?"¹⁵. Teubner trata essa questão em dois níveis: no do "saber fático" econômico, técnico, psiquiátrico e científico em geral, que é estranho e precisa ser traduzido para o código do direito e aí reconstruído, sem que o sistema jurídico possa assumir "a completa autoridade epistêmica" para a confiabilidade do saber estranho assim incorporado; e no nível regulativo do "influenciamento" indireto de áreas sociais estranhas. Para ambos os níveis da comunicação, Teubner vê-se forçado a aceitar um *medium* da "comunicação social geral". No lado do influenciamento regulador de subsistemas estranhos, discursos, epistemes, etc., ele cria o conceito de "interferência" entre direito e sociedade (que ele distingue de "coevolução" e "interpenetração") que abre o direito autopoietico para contatos reais com a economia, a política, a educação, a família, etc., os quais vão além do simples "pretexto". Uma vez que tais sistemas parciais entram em contato, passando pelo *mesmo* evento comunicativo, deve ser possível a ações com referências sistêmicas diferentes "cruzar-se" no mesmo ato de comunicação.

Na conclusão de um contrato de arrendamento, por exemplo, o ato jurídico "cruza-se" com uma transação econômica e com fenômenos do mundo da vida dos participantes: "Pela interferência sistêmica entre direito, mundo da vida e economia, os sistemas parciais podem fazer mais do que simplesmente observarem-se uns aos outros ou apenas regularem-se a si mesmos"¹⁶. Eles podem comunicar entre si, pois, "toda a comunicação especial... é sempre - *uno actu* - comunicação social geral"¹⁷. Como a expressão não-teó-

15 TEUBNER, G. "Die Episteme des Rechts", in: D. Grimm (ed.). *Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*. Baden-Baden, 1990, 126.

16 TEUBNER, (1989), 109.

17 *Ibid.*, 107.

rica "mundo da vida" revela, Teubner precisa aceitar um *medium* de comunicação comum para todas as comunicações sociais, no qual os códigos especiais dos sistemas parciais simplesmente estão ancorados: "Sistemas parciais sociais servem-se da corrente comunicacional social e extraem dela comunicações especiais como se fossem elementos novos"¹⁸. Além disso, as interferências que se juntam a atos de comunicação singulares podem cristalizar-se estruturalmente como interferência em papéis de vários tipos de sociedade. Eu não acredito que essa proposta possa ser introduzida num quadro coerente com uma teoria.

De um lado, o discurso do direito deveria cingir-se à sua auto-produção e construir apenas imagens internas próprias, do mundo exterior; de outro lado, ele deveria reformular e utilizar a "comunicação social geral", a fim de "influenciar", por este caminho, a comunicação de outros mundos do discurso. É difícil ligar entre si ambos os enunciados. Se o primeiro enunciado parcial for correto, então o mesmo ato de comunicação pertence a, pelo menos, dois discursos diferentes; porém, neste caso, a identidade de ambos os proferimentos só pode ser reconhecível objetivamente, e não na perspectiva de um dos discursos participantes. Caso contrário, teria que subsistir entre eles uma relação de tradução, a qual romperia o fechamento recursivo dos círculos de comunicação, que são intransparentes uns em relação aos outros. Em prol desta interpretação fala a seguinte e curiosa formulação: "*Todo o ato jurídico é, uno actu, um evento da comunicação social geral. O mesmo evento comunicativo está engatado em dois discursos sociais distintos, ou seja, no discurso jurídico especializado, institucionalizado, e numa comunicação geral difusa. A interferência do direito com outros discursos sociais não significa que estes se diluam num superdiscurso multidimensional e também não significa que haja uma 'troca' de informações entre eles. Pois, em cada discurso, a informação é constituída de modo novo, e a interferência não acrescenta ao todo nada além da simultaneidade de dois eventos comunicativos*"¹⁹. Ora, a contemporaneidade não consegue

18 *Ibid.*, 108.

19 *Ibid.*, (1990), 27

garantir a identidade de uma expressão, a qual recebe significados distintos, dependendo da linguagem tomada como referência. O elemento idêntico do evento significativo teria que ser percebido na diferença de seus significados e apreendido na perspectiva de um observador. Entretanto, como é impossível que haja tal posição do observador ou que haja um sujeito social geral – segundo pressupostos da teoria do sistema – um evento comunicativo tem que ser identificado como *o mesmo* por pelo menos um dos discursos. Esta realização problemática pode, no melhor dos casos, ser atribuída à comunicação geral que circula na sociedade. Então esse *medium* teria que funcionar como uma linguagem natural que permite codificar convicções a partir das “línguas estrangeiras”, mediando assim a troca de informações que é impossível pelo caminho direto. De outro modo não seria possível o “teste de coerência social”, ao qual os discursos auto-referencialmente fechados estão expostos na comunicação social permanente. Se Taubner pretendesse tornar plausível sua segunda tese seguindo este caminho, teria que postular uma circulação da comunicação para a sociedade em geral, a qual recairia abaixo do nível do fechamento autopoietico, podendo, contudo, assumir uma função de intérprete para discursos especiais, na medida em que extrairia deles conteúdos de informação aptos a serem transmitidos.

Evidências empíricas levam Teubner a formular hipóteses que destroem a arquitetônica teórica na qual está interessado. Numa sociedade inteiramente descentrada, não sobra lugar para uma comunicação social ampla, para a autotematização e a auto-influência da sociedade como um todo, porque ela se decompõe centrifugamente em sistemas parciais, os quais só podem comunicar consigo mesmos, em sua própria linguagem específica. Teubner coloca o “mundo da vida” no lugar do centro perdido da sociedade. Este mundo da vida constitui-se através de uma linguagem que circula em todos os domínios da sociedade, demonstrando uma estrutura auto-referencial que torna possível traduções de todos os códigos. Uma interferência do sistema que afirma ser “possível não somente a observação, mas também o engate comunicativo entre sistema e ‘mundo da vida’”²⁰, exige, sob o limiar de códigos especificados funcionalmente, um *medium* de comunicação *geral*. Este se parece com a linguagem coloquial, podendo inclusive ser confundido com ela.

Ele permite a diferenciação de meios de regulação, tais como o dinheiro ou o poder, não podendo, no entanto, ser tido como um mecanismo sistêmico. Esta proposta não se presta à conceitualização do direito como um sistema autopoietico. Ele aponta, ao invés disso, na direção de uma teoria do agir comunicativo, a qual introduz uma distinção entre um mundo da vida, ligado ao *medium* da linguagem coloquial, e sistemas dirigidos por códigos especiais, abertos adaptativamente ao ambiente.

Tal concepção não comete o erro de colocar os discursos especiais, tidos como capazes de solucionar qualquer problema, acima da linguagem coloquial não-especializada. A linguagem coloquial, gramaticalmente complexa e estruturada reflexivamente, possui, do mesmo modo que a mão, que constitui um monopólio antropológico, a vantagem da multifuncionalidade. Com sua capacidade de interpretação praticamente ilimitada e com seu modo de circulação, é superior aos códigos especiais pelo fato de formar um campo de ressonância para os ônus externos dos sistemas parciais diferenciados, permanecendo, deste modo, sensível aos problemas da sociedade global. As definições e elaborações de problemas, esboçadas na linguagem coloquial, permanecem mais difusas, sendo operacionalizadas com menos clareza, num nível de diferenciação inferior ao dos códigos especiais, onde são abordados aspectos unilaterais de custos e vantagens, ordem e obediência, etc. Em contrapartida, a linguagem coloquial não está amarrada a um único código; ela é naturalmente poliglota, não havendo necessidade de pagar o preço da especialização – ou seja, ficar surda aos problemas formulados numa linguagem estranha.

Quando se leva isso na devida conta, realiza-se a especificação funcional do mundo da vida, de tal modo que seus componentes – cultura, sociedade e estruturas da personalidade – se diferenciam *nos limites* de uma linguagem multifuncional, permanecendo *interligados* entre si através desse *medium*. Não se pode confundir com isso a diferenciação formadora de sistemas, que se dá através da introdução de códigos especiais, a qual faz com que do mundo da vida, que é um componente da

20 TEUBNER (1989), 109.

sociedade, surjam sistemas funcionais tais como a economia dirigida pelo dinheiro e uma administração dirigida pelo poder²¹. Sob essas premissas, o direito detém uma função de charneira entre sistema e mundo da vida, que não se coaduna com a idéia de um encapsulamento do sistema jurídico. Aquilo que Teubner descreve como “realização de interferência” resulta da singular “posição dupla” ocupada pelo direito, que faz a mediação entre um mundo da vida, reproduzido através do agir comunicativo, e sistemas sociais funcionais, que formam mundos circundantes uns para os outros. A circulação comunicacional do mundo da vida é interrompida no ponto onde se choca com o dinheiro e o poder administrativo, meios que são surdos às mensagens da linguagem coloquial; pois esses códigos especiais, além de se diferenciarem da linguagem coloquial, foram desmembrados dela. É verdade que a linguagem coloquial forma um horizonte da compreensão; em princípio, ela é capaz de traduzir tudo *em* todas as linguagens. Porém ela é incapaz de operacionalizar eficientemente para todos os destinatários suas mensagens endereçadas ao comportamento. Para traduzi-las *nos* códigos especiais, ela depende do direito, o qual tem contato com o dinheiro e o poder administrativo. O direito funciona como uma espécie de transformador, o qual impede, em primeiro lugar, que a rede geral da comunicação, socialmente integradora, se rompa. Mensagens normativas só conseguem circular *em toda a amplitude da sociedade* através da linguagem do direito; sem a tradução para o código do direito, que é complexo, porém aberto tanto ao mundo da vida como ao sistema, estes não encontrariam eco nos universos de ação dirigidos por meios²².

21 Cf. HABERMAS, J. “Handlungen, Sprechakte, sprachlich vermittelte Interaktionen und Lebenswelt”, *in: Id.* (1988), 98s.

22 Na perspectiva da teoria do sistema, a circulação social é um indicativo para o *status* arcaico de uma moral que é superada pelos sistemas funcionais. Cf. LUHMANN, N. “Ethik als Reflexionstheorie der Moral”, *in: Id. Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Vol. III. Frankfurt a/M., 1990, 338-448.

II. Retorno do direito racional e impotência do dever-ser.

A partir dos anos 70, o ataque das ciências sociais ao normativismo do direito racional desencadeou uma reação surpreendente. E a filosofia do direito, seguindo a esteira da reabilitação geral de questionamentos da filosofia prática, deu uma guinada, passando a revalorizar, de uma forma por demais direta, a tradição do direito racional. Quando surgiu a “Teoria da justiça”, de John Rawls (1971), o pêndulo oscilou para o outro lado. Entre filósofos e juristas, inclusive entre economistas, introduziu-se um discurso ingênuo que retoma teoremas do século XVII e XVIII, como se não fosse preciso tomar ciência do desencantamento do direito, levado a cabo pelas ciências sociais. Se a retomada da argumentação do direito racional não levar em conta metacriticamente a mudança de perspectivas, acontecida na economia política e na teoria da sociedade, destroem-se as pontes que ligam esses dois universos de discurso. Entrementes, o discurso normativo retoma a questão acerca da impotência do dever-ser, que já motivara Hegel a estudar A. Smith e D. Ricardo, a fim de entender a constituição da moderna sociedade civil como um momento da realidade da idéia ética²³. Nesta perspectiva, o interesse de John Rawls nas condições da aceitação política de sua teoria da justiça, inicialmente desenvolvida *in vacuo*, aparece como o retorno de algo que fora reprimido. E aí se trata do velho problema da realização do projeto racional de uma sociedade justa, o qual é contraposto abstratamente a uma realidade sem razão, depois que se esgotou a confiança filosófico-histórica no modo de Hegel e Marx soletarem a dialética entre razão e revolução – e o que resta na prática é o caminho reformista de tentativa e erro, única solução moralmente imputável²⁴.

23 BUCHANAN, A. E. *Marx und Justice*. Londres, 1982; KOSLOWSKI, P. *Gesellschaft und Staat*. Stuttgart, 1982, cap. 6, 242-292.

24 Para o que segue, cf. BAYNES, K. *The Normative Grounds of Social Criticism, Kant, Rawls, and Habermas*. Albany, Nova Iorque, 1992.

Em sua “Teoria do direito”, Rawls desenvolvera a idéia de uma sociedade “bem ordenada” sob as modernas condições de vida. Esta forma um sistema que possibilita a cooperação justa entre parceiros do direito, iguais e livres. As instituições fundamentais de tal sociedade precisam ser configuradas de acordo com um esquema fundamentado à luz da justiça entendida como imparcialidade (*Fairness*), *merecendo* destarte o assentimento racionalmente motivado de todos os cidadãos. E, seguindo um modelo contratualista, Rawls sugere que os dois princípios supremos da justiça sejam fundamentados, seguindo um procedimento que pode ser interpretado como a explicação do ponto de vista da avaliação imparcial de questões da justiça política, detentoras de um conteúdo moral. No “estado primitivo”, os partidos envolvidos no processo de justificação estão submetidos às limitações (especialmente a igualdade, independência e desconhecimento de sua própria posição no interior de uma sociedade futura) que garantem, ou melhor, fazem com que todos os acordos fundados em considerações de ordem teleológica sejam simultaneamente do interesse de todos, portanto justas ou corretas no sentido normativo²⁵.

E, neste *primeiro nível* da justificação normativa de seu modelo da sociedade bem ordenada - o qual revela características que a sociedade americana considera “liberais” e a europeia “social-democratas” - Rawls se envolve com o problema da auto-estabilização. No parágrafo 86 da “Teoria da justiça”, ele se esforça para obter a prova da “congruência entre o justo e o bom”. No estado primordial, os partidos que se unem em torno de princípios racionais não passam de constructos ou grandezas artificiais; eles não devem ser confundidos com os cidadãos de carne e osso, que viveriam sob as condições reais de uma sociedade organizada segundo princípios da justiça. Eles também não coincidem com os cidadãos racionais, pressupostos na teoria, dos quais se espera que também ajam moralmente, ou seja, que não coloquem os seus interesses pessoais acima das obrigações de um cidadão leal. O

25 RAWLS, J. *Theorie der Gerechtigkeit*. Frankfurt a/M., 1975. Não precisamos ater-nos aqui nos detalhes. Cf. minhas análises in: HABERMAS, J. (1991a), 125ss e 203ss.

sentido de justiça pode fundamentar o desejo de agir justamente; porém esse motivo não tem efeito automático como, por exemplo, o desejo de evitar dores. Por isso, Rawls apóia-se numa “teoria fraca do bem”, a fim de mostrar que instituições justas poderiam criar condições sob as quais é do interesse de todos perseguir os próprios planos de vida sob as mesmas condições que permitem a outras pessoas concretizar seus planos de vida. Numa sociedade bem ordenada, também seria bom para mim satisfazer às exigências da justiça. Ou seja, utilizando as palavras de Hegel: a moralidade do indivíduo singular encontraria, nas instituições de uma sociedade justa, o seu contexto ético. A auto-estabilização da sociedade justa não se apóia, pois, numa coerção do direito e, sim, na força socializadora de uma vida sob instituições justas; tal vida aperfeiçoa e, ao mesmo tempo, estabiliza as disposições dos cidadãos para a justiça.

Isso tudo faz sentido, no caso de já existirem instituições justas. Porém as coisas mudam quando se pergunta acerca do modo de *estabelecê-las* em circunstâncias dadas. Para um teoria filosófica da justiça, essa questão não se coloca sob pontos de vista pragmáticos, pois ela reflete sobre as condições culturais e políticas do pluralismo de convicções axiológicas, sob as quais a teoria da justiça deveria encontrar ressonância no atual público de cidadãos. Nesse *segundo nível* da argumentação, não se trata do problema da aplicação de uma teoria tida como válida, mas de saber como o conceito teórico-normativo da sociedade bem ordenada pode ser situado no contexto de uma cultura política e de uma esfera pública existente, a fim de encontrar factualmente o assentimento de cidadãos dispostos ao entendimento. Nesse contexto, o conceito “*reflective equilibrium*”, não suficientemente esclarecido por Rawls, desempenha um papel ambivalente.

O equilíbrio reflexivo caracteriza um método importante no próprio nível da construção da teoria. Aqui ele significa o procedimento - típico das teorias reconstrutivas em geral - segundo o qual o saber intuitivo de sujeitos competentes pode ser explicitado de forma racional, lançando mão de proferimentos exemplares. No segundo nível, onde a teoria da justiça se debruça sobre o seu próprio contexto de inserção, o processo da reconstrução racional

assume um outro papel, a fim de explicar como e por que seus enunciados conseguem trazer para o conceito a substância normativa das intuições mais comprovadas de nossa prática cotidiana e das melhores tradições de nossa cultura política. A prova de que seus princípios refletem apenas as convicções fundamentais e latentes da população deve servir para que esses princípios encontrem uma “sede” na vida política: “*The aim of political philosophy, when it presents itself in the public culture of a democratic society, is to articulate and to make explicit those shared notions and principles thought to be already latent in common sense; or, as is often the case, if common sense is hesitant and uncertain, to propose to it certain conceptions and principles congenial to its most essential convictions and historical traditions*”²⁶. No decorrer dos anos 70, ao esmaecer a forte pretensão universalista de sua teoria da justiça, Rawls apagou o sentido diferencial ínsito no apelo às nossas melhores intuições normativas, em três contextos: no da *fundamentação* da teoria, no do *esclarecimento* público sobre os princípios de uma teoria já defendida por *experts* filósofos e no da *propaganda* em prol desses mesmos princípios. Quanto mais Rawls acredita na necessidade de apoiar a própria teoria da justiça nas intuições culturalmente veiculadas, que ninguém “de nós” pode rejeitar racionalmente, tanto mais imprecisa se torna a fronteira entre o empreendimento de uma fundamentação filosófica dos princípios da justiça e a tarefa do auto-entendimento político de uma comunidade jurídica concreta sobre as bases normativas de sua convivência, em relação à qual as sugestões explicativas do filósofo podem assumir, quando muito, uma função catalisadora ou meramente clarificadora.

Inicialmente o conceito “*overlapping consensus*” se ressentia da mesma ambigüidade. Mais tarde, porém, Rawls reconheceu a necessidade de uma distinção mais nítida entre o nível da fundamentação filosófica e o das considerações sobre a aceitação: “*Here (on the second stage) the idea of an overlapping consensus is*

26 RAWLS, J. “Kantian Constructivism in Moral Theory”, in: *Journal of Philosophy*, vol. 77, 1980, 518.

introduced to explain how, given the plurality of conflicting comprehensive religious, philosophical and moral doctrines always found in a democratic society ... free institutions may gain the allegiance needed to endure over time”²⁷. Esse texto induz a modos de ler concorrentes. Pois não se consegue saber com precisão se a questão da auto-estabilização de uma sociedade justa, abordada na “Teoria da justiça”, deve ser aprofundada apenas com relação ao fato do pluralismo de cosmovisões, ou se o conceito do “consenso que se sobrepõe ou justapõe” (*overlapping*) é apenas uma solução encontrada para, em determinadas circunstâncias, garantir à teoria uma medida de aceitação bem ponderada e teoricamente necessária para um melhoramento reformista de instituições existentes. Nas páginas seguintes, eu tomo como ponto de partida esse segundo tipo de leitura.

Numa sociedade pluralista, a teoria da justiça só pode contar com aceitação, quando se limitar a uma concepção pós-metafísica em sentido estrito, ou seja, se evitar tomar partido na disputa entre formas de vida e cosmovisões. Também o uso público da razão nem sempre leva ao almejado acordo racionalmente motivado, seja em questões teóricas, seja, principalmente, em questões práticas. As razões para isso devem ser buscadas no trabalho de demonstração que as pretensões racionais ideais impõem ao espírito finito. Isso também vale para discursos científicos. Nos discursos práticos, é preciso levar em conta, além disso, que as questões da vida boa, mesmo quando tratadas sob condições ideais, somente podem encontrar uma resposta racional no horizonte configurado por um esboço de vida já pressuposto como válido. Entretanto, uma teoria da justiça, talhada conforme as condições da vida moderna, precisa contar com uma variedade de formas e planos de vida coexistentes e que encontram a mesma justificativa; na perspectiva de diferentes tradições e histórias de vida, perdurará um dissenso

27 *Id. The Domain of the Political and Overlapping Consensus*. Manuscrito, 1989, 1.

racional sobre essas formas e planos²⁸. Por isso, a teoria deve limitar-se ao círculo estreito das questões políticas e morais fundamentais, nas quais se pode esperar racionalmente um “consenso que se sobrepõe”; são precisamente as questões que dizem respeito a valores neutros do ponto de vista das cosmovisões e aceitáveis em geral. O que se procura são princípios ou normas que incorporam interesses generalizáveis.

Rawls imagina que uma teoria pós-metafísica da justiça, que inclui apenas um conceito fraco do bem, definido formalmente, representa uma média de proposições normativas, na qual as interpretações mais amplas, porém contextuais, do mundo e de si mesmo, éticas, religiosas ou até metafísicas, “se sobrepõem parcialmente” (*overlap*). Eu gostaria de acrescentar que essas cosmovisões concorrentes precisam levar em conta condições do pensamento pós-metafísico, a fim de poderem expor-se sem reservas à controvérsia pública e argumentativa: “*The hope is that, by this method of avoidance, as we might call it, existing differences between contending political views can at least be moderated, even if not entirely removed, so that social cooperation on the basis of mutual respect can be maintained. Or if this is expecting too much, this method may enable us to conceive how, given a desire for free and uncoerced agreement, a public understanding could arise consistent with the historical conditions and constraints of our social world*”²⁹.

Não se sabe ao certo o que Rawls conseguiu com essas considerações - nem o que ele deixou de conseguir. Ele mostrou, certamente, que uma teoria normativa da justiça, nos moldes por ele sugeridos, pode lançar âncoras numa cultura onde o costume e a tradição fizeram com que certas convicções liberais básicas

28 Rawls coloca também isso na conta das “burdens of reason”. Entrementes os trabalhos de Rawls, de 1978 até 1989, encontram-se reunidos in: *Id. Politischer Liberalismus*. Frankfurt a/M. 1992. Sobre os “fardos da razão”, cf. p. 336-399.

29 RAWLS, J. “Justice as Fairness”, in: *Political not Metaphysical, Philosophical and Public Affairs*, vol. 14, 1985, 231.

entrassem nas práticas do intercâmbio cotidiano e nas intuições de cada um dos cidadãos. Rawls acredita que tal contexto pode ser encontrado não somente na cultura pluralista dos Estados Unidos; ele sabe também que tal pluralismo pode desenvolver-se e até agudizar-se, na medida em que os princípios de justiça nele postulados assumam uma figura concreta nas instituições portadoras da sociedade. No meu entender, porém, a correspondência entre a teoria pós-metafísica da justiça e o seu contexto de surgimento nos Estados Unidos não significa que Rawls “apenas tenta trazer para um sistema os princípios liberais e intuições típicos dos americanos”³⁰. Richard Rorty atribui a Rawls “um enfoque inteiramente histórico e anti-universalista”³¹; ele não teria fornecido uma explicação racional procedimental da avaliação imparcial de questões político-morais, e sim “uma descrição histórico-sociológica” de instituições jurídicas da sociedade americana atual.

Entretanto, a atitude contextualista de Rorty não é plausível: se o objetivo teórico de Rawls fosse tão modesto, como explicar então o considerável esforço de fundamentação despendido por ele em prol de sua teoria? Rorty junta os dois níveis de argumentação, que Rawls distingue, confundindo o sentido reconstrutivo que o equilíbrio reflexivo possui no contexto da justificação, com o sentido de um auto-entendimento ético ou de esclarecimento da existência, que a teoria da justiça assume quando é capaz de iluminar seu próprio contexto de surgimento. Se ela tivesse que ser tida *desde o início* como a auto-reflexão de um processo de formação e se tivesse que tematizar apenas *determinadas* tradições políticas - e aqui os liberais poderiam sentir-se em casa - então o segundo passo de uma conscientização reflexiva das condições de aceitabilidade, que vai além da fundamentação teórica, perderia a sua ponta. E Rawls teria conseguido evitar, desde o início, o

30 RORTY, R. “Der Vorrang der Demokratie vor der Philosophie”, in: *Id. Solidarität oder Objektivität*. Stuttgart, 1988, 101; cf. a discussão entre R. Bernstein e R. Rorty in: *Political Theory*, vol. 15. nov. 1987, 538-580.

31 *Id.* (1988), 91.

abismo entre teoria normativa e prática reformista na área do direito racional, pagando, é verdade, um preço: ele teria renunciado à pretensão geral de validade teórica. E teria que confessar que ambos os princípios da justiça não pretendem ser válidos, por exemplo, para os alemães, porque não há, na história e na cultura alemã, elementos de formação equivalentes aos da tradição constitucional americana³². Eu não encontro nenhum indício para tal confissão. Pois a falta de uma cultura política correspondente (a qual existe, entretanto, na própria República Federal) não pode ser tida na conta de uma falsificação de princípios da justiça válidos no estado primitivo, seguindo o juízo bem refletido dos partidos. Todos, inclusive os que não são herdeiros de Jefferson, devem poder reproduzir esse juízo imparcial. Os pressupostos da comunicação, sob os quais esses partidos combinam seus acordos, esclarecem um ponto de vista moral que não é privilégio de uma determinada cultura, uma vez que está ancorado profundamente nas simetrias do reconhecimento recíproco em geral de sujeitos que agem comunicativamente.

Ora, essas condições abstratas, que tornam possível o *juízo* imparcial de questões práticas, não coincidem com as condições sob as quais nós estamos dispostos a *agir* moralmente. Por isso, Rawls, ao procurar a força motivacional de uma cultura política favorável, encontra-a numa tradição constitucional privilegiada, com mais de duzentos anos de idade, sempre desafiada por conflitos raciais e de classes, porém renovada e revitalizada a cada passo, através de interpretações radicais. Não podemos entender isso apenas em sentido literal, caso contrário a força política de convencimento ficará reduzida a alguns poucos contextos de ressonância.

Isso tudo estimula Ronald Dworkin a procurar uma inserção menos contingente. Segundo ele, a eficácia de princípios liberais não pode ficar na dependência de potenciais latentes, que podem ser despertados arbitrariamente a partir de tradições *já existentes*.

32 Cf. a crítica de K. O. Apel à posição de Rorty, in: APEL, K. O. *Diskurs und Verantwortung*. Frankfurt a/M., 1988, 412ss.

Por isso Dworkin não se limita a atribuir à teoria o peso da fundamentação de princípios abstratos e flutuantes de justiça: impõe-lhe também a tarefa de uma fundação desses princípios. Segundo ele, um conceito de justiça pós-metafísico não pode ser desacoplado dos esboços abrangentes, concretos e, por isso mesmo, motivadores, de uma vida bem-sucedida. No lugar da moral, que atribui a precedência deontológica ao correto frente ao que é bom, Dworkin deseja colocar uma ética liberal suficientemente formal, que seja compatível com o provável dissenso sobre as orientações vitais preferidas, mantendo, porém, um razoável grau de substancialidade para formar um complexo motivacional para princípios liberais abstratos. Essa teoria inteira deve inserir o conceito deontológico da justiça numa ética consoante: “*Os filósofos liberais que adotam a visão restrita segundo a qual o liberalismo é uma teoria do justo e não do bom, enfrentam o problema de explicar os motivos que levam as pessoas a serem liberais...: Eles tentam encontrar razões morais ou motivacionais que levam as pessoas a colocar de lado suas convicções sobre a vida boa quando agem politicamente. Eu penso que os liberais devem rejeitar essa visão restrita de sua teoria. Eles devem tentar, ao contrário, conectar a ética e a política ao construir uma visão sobre a natureza ou caráter da vida boa, que faz a moralidade política liberal parecer algo muito mais contínuo do que descontínuo, com visões filosóficas atraentes sobre a vida boa*”³³.

33 DWORKIN, R. “Foundations of Liberal Equality”, in: *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. VIII, 1990, 2-3. No tocante ao conceito pós-metafísico de justiça, de Rawls, ele acrescenta: “A political conception of justice, constructed to be independent of and neutral among different ethical positions people in the community hold, is perhaps more likely to prove acceptable by everyone in the community than any conception that is not neutral in this way. If we were statesmen intent on securing the widest possible agreement for some political theory, which could then serve as the basis of a truly and widely consensual government, we might well champion a political conception for that reason ... but we need more from a theory of justice than consensual promise; we need categorical force. Liberals insist that political decisions be made on liberal principles now, even before liberal principles come to be

O projeto de Dworkin põe a descoberto o dilema no qual se enreda necessariamente qualquer ética que pretende validade universal no contexto do pensamento pós-metafísico. Na medida em que ela profere enunciados substanciais, suas premissas ficam presas ao contexto de surgimento de determinadas interpretações do mundo, ou até de auto-interpretações pessoais; tão logo ela se formaliza, sua substância passa a residir apenas na explicação do procedimento dos discursos éticos de auto-entendimento. Não há necessidade de aprofundar aqui esse ponto³⁴. A fragilidade da tentativa rawlsiana de superar o abismo entre as exigências idealistas da teoria e a facticidade social pode ser detectada num nível onde não pode ser compensada por uma teoria ética. A realidade recalcitrante com a qual o raciocínio normativo quer entender-se não é feita apenas e, em primeira linha, de pluralismo de ideais de vida e de orientações axiológicas conflitantes, mas também de um material mais duro que são as instituições e os sistemas de ação.

No primeiro nível da construção teórica, Rawls detém-se em questões acerca da institucionalização constitucional dos princípios da justiça, fundamentados inicialmente *in abstracto*. Também não desconhece o aspecto da sanção do Estado, a qual liga externamente o direito coercitivo ao comportamento de seus destinatários - o que não acontece com a moral, que pode apelar apenas ao sentido de justiça. Mesmo assim, ele não consegue esclarecer a relação entre direito positivo e justiça política. Rawls concentra-se em questões da legitimidade do direito, sem tematizar a forma do direito enquanto tal, e com isso, a *dimensão institucional* do direito. O que é específico na validade do direito, a tensão entre facticidade e validade inerente ao próprio direito, não entra em seu campo de visão. Por isso também, a dimensão externa entre a

pretensão de legitimidade do direito e a da facticidade social é captada de modo reduzido. A realidade contraposta à norma é reduzida no segundo passo da reflexão sobre as condições culturais para a aceitação da teoria da justiça. Rawls procura detectar até que ponto os princípios da justiça são plausíveis ante o pano de fundo das tradições políticas e no *contexto cultural* da comunicação pública de uma sociedade contemporânea pluralista. Não se refere aos processos de decisão realmente institucionalizados, nem às tendências de desenvolvimento políticas e sociais que possivelmente se contrapõem aos princípios do Estado de direito, transformando em ironia as instituições da sociedade bem ordenada.

O conceito "político" de justiça, de Rawls, responde a um problema que Hegel tinha tratado sob o título da relação entre moral e eticidade. Para o clássico direito da razão, o problema da reação entre norma e realidade fora colocado inicialmente num outro nível. O direito racional tomara como ponto de partida a diferença entre moral e direito e levava em consideração a tensão entre facticidade e validade embutida no próprio direito positivo. Nesta medida, ele era naturalmente mais realista do que uma teoria da justiça orientada moralmente. Ele se confrontara, por assim dizer, com a realidade do processo político em toda a sua extensão. Se Rawls quisesse recuperar *esse* questionamento, não poderia contentar-se, no segundo nível de sua argumentação, com uma reflexão sobre condições de uma *cultura* política acolhedora: ele teria que ocupar-se de uma reconstrução normativa do desenvolvimento do Estado de direito e de sua *base social*.

Essa tarefa complexa implica um investimento empírico que exige muito mais do que uma simples apropriação histórica de contextos político-culturais. Ora, os princípios das teorias da sociedade enfocados até aqui, desenvolvidos na perspectiva do observador e que perpassam a autocompreensão normativa do sistema jurídico, apenas para desmascará-la, são insuficientes. As análises sociológicas do direito têm que unir a intervenção externa com uma reconstrução que inicia internamente; a partir daí, o engate da teoria normativa na realidade não precisa mais passar, *sem mediação*, por sobre a consciência política de um público de cidadãos. Uma teoria normativa, desenvolvida para a reconstrução do desenvolvimento do

embraced by everyone, if they ever will be" (*ibid.*, 17). Cf. tb. DWORKIN, R. "Liberal Community", in: *Calif. Law Rev.* 77 (1989). 479-589, aqui 561ss.

34 Cf. HABERMAS, J. "Zum pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft", in: *Id.* (1991a), 100-118.

Estado de direito de sociedades concretas, poderia encontrar o seu lugar pleno no contexto de uma descrição crítica dos processos políticos constatáveis. Essa perspectiva dupla, talhada ao mesmo tempo para a reconstrução e o desencantamento do direito³⁵, pode encontrar pontos de partida interessantes nas teorias da sociedade clássicas de Durkheim e Max Weber, até Parsons.

III. Parsons versus Weber: a função social integradora do direito.

O discurso filosófico sobre a justiça não faz jus à dimensão institucional, que constitui o objeto primordial do discurso jurídico. E, sem a visão do direito como sistema empírico de ações, os conceitos filosóficos ficam vazios. Entretanto, na medida em que a sociologia do direito se empertiga num olhar objetivador lançado a partir de fora e insensível ao sentido da dimensão simbólica que só pode ser aberta a partir de dentro, a própria contemplação sociológica corre o risco de ficar cega. Contra esse perigo armaram-se princípios, especialmente os de inspiração neokantiana, que operam com a seguinte idéia: nas ordens sociais há uma *interpenetração* de idéias e interesses (M. Weber), ou de valores culturais e motivos (Parsons). Eles entendem o agir institucionalizado como realização seletiva de valores culturalmente reconhecidos sob limitações típicas de uma situação. Ordens sociais conferem realidade às expectativas normativas de comportamento, na medida em que especificam valores, tendo em vista as condições concretas de aplicação, integrando-os com interesses dados. Max Weber deixou-se conduzir por uma antropologia dualista, segundo a qual os sujeitos agentes defrontam-se com problemas da necessidade, tanto de ordem interna como externa, buscando bens ideais e materiais. Também T. Parsons parte de orientações axiológicas e necessidades que precisam ser harmonizadas entre si. Entretanto, é possível desenvolver um conceito semelhante de instituição, tomando como ponto de partida o problema formal da coordenação da ação.

35 Cf. PETERS, (1991), 35ss.

Em qualquer situação, o número de possibilidades que o ator tem à sua disposição ultrapassa sempre o das que podem ser realizadas. Ora, se cada participante da interação, seguindo suas expectativas de sucesso, escolhesse apenas uma opção, deixando de lado o amplo espectro de opções, teríamos um conflito permanente entre seleções casuais independentes, o qual não pode ser estabilizado, mesmo que cada participante sintonize reflexivamente suas expectativas com as prováveis expectativas dos outros, a fim de tomar sua própria decisão em conformidade com a expectativa dos outros atores. O embate contingente de interesses não é capaz de produzir uma ordem social. Por isso, Durkheim postulou um consenso preliminar sobre valores e a orientação dos participantes através de valores reconhecidos intersubjetivamente, a fim de explicar a formação e a estabilidade de padrões de comportamento. A seguir, é preciso explicar como atores que são livres em suas decisões se *ligam* a normas em geral, isto é, se *submetem* a normas para a realização de valores correspondentes. Os atores não sentirão a coerção tênue de pretensões normativas como violência imposta a partir de fora se se apropriarem dela como coerção moral, isto é, se a traduzirem para motivos próprios. Durkheim esforça-se em traduzir a autonomia kantiana, que fundamenta a ligação a ordens supra-pessoais sobre o discernimento pessoal, o que a transforma em algo mais do que simples liberdade de escolha. Exige-se uma relação simétrica entre a autoridade moral de normas vigentes e o autocontrole ancorado nas estruturas da personalidade. Segundo Parsons, os valores internalizados devem corresponder a valores institucionalizados. Ou seja: os destinatários da norma somente estarão motivados suficientemente para a obediência, quando tiverem internalizado os valores incorporados nas normas.

É verdade que a internalização, que cria uma base motivacional para as orientações axiológicas dos atores, costuma ser um processo onde não falta a repressão; porém esse processo *resulta* numa autoridade da consciência que traz consigo a consciência de autonomia. Nessa consciência, o peculiar caráter obrigatório de ordens sociais “vigentes” pode encontrar um destinatário que se deixa “obrigar” voluntariamente.

A isso corresponde a interpretação de Max Weber, segundo a qual as ordens sociais somente podem obter durabilidade enquanto ordens legítimas. A “validade de uma ordem deve significar mais do que uma simples regularidade determinada pelo costume ou pelos interesses envolvidos por um agir social”³⁶, uma vez que o “costume” se apóia numa familiaridade rude, quase mecânica, ao passo que o “agir ordenado legitimamente” exige a orientação consciente por um acordo suposto como legítimo: “*Por acordo nós queremos entender o seguinte estado de coisas: que um agir orientado por expectativas do comportamento dos outros tem uma chance empírica ‘válida’ de ver estas expectativas preenchidas, porque existe objetivamente uma possibilidade de que estas tratarão como ‘válidas’ para seu comportamento aquelas expectativas, apesar da inexistência de um acordo... Na medida em que é condicionada por tais chances de ‘acordo’, a essência do agir comunitário deve chamar-se ‘agir por consentimento’*”³⁷. Weber assevera, neste ponto, que os motivos pelos quais se pode esperar o comportamento dos outros são indiferentes. Todavia, é preciso que se acrescente *também* a suposição justificada de uma “ordem legítima”; e esta se apóia sobre um consenso de valores, na medida em que as idéias ou valores nela incorporados precisam ser reconhecidos intersubjetivamente: *consideraremos o conteúdo de sentido de uma relação social como uma ordem (a) somente quando o agir se orientar por ‘máximas’ alegáveis (em média e aproximativamente). E falaremos (b) numa ‘validade’ dessa ordem, quando a orientação por aquelas máximas também acontece porque elas são vistas de alguma forma como válidas para o agir (portanto, numa medida que conta praticamente)... Uma ordem mantida apenas por motivos teleológicos (zweckrational) é geralmente muito mais frágil do que a simples força do costume... E esta é muito mais frágil do que a que surge com o prestígio da exemplaridade ou da obrigatoriedade, queremos dizer: da ‘legitimidade’*³⁸.

36 WEBER, M. *Wirtschaft und Gesellschaft*, Colônia, 1956, 22.

37 *Id.* “Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie”, in: *Id. Methodologische Schriften*. Frankfurt a/M, 1968, 196s.

38 WEBER (1956) 22s.

No agir ordenado legitimamente, o consentimento reciprocamente suposto está referido ao fato de “que, ao lado de outros motivos, a ordem também aparece, aos olhos de uma parte dos agentes, como exemplar ou obrigatória e, portanto, como *devendo* valer”. De outro lado, uma ordem legítima não repousa somente num consentimento normativo, ancorado intrapsiquicamente através da internalização de valores correspondentes. Enquanto sua validade não estiver protegida através de uma autoridade religiosa ou simplesmente moral, através de uma fé racional em valores, portanto através de sanções internas correspondentes (medo de perder bens de salvação, consciência de vergonha ou de culpa), ou através da capacidade para autoligação, ela necessita de garantias externas. Nesses casos, a expectativa de legitimidade de uma ordem social é estabilizada através de convenções ou do direito. Como é sabido, Weber fala em “convenção”, quando a validade social está garantida exteriormente através de “uma geral e praticamente perceptível desaprovação” do comportamento desviante; fala em “direito”, quando um comportamento que segue em média a norma é garantido através da ameaça de sanções externas por parte de uma “instância que obriga”. O consentimento, que pode ser suposto no agir ordenado legitimamente, modifica-se conforme o tipo das garantias internas e externas, que vêm juntar-se aos argumentos de legitimidade. Ele se apóia num *amalgama de argumentos e motivos empíricos*, os quais têm origens distintas: são deduzidos de narrativas míticas, de cosmovisões religiosas, de doutrinas metafísicas ou têm origem profana, resultando do uso pragmático-teleológico, ético ou moral da razão prática.

Nesta base mista de validade do consentimento que garante validade social a uma ordem e, assim, uma obediência prática a ser esperada, reflete-se a natureza ambivalente das instituições em geral. Interesses só podem ser satisfeitos a longo prazo, quando ligados a idéias que justificam pretensões de validade; idéias, por sua vez, somente podem impor-se empiricamente, quando unidas a interesses que lhes emprestam força impulsionadora. Disso resulta a seguinte consequência metódica: ordens legítimas podem ser analisadas tanto “a partir de cima” como “a partir de baixo”; uma sociologia que procede reconstrutivamente precisa fazer jus

a ambas as perspectivas. Desta maneira, o discurso sociológico do direito pode engatar-se também no discurso filosófico da justiça e, ao mesmo tempo, transcender os limites desse último.

A análise reconstrutiva do juiz ou do cidadão, feita na perspectiva do participante, dirige-se aos conteúdos significativos incorporados no substrato normativo, e às idéias e valores a partir dos quais é possível esclarecer a pretensão à legitimidade ou a validade ideal de um sistema jurídico (ou de normas particulares). A análise empírica, a ser desenvolvida na perspectiva do observador, dirige-se à totalidade formada pela fé na legitimidade, pela situação de interesses, pelas sanções e circunstâncias, portanto, à lógica das situações da ação, que tornam possível explicar a validade empírica e a imposição fática das expectativas de comportamento institucionalizadas de acordo com o direito. Max Weber faz uma distinção entre o *modo de ver sociológico* e o *jurídico*. Enquanto um tem a ver com o conteúdo significativo objetivo de proposições jurídicas, o outro trata de uma prática regulada pelo direito, para a qual “são importantes, entre outras coisas, as representações do homem sobre o ‘sentido’ e o ‘valer’ de determinadas proposições do direito”³⁹.

Com essa distinção, Weber inicia sua sociologia do direito. No modo de ver jurídico, pergunta-se o seguinte: “*o que vale idealmente como direito? Ou seja, que significado, ou melhor, que sentido normativo deveria ser atribuído logicamente a uma formação lingüística que se apresenta como norma do direito? Ao passo que no modo de ver sociológico a questão básica é: o que acontece factualmente no interior de uma sociedade? Por que existe a chance de os homens que participam do agir comunitário ... virem a considerar subjetivamente determinadas ordens como vigentes, o que os leva a orientarem o seu próprio comportamento por elas?*”⁴⁰ Weber pensa que o trabalho reconstrutivo e analítico dos conceitos é atribuição da ciência do direito; aqui ele não distingue suficientemente entre dogmática jurídica, teoria do direito e filosofia do direito. O descuido em relação

39 *Id.* (1968), 181.

40 WEBER, M. *Rechtssoziologie* (ed. por J. Winkelmann). Neuwied, 1960, 53.

à filosofia do direito talvez se deva ao fato de ele manter uma atitude cética em relação a princípios cognitivistas na teoria moral (do modo como é representada atualmente por Rawls e pela ética do discurso). Ao atribuir a reconstrução das condições do sentido e da validade unicamente à dogmática jurídica, Weber sublinha mais a oposição entre essas duas perspectivas metódicas do que o nexos que ele julga estar pelo menos implícito. Ele teria que entender como incluído o seu próprio procedimento sociológico-jurídico. As condições da validade ideal, supostas pela fé na legitimidade, formam condições necessárias, não suficientes, é verdade, para a validade social de uma ordem do direito. Pois as ordens do direito são “ordens legítimas”, incapazes de unir diretamente idéias com interesses; no entanto, elas podem tornar faticamente relevantes razões e pretensões de validade, interpretando interesses através de idéias.

Nos textos de Weber sobre a história e os tipos do direito, as análises reconstrutivas assumem um lugar destacado. Ora, Wolfgang Schluchter, concordando com trabalhos de Klaus Eder⁴¹, Rainer Döbert e comigo, tentou elaborar pormenorizadamente os aspectos internos do desenvolvimento do direito analisado por Weber. Ao lado da diferenciação crescente em domínios objetivos do direito, Weber persegue a racionalização do direito sob o duplo ponto de vista da configuração generalizadora e sistematizadora dos programas e caminhos do direito, e da modificação das bases cognitivas de sua validade. Schluchter reconstrói a variação do nível de fundamentação de decisões do direito segundo o modelo dos níveis de desenvolvimento da consciência moral, que L. Kohlberg, apoiando-se em J. Piaget, comprovou na ontogênese⁴². Schluchter resume a análise realizada sob pontos de vista imanentes ao direito, da seguinte maneira: “*O ponto de partida foi dado pelas distinções de Weber, que fala em direito revelado,*

41 EDER, K. *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften*. Frankfurt a/M., 1976; *id. Geschichte als Lernprozess?* Frankfurt a/M., 1985.

42 KOHLBERG, L. *Essays on Moral Development*. San Francisco, 1981.

tradicional, aberto e estabelecido, de um lado, e em racionalização formal e material do direito, de outro lado. A tese era a seguinte: Weber fez uma distinção entre aspectos materiais e formais do direito e discutiu a sua racionalização sob ambos os pontos de vista, atribuindo a cada um pesos diferentes. Por isso, é preciso que haja uma racionalização, tanto dos caminhos do direito, como da base do direito, os quais, mesmo que possuam um nexó histórico-empírico, devem ser separados analiticamente. Enquanto o procedimento do direito se logiciza, a sua base de validade torna-se abstrata e universal. Ao mesmo tempo, ela é modificada e secularizada por dois tipos de princípios: transcendentos e imanentes ao direito”⁴³.

No presente contexto, eu me interesso apenas pelo ponto de vista metódico segundo o qual a sociologia do direito não pode prescindir de uma reconstrução das condições de validade do “acordo de legalidade” que é pressuposto nos modernos sistemas do direito. Nesta perspectiva, revela-se que a positivação do direito e a conseqüente diferenciação entre direito e moral são o resultado de um processo de racionalização, o qual, mesmo destruindo as garantias meta-sociais da ordem jurídica, não faz desaparecer o momento de indisponibilidade contido na pretensão de legitimidade do direito. O desencantamento de imagens religiosas do mundo, ao enterrar o “duplo reino” do direito sagrado e profano, não traz conseqüências apenas negativas; ele também leva a uma reorganização da validade do direito na medida em que transporta *simultaneamente* os conceitos fundamentais da moral e do direito para um nível de fundamentação pós-convencional. Com a distinção entre normas e princípios de ação, com o conceito de uma produção de normas conduzida por princípios e da estipulação espontânea de regras normativamente obrigatórias, com a noção da força

43 SCHLUCHTER, W. *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus*. Tubinga, 1979, 148; cf. tb. *id.* “Beiträge zur Werttheorie”, in: *id.* *Religion und Lebensführung*. Frankfurt a/M. 1988, vol. 1, 165ss. Cf. minha resposta à crítica que Schluchter faz da ética do discurso in: HABERMAS, J. *Die nachholende Revolution*. Frankfurt a/M., 1990, 131ss.

normatizadora de pessoas autônomas privadas, etc., formou-se a representação de normas estabelecidas positivamente, portanto modificáveis e, ao mesmo tempo, criticáveis e carentes de justificação. Luhmann traduziu a positividade do direito para a seguinte fórmula, demasiado restrita, é verdade: “o direito não é estatuído apenas através de decisão (ou seja, escolhido), porque ele também vale por força de decisão (sendo, portanto, contingente e modificável)”⁴⁴. De fato, a positividade do direito pós-metafísico também significa que as ordens jurídicas só podem ser construídas e desenvolvidas à luz de princípios justificados racionalmente, portanto universalistas.

Max Weber faz jus a esse nexó interno entre princípio de ordenação e de fundamentação no nível da teoria da ação, na medida em que ele analisa o agir regulado pelo direito seguindo o modelo do consórcio que se apóia num regulamento racionalmente acordado. Nele se pressupõe um acordo de legalidade, que reúne em si, de modo “ideal típico”, dois momentos: o regulamento vale porque foi *estabelecido positivamente e racionalmente acordado* em conformidade com o direito de associação. A racionalidade específica de tal estatuto consiste no fato de que os membros se sujeitam à coerção de regras sancionadas pelo Estado, apoiando-se num consenso fundamentado. Weber pensa que as ordens legais não são legítimas enquanto se apoiarem apenas na suposição de tal assentimento racionalmente obtido: é preciso que haja também uma “imposição - e docilidade - na base de uma dominação de homens sobre homens, tida como legítima”⁴⁵. Essa alternativa necessita, sem dúvida, de um esclarecimento, uma vez que a dominação legal, por seu turno, só pode ser tida como legítima na base de sua conformidade com o direito.

O paradoxo da base de validade da “dominação legal” não resulta apenas do uso impreciso do conceito de racionalidade⁴⁶, mas também do tratamento curiosamente limitado do direito moderno,

44 LUHMANN, N. *Rechtssoziologie*. Opladen, 1983, 210.

45 WEBER, (1964), 26.

46 HABERMAS, J. (1981), vol. 1, 355ss.

que Weber desenvolve nos limites de sua sociologia da dominação. Mesmo que ele consiga explicar a racionalização do direito, apoiando-se apenas em seus aspectos internos, e tenha à mão os meios analíticos para reconstruir as bases de validade do direito moderno, estas permanecem na sombra axiológico-cética das *funções* que o direito preenche *para* a organização competente e o exercício da dominação legal. Para Weber, os tipos de direito servem em geral como fio condutor para a pesquisa dos tipos de dominação legítima; e aí o direito moderno entra a tal ponto num nexó funcional com a dominação burocrática da instituição estatal racional, que a *função socialmente integradora, própria do direito*, não é levada na devida conta. Segundo Weber, o Estado de direito obtém sua legitimação, em última instância, não da forma democrática da formação política da vontade, mas somente de premissas do exercício da dominação política conforme ao direito - a saber, da estrutura abstrata das regras e leis, da autonomia da jurisdição, bem como da vinculação jurídica e da construção 'racional' da administração (continuidade e escrituração dos negócios administrativos, organização dos serviços públicos segundo a competência, hierarquia dos cargos, instrução especializada dos funcionários, separação entre pessoa e cargo, separação entre meios administrativos e pessoal administrativo, etc.). Temos em Weber um modelo tipicamente alemão de Estado de direito, no qual se encaixa bem a dominação elitista dos partidos políticos.

Uma outra imagem surge quando adotamos a posição de Parsons e passamos a considerar o Estado de direito moderno na perspectiva de uma juridificação do poder político, que se realiza sob as limitações estruturais dos fundamentos racionais da validade do direito moderno, favorecendo o surgimento de um modo de legitimação democrático, ancorado na sociedade civil, na esfera pública política e no *status* de cidadãos. Parsons vê na comunidade societal ("*societal community*") a esfera nuclear da qual deve ter-se desenvolvido qualquer sistema diferenciado da sociedade. Esse sistema de comunidade abrange todos os domínios de ação especializados em realizações de integração - de um lado, práticas simbólicas que garantem solidariedade social (ritos, culto religioso, cerimônias nacionais, etc.); de outro lado, instituições do segundo nível, que regulam conflitos de ação típicos (como a moral

e o direito), entrando, pois, em ação no caso de distorções que colocam em risco a estabilidade das expectativas de comportamento institucionalizadas no primeiro nível. A moral e o direito representam assim uma espécie de seguro contra perdas (*Ausfallbürgschaft*) para as realizações de integração social de todas as demais ordens institucionais. Tal estrutura normativa e auto-referencial - que se configura em práticas jurídicas arcaicas, tais como arbitragem, oráculo, contenda, vingança de morte, etc. - já se forma nas próprias sociedades tribais⁴⁷. O direito é uma ordem legítima que se tornou reflexiva com relação ao processo de institucionalização. Enquanto tal ele forma o núcleo de um sistema de comunidade, que, por sua vez, é a estrutura nuclear da sociedade em geral.

Parsons, diferindo de Weber, persegue a evolução social do direito sob o aspecto de sua função *própria*, da garantia da solidariedade social, não sob o aspecto da contribuição trazida para a formação da dominação. Em sociedades anteriores às das grandes culturas, o direito ainda está interligado com outros complexos normativos, permanecendo difuso. Um direito parcialmente autônomo só se forma na passagem das sociedades tribais para as das grandes culturas. Esse passo evolucionário caracteriza-se por uma forma de organização do Estado, na qual o direito e o poder político formam uma síntese digna de consideração. O Estado torna possível, em primeiro lugar, a institucionalização de processos jurisdicionais e de imposição do direito, os quais antecedem os partidos em litígio e se encontram acima deles; em segundo lugar, o Estado só se constitui na figura de uma hierarquia de cargos e funções, legitimando-se, ao mesmo tempo, através da forma jurídica do exercício administrativo do poder. Desta maneira, o direito sancionado através do Estado e o poder político exercido conforme o direito promovem-se mutuamente. Apenas neste nível podem formar-se os conhecidos elementos do sistema jurídico: normas do direito ou programas de decisão, que são referidos a *possíveis* casos futuros e garantem *ex ante* pretensões jurídicas; normas jurídicas secundárias que tornam possível a consta-

47 Cf. WESEL, U. *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften*. Frankfurt a/M. 1985.

tação e a modificação das normas de comportamento primárias; uma organização da jurisdição que transforma pretensões de direito em possibilidades de demanda judicial; uma execução do direito, sobre a qual se apóia a ameaça de sanções, etc.

Uma vez que o direito estatal assume as feições específicas de um sistema de direito, a decisão teórica weberiana de compreender o direito como parte do sistema político parece plausível. Menos plausível, no entanto, é o passo que Luhmann dá a seguir e que consiste em desmembrar novamente o direito da política transformando-o num subsistema próprio, independente, ao lado da administração, da economia, da família, etc. Parsons, que vê o desenvolvimento do direito da mesma maneira que Durkheim, acoplado à evolução do sistema da comunidade, assume uma outra perspectiva. Esse sistema se transforma, em sociedades modernas, numa sociedade civil, que se desliga inclusive do envolvimento com o comércio econômico capitalista (pressuposto no conceito hegeliano “sociedade burguesa”). Da precedente “*societal community*” a “*civil society*” herda a função de um lugar-tenente para a integração social da sociedade em seu todo.

Parsons trata os aspectos internos da reorientação do direito tradicional para a fundamentação racional e a positividade, porém, apenas de passagem, sob os títulos da inclusão e da generalização de valores; ao universalismo moral dos fundamentos de validade do direito moderno corresponde a introdução sucessiva de todos os membros da sociedade na associação de sujeitos do direito, livres e iguais. Parsons tematiza preferentemente o desenvolvimento do direito sob aspectos externos. A primeira modernidade é dominada pelo processo de diferenciação de um sistema econômico dirigido por uma ordem de dominação política que passa pelo *medium* do dinheiro, assumindo, por seu turno, a figura de um sistema dirigido pelo poder administrativo. Ambas as formações de subsistemas significam que a sociedade civil se desliga da economia e do Estado. As formas tradicionais de comunidade modernizam-se na figura de uma sociedade civil, a qual, seguindo o pluralismo religioso, se distancia dos próprios sistemas culturais. Acompanhando esses processos de diferenciação, surge uma necessidade de integração de tipo novo, em relação à qual o direito positivado reage de três maneiras diferentes⁴⁸. Os meios de regulação - dinheiro e poder administrativo - são

ancorados no mundo da vida através da institucionalização jurídica dos mercados e das organizações burocráticas. Simultaneamente são juridificados complexos interacionais, nos quais os conflitos antes eram resolvidos eticamente, na base do costume, da lealdade ou da confiança; a partir de agora, esses conflitos são reorganizados de tal maneira que os participantes em litígio podem apelar para pretensões de direito. E a universalização de um *status* de cidadão institucionalizado pública e juridicamente forma o complemento necessário para a juridificação potencial de todas as relações sociais. O núcleo dessa cidadania é formado pelos direitos de participação política, que são defendidos nas novas formas de intercâmbio da sociedade civil, na rede de associações espontâneas protegidas por direitos fundamentais, bem como nas formas de comunicação de uma esfera pública política produzida através da mídia.

Dado que a positivação do direito resulta da racionalização de suas bases de validade, o direito moderno conseguirá estabilizar as expectativas de comportamento de uma sociedade complexa, que inclui mundos da vida estruturalmente diferenciados e subsistemas funcionalmente independentes, se ele assumir a função de lugar-tenente de uma “*societal community*” que se transformou numa sociedade civil, mantendo a pretensão de solidariedade herdada, na forma de uma pretensão de legitimidade digna de fé. Modernos sistemas de direito procuram cumprir essa promessa, através da generalização e da concretização do *status* de cidadão: “*A societal community as basically composed of equals seems to be the ‘end of the line’ in the long process of undermining the legitimacy of such older, more particularistic ascriptive bases of membership as religion, ethnic affiliation, region or locality, and hereditary position in social stratification ... This basic theme of equality has long antecedents but was first crystallized in conceptions of ‘natural rights’... The current prominence of poverty and race problems in the United States is largely owing to the deep moral repugnance that the conception of an inherently ‘lower’ class, to say nothing of an inferior race, arouse in*

48 PARSONS, T. *The System of Modern Societies*. Englewood Cliffs, 1971.

*modern societies, despite vociferous objections to modern egalitarianism among certain groups*⁴⁹. (Uma comunidade societal composta basicamente de iguais parece ser o 'fim da linha' no longo processo de solapamento da legitimidade de bases particularísticas de pertença mais antigas, tais como a religião, a filiação étnica, a região ou localidade e a posição hereditária na estratificação social... Esse tema básico da igualdade tem longos antecedentes, porém cristalizou-se pela primeira vez na expressão 'direitos naturais'... A importância dada aos problemas de raça e pobreza nos Estados Unidos é devida em grande parte à profunda repugnância moral que a concepção de uma classe 'mais baixa' por natureza desperta em sociedades modernas, a despeito das objeções vociferantes de certos grupos em relação ao igualitarismo moderno). Quando se trata do contexto da formação de uma sociedade civil como base para os processos públicos e inclusivos de formação da opinião e da vontade de parceiros do direito, livremente associados, Parsons sublinha, finalmente, o significado da igualdade de chances de formação e, em geral, do desacoplamento entre saber cultural e estruturas de classe: "*The focus of the new phase is the educational revolution which in a certain sense synthesizes the themes of the industrial and the democratic revolutions: equality of opportunity and equality of citizenship*"⁵⁰. (O foco da nova fase é a revolução educa-

49 *Ibid.*, 118s.

50 PARSONS, (1971), 97. Esse já se tornara importante para Durkheim, porque ele entendera a democracia como a "forma onde impera a reflexão" e que se caracteriza pela "existência de uma comunicação constante entre as pessoas civis e o Estado" (DURKHEIM, E. *Physik der Sitten und des Rechts*. Frankfurt a/M. 1991, 131). A maturidade da democracia mede-se pelo nível dessa comunicação pública: "Nesta perspectiva, a democracia aparece como a constituição política na qual a sociedade obtém a consciência mais pura de si mesma. Um povo é tanto mais democrático quanto maior for o papel por ele atribuído ao raciocínio, à reflexão e ao espírito crítico na regulação de seus assuntos públicos. E, vice-versa, é tanto menos democrático quanto maior for o peso do inconsciente, dos costumes inconfessados, em síntese: quanto mais predominarem os preconceitos subtraídos a

cional que sintetiza de certa maneira os temas das revoluções industriais e democráticas: igualdade de oportunidades e igualdade de cidadania). Com esse conceito de "revolução educacional", Parsons atinge as condições culturais e políticas de uma esfera pública política, pela qual ele se interessa acertadamente, pois as medidas para fixar os valores dos processos de legitimação, redigidos conforme uma constituição, tornar-se-ão cada vez mais dependentes de processos de comunicação públicos não organizados, à medida que a pretensão de legitimidade dos modernos sistemas de direito for resgatada, de fato, através da igualdade concreta dos cidadãos.

Parsons entende o direito moderno como uma correia de transmissão abstrata e obrigatória, através da qual é possível passar solidariedade para as condições anônimas e sistemicamente mediadas de uma sociedade complexa, portanto para as estruturas pretensivas de reconhecimento recíproco, as quais nós descobrimos nas condições de vida concretas. Ele toma como referência empírica a expansão dos direitos do cidadão, que T. H. Marshall pesquisou na Inglaterra⁵¹. A divisão sugerida por Marshall em: "*civil*", "*political*" e "*social rights*", segue uma classificação jurídica já conhecida. Segundo esta, os direitos liberais de defesa protegem o sujeito de direito privado contra intromissões ilegais do Estado na vida, liberdade e propriedade; os direitos de participação política possibilitam ao cidadão ativo uma participação no processo democrático da formação da opinião e da vontade; e os direitos de participação social garantem ao cliente do Estado do bem-estar segurança social e um rendimento mínimo. Marshall defende a tese segundo a qual esta seqüência tornou possível assegurar e ampliar sucessivamente o *status* de cidadãos nas sociedades ocidentais nos últimos dois ou três séculos.

E tal concepção de cidadania desperta novamente a atenção nas discussões mais recentes. Marshall tinha pesquisado a crescente inclusão dos cidadãos através dos processos de modernização capitalista. Porém o esquema segundo o qual a ampliação dos direitos dos cidadãos

qualquer exame" (p. 128).

51 MARSHALL, T. H. "Citizenship and Social Class", in: *id. Class, Citizenship and Social Development*. Westport, Conn. 1973.

é representada como resultado de uma evolução social é por demais estreito. Por isso, A. Giddens destacou o papel das lutas e movimentos sociais⁵². É certo que a acentuação das lutas de classe motivadas economicamente é unilateral. Pois movimentos sociais de outro tipo, especialmente migrações e guerras, também estimularam a ampliação do *status* de cidadão em diferentes dimensões⁵³. Fatores que estimulam a juridificação de novas relações de inclusão têm efeitos distintos também sobre a mobilização política da população e, assim, sobre a ativação de direitos dos cidadãos já existentes⁵⁴. Finalmente, a classificação dos direitos, redigida por Marshall, foi ampliada, não apenas em termos de valores culturais, mas também em termos de novos tipos de direitos civis, pelos quais lutam hoje em dia os movimentos feministas e ecológicos.

O desenvolvimento mais ou menos linear que Marshall e Parsons imprimem ao seu conceito de cidadania talvez se refira àquilo que os sociólogos caracterizam em geral como “inclusão”. Numa sociedade crescentemente funcionalizada, um número cada vez maior de pessoas adquire direitos de acesso e de participação cada vez mais amplos num número cada vez maior de subsistemas – quer se trate de mercados, empresas e empregos, de cargos, tribunais e exércitos, de escolas e hospitais, teatros e museus, de associações políticas e meios de comunicação públicos, de partidos, de estabelecimentos de auto-administração ou de parlamentos. O indivíduo tem à sua disposição um número cada vez maior de sociedades de organização e espaços de opção cada vez mais amplos. Essa imagem de um progresso linear resulta, é verdade, de uma descrição neutra com relação aos ganhos e perdas de autonomia. É cega em relação ao gozo real de um *status* de cidadão ativo, através do qual o indivíduo singular pode influir na transformação democrática de seu *status*⁵⁵. Pois somente os direitos políticos de participação fundamentam a colocação reflexiva do direi-

52 GIDDENS, A. “Profiles and Critiques”, in: *Social Theory*. Londres, 1982, 171.

53 TURNER, B. S. *Citizenship and Capitalism*. Londres, 1986.

54 BARBALET, M. *Citizenship*, Stratford, 1988.

55 HELD, D. “Citizenship and Autonomy”, in: *id. Political Theory*

to de um cidadão. Por sua vez, os direitos negativos à liberdade e os direitos de participação social podem ser concedidos de forma paternalística. Em princípio, o Estado de direito e o Estado social são possíveis sem que haja democracia. Porém, mesmo onde as três categorias de direitos estão institucionalizadas, esses direitos de participação e de defesa têm uma dupla face. Os direitos liberais, que se cristalizaram historicamente em torno da posição social do proprietário privado, podem ser entendidos sob pontos de vista *funcionais* como a institucionalização de um sistema econômico dirigido pelo mercado, e, sob pontos de vista *normativos*, como a garantia de determinadas liberdades subjetivas privadas. Sob pontos de vista funcionais, os direitos sociais significam a instalação de burocracias do Estado do bem-estar social; ao passo que, sob pontos de vista normativos, eles garantem pretensões compensatórias para uma distribuição justa da riqueza social. Certamente, tanto as liberdades subjetivas, como as garantias sociais, podem ser tidas como uma base jurídica para a autonomia social que torna possível uma defesa efetiva de direitos políticos. Entretanto, aí se trata de contextos empíricos, não de contextos conceitualmente necessários. Pois direitos de liberdade e de participação podem significar igualmente a renúncia privatista de um papel de cidadão, reduzindo-se então às relações que um cliente mantém com administrações que tomam providências.

A síndrome do privatismo da cidadania e o exercício do papel de cidadão na linha dos interesses de clientes tornam-se tanto mais plausíveis, quanto mais a economia e o Estado, que são institucionalizados através dos mesmos direitos, desenvolvem um sentido sistemático próprio, empurrando os cidadãos para o papel periférico de meros membros da organização. Os sistemas da economia e da administração têm a tendência de fechar-se contra seus mundos circundantes e de obedecer unicamente aos próprios imperativos do dinheiro e do poder administrativo. Eles rompem o modelo de uma comunidade de direito que se determina a si própria, passando pela prática dos cidadãos. A tensão entre um alargamento da autonomia privada e cidadã, de um lado, e a

and the Modern State. Oxford, 1989, 214-242.

normalização foucaultiana do gozo passivo de direitos concedidos paternalisticamente, de outro lado⁵⁶, está introduzida no próprio *status* de cidadãos das democracias de massa do Estado social. Por isso, uma sociologia que procura se manter sensível a tensões desse tipo não pode renunciar a uma reconstrução dos direitos civis na perspectiva interna do sistema jurídico. Nos conceitos fundamentais de sua teoria sistêmica, Parsons também nivela aquilo que Max Weber reconstruiu como sendo a racionalização do direito. Ele aborda a “inclusão” e a “generalização de valores” como dimensões nas quais o conteúdo normativo da concepção social e integradora do direito, incorporado no moderno Estado constitucional, desaparece atrás de hipóteses neutras apenas na aparência, diluindo-se em diferentes níveis de integração sistêmica⁵⁷.

A fim de prevenir tais nivelamentos, irei reconstruir, nos dois próximos capítulos, o conceito de cidadania, a começar pelo seu conteúdo normativo, analisando o sistema dos direitos e os princípios do Estado de direito sob pontos de vista da teoria do discurso. E, nesse empreendimento, tentarei evitar uma ambigüidade muito difundida nos discursos filosóficos sobre a justiça, sugerida pelo uso dos termos lingüísticos “direito” e “direitos”. Podemos falar em “direitos”, tanto do ponto de vista moral, como do jurídico. Ao invés disso, eu prefiro distinguir, preliminarmente, entre direito e moral – não me satisfazendo, como Rawls, com a distinção entre moral e justiça política, ambas situadas no mesmo nível das puras pretensões normativas. Por “direito” eu entendo o moderno direito normatizado, que se apresenta com a pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição. O direito não representa apenas uma forma do saber cultural, como a moral, pois forma, simultaneamente, um componente importante do sistema de instituições sociais. O direito é um

56 EWALD, F. *L'État Providence*. Paris, 1986,

57 A teoria de Richard Münch, que se apóia em Parsons, trabalhando com um conceito de interpenetração de sistemas parciais, carregado normativamente, expõe-se à mesma objeção. Cf. MÜNCH, R. *Theorie des Handelns*. Frankfurt a/M., 1982; *id.* *Die Kultur der Moderne*. Vol. 1 e 2, Frankfurt a/M., 1986.

sistema de saber e, ao mesmo tempo, um sistema de ação. Ele tanto pode ser entendido como um texto de proposições e de interpretações normativas, ou como uma instituição, ou seja, como um complexo de reguladores da ação. E, dado que motivos e orientações axiológicas encontram-se interligados no direito interpretado como sistema de ação, as proposições do direito adquirem uma eficácia direta para a ação, o que não acontece nos juízos morais. De outro lado, as instituições jurídicas distinguem-se de ordens institucionais naturais através de seu elevado grau de racionalidade; pois, nelas, se incorpora um sistema de saber mantido dogmaticamente, isto é, articulado, trazido para um nível científico e interligado com uma moral conduzida por princípios.

Mediante tal conceito de direito, a análise filosófica procura garantir acessos para uma análise empírica apoiada numa “dupla perspectiva”. De outro lado, não se pode renunciar a um princípio da teoria do sistema, de proveniência parsoniana ou luhmanniana, pagando o preço de uma recaída numa concepção holística da sociedade. O “povo do Estado” ou a “associação de parceiros livres e iguais” são construções inevitáveis do sistema jurídico, porém, ao mesmo tempo, inadequadas como modelos para a sociedade tomada como um todo.

O conceito “mundo da vida”, da teoria da comunicação, também rompe com o modelo de uma totalidade que se compõe de partes. O mundo da vida configura-se como uma rede ramificada de ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas; e as ações comunicativas, não somente se alimentam das fontes das tradições culturais e das ordens legítimas, como também dependem das identidades de indivíduos socializados. Por isso, o mundo da vida não pode ser tido como uma organização superdimensionada, à qual os membros se filiam, nem como uma associação ou liga, na qual os indivíduos se inscrevem, nem como uma coletividade que se compõe de membros. Os indivíduos socializados não conseguiriam afirmar-se na qualidade de sujeitos, se não encontrassem apoio nas condições de reconhecimento recíproco, articuladas nas tradições culturais e estabilizadas em ordens legítimas e vice-versa. A prática comunicativa cotidiana, na qual o mundo da vida certamente está centrado, resulta, *com a mesma originariedade*, do jogo entre repro-

dução cultural, integração social e socialização. A cultura, a sociedade e a pessoa pressupõem-se reciprocamente⁵⁸. O conceito jurídico da ordem do direito como uma associação de membros do direito, que é mantido até hoje pelos discursos filosóficos, é por demais concreto para a teoria da sociedade.

Em termos da teoria do agir comunicativo, o sistema de ação “direito”, enquanto ordem legítima que se tornou reflexiva, faz parte do componente social do mundo da vida. Ora, como este só se reproduz junto com a cultura e as estruturas da personalidade, através da corrente do agir comunicativo, as ações jurídicas formam o *medium* através do qual as instituições do direito se reproduzem junto com as tradições jurídicas compartilhadas intersubjetivamente e junto com as capacidades subjetivas da interpretação de regras do direito. Por fazerem parte do componente da sociedade, estas regras do direito formam ordens legítimas de um nível superior; ao mesmo tempo, porém, enquanto simbolismo jurídico e enquanto competências jurídicas socializatórias adquiridas, elas estão representadas nos outros dois componentes do mundo da vida. Os três componentes participam originariamente na produção de ações jurídicas. Do direito participam todas as comunicações que se orientam por ele, sendo que as regras do direito referem-se reflexivamente à integração social realizada no fenômeno da institucionalização. Todavia, o código do direito não mantém contato apenas com o *medium* da linguagem coloquial ordinária pelo qual passam as realizações de entendimento, socialmente integradoras, do mundo da vida; ele também traz mensagens dessa procedência para uma forma na qual o mundo da vida se torna compreensível para os códigos especiais da administração, dirigida pelo poder, e da economia, dirigida pelo dinheiro. Nesta medida, a linguagem do direito pode funcionar como um transformador na circulação da comunicação entre sistema e mundo da vida, o que não é o caso da comunicação moral, limitada à esfera do mundo da vida.

58 Cf. HABERMAS, J. (1988), 95-104.

III. PARA A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO (I): O SISTEMA DOS DIREITOS

As considerações desenvolvidas até este ponto tiveram uma finalidade propedêutica: introduzir a categoria do direito, especialmente a do direito moderno, na ótica da teoria do agir comunicativo. Pois uma teoria crítica da sociedade não pode limitar-se a uma descrição da relação entre norma e realidade, servindo-se apenas da perspectiva do observador. Antes de retomar esta tensão externa entre as pretensões normativas de ordens democrático-constitucionais e a facticidade de seu contexto social (Capítulo VII), eu desejo reconstruir, nos próximos capítulos, a *autocompreensão* destas ordens jurídicas modernas. E tomo como ponto de partida os direitos que os cidadãos têm que atribuir uns aos outros, caso queiram regular legitimamente sua convivência com meios do direito positivo. Esta formulação deixa entrever que existe uma tensão entre facticidade e validade permeando o sistema dos direitos em sua totalidade, característica do modo ambivalente da validade jurídica.

Conforme vimos no primeiro capítulo, o conceito do direito subjetivo desempenha um papel central na moderna compreensão do direito. Ele corresponde ao conceito de liberdade de ação subjetiva: direitos subjetivos (*rights*) estabelecem os limites no interior dos quais um sujeito está justificado a empregar livremente a sua vontade. E eles definem liberdades de ação iguais para todos os indivíduos ou pessoas jurídicas, tidas como portadoras de direitos. No artigo 4 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, podemos ler o seguinte: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica a um outro. O exercício dos direitos naturais de um homem só tem como limites os que asseguram aos outros membros da sociedade

o gozo de iguais direitos. Esses limites só podem ser estabelecidos através de leis”. Kant apóia-se neste artigo, ao formular o seu princípio geral do direito, segundo o qual toda ação é equitativa, quando sua máxima permite uma convivência entre a liberdade de arbítrio de cada um e a liberdade de todos, conforme uma lei geral. O primeiro princípio da justiça, de Rawls, ainda segue a máxima: “Todos devem ter o mesmo direito ao sistema mais abrangente possível de iguais liberdades fundamentais”¹. O conceito da lei explícita a idéia do igual tratamento, já contida no conceito do direito: na forma de leis gerais e abstratas, todos os sujeitos têm os mesmos direitos.

Tais determinações conceituais esclarecem por que o direito moderno se adequa especialmente à integração social de sociedades econômicas que, em domínios de ação neutralizados do ponto de vista ético, dependem das decisões descentralizadas de sujeitos singulares orientados pelo sucesso próprio. Porém o direito não pode satisfazer apenas às exigências funcionais de uma sociedade complexa, devendo levar em conta também as condições precárias de uma integração social que se realiza, em última instância, através das realizações de entendimento de sujeitos que agem comunicativamente, isto é, através da aceitabilidade de pretensões de validade. O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação². Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que,

1 RAWLS, (1975), 81; reagindo a uma crítica de H. Hart “Rawls on Liberty and its Priority”, in: DANIELS, N. (Ed.). *Reading Rawls*. Oxford, 1975, 230-252), Rawls substituiu esta formulação por uma outra, que não me parece ser melhor: “Each person has an equal right to a fully adequate scheme of equal basic liberties which is compatible with a similar scheme of liberties for all”. RAWLS, J. “The basic Liberties and their Priorities”, in: MCMURRIN, St. (Ed.). *The Tanner Lectures on Human Values*. 1982, Salt Lake City, 1983, 5.

2 BÖCKENFÖRDE, E. W. “Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung”, in: *id. Recht, Freiheit, Staat*. Frankfurt a/M., 1991, 58-66.

por sua vez, se apóia no princípio da soberania do povo. Com o auxílio dos direitos que garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política, deve ser possível explicar o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade.

Por que se trata de um paradoxo? Porque esses direitos dos cidadãos têm, de um lado, a mesma estrutura de todos os direitos, os quais abrem ao indivíduo esferas da liberdade de arbítrio. Mesmo sem levar em conta as diferenças nas modalidades de uso desses direitos, os direitos políticos também devem poder ser interpretados como liberdades de ação subjetivas, as quais simplesmente fazem do comportamento legal um dever, portanto *liberam* os motivos para um comportamento conforme a regras. De outro lado, o processo legislativo democrático precisa confrontar seus participantes com as expectativas normativas das orientações do bem da comunidade, porque ele próprio tem que extrair sua força legitimadora do processo de um *entendimento* dos cidadãos sobre regras de sua convivência. Para preencher a sua função de estabilização das expectativas nas sociedades modernas, o direito precisa conservar um nexos interno com a força socialmente integradora do agir comunicativo. Gostaria de explicar esse nexos problemático que existe entre as liberdades privadas subjetivas e a autonomia do cidadão. É bom lembrar que se trata de um problema renitente, que tentarei abordar em dois contextos diferentes. A relação não-esclarecida entre direito subjetivo e público no âmbito da dogmática jurídica e a concorrência não apaziguada entre direitos humanos e soberania do povo, no interior da tradição do direito racional, revelam que até agora não se conseguiu harmonizar conceitualmente e de modo satisfatório autonomia pública e privada (Seção I). Em ambos os casos, as dificuldades podem ser explicadas, não somente a partir de premissas da filosofia da consciência, mas também a partir de uma herança metafísica do direito natural, ou seja, a partir da subordinação do direito positivo ao direito natural ou moral. Entretanto, o direito positivo e a moral pós-convencional desenvolveram-se co-originariamente a partir das reservas da eticidade substancial em decomposição. A análise kantiana da forma do direito fornecerá a ocasião para retomar a discussão sobre a relação entre direito e moral, a fim de mostrar

que o princípio da democracia não pode ser subordinado ao princípio moral, como é feito na construção kantiana da doutrina do direito (Seção II). Após a indicação do rumo, eu posso dedicar-me a fundamentar o sistema dos direitos com o auxílio do princípio do discurso, de modo a esclarecer por que a autonomia privada e pública, os direitos e a soberania do povo se pressupõem mutuamente (Seção III).

I. Autonomia privada e pública, direitos humanos e soberania do povo

1

Na dogmática do direito civil alemão, que entre nós foi determinante para a compreensão do direito em sua totalidade, a doutrina do direito subjetivo foi influenciada pela filosofia do direito idealista. De acordo com Savigny, uma relação jurídica garante “o poder que compete à pessoa singular: uma região onde domina a sua vontade – e domina com nosso consentimento”³. Aqui ainda se acentua o nexo entre as liberdades subjetivas de ação e o reconhecimento intersubjetivo pelos parceiros do direito. No entanto, à medida que a reflexão prossegue, cresce o valor intrínseco atribuído ao direito privado; o “direito no sentido subjetivo” é legítimo por si mesmo, porque ele, partindo da invulnerabilidade da pessoa, da aplicação livre da vontade individual, garante “uma região de dominação independente”⁴. Para Puchta, o direito é essencialmente direito subjetivo: “O direito é o reconhecimento da liberdade que advém em igual medida aos homens como sujeitos que detêm o poder da vontade”⁵. Nesta linha de interpretação, direitos subjetivos são direitos negativos que protegem os espaços da ação individual, na medida em que fundamentam pretensões, reclamáveis judicialmente, contra intervenções ilícitas na liberdade, na vida e na propriedade. A autonomia privada é garantida,

3 SAVIGNY, F. C. v. *System des heutigen Römischen Rechts*. Vol. I, Berlim, 1840, parág. 4.

4 *Ibid.*, parág. 53.

5 PUCHTA, G. F. *Cursus der Institutionen*. Leipzig, 1865, parág. 4.

nessa esfera colocada sob a proteção do direito, principalmente através do direito de fechar contratos, de adquirir, herdar ou alienar propriedade.

No entanto, o século XIX veio mostrar que o direito privado somente poderia legitimar-se por si mesmo durante o tempo em que a autonomia privada do sujeito do direito estivesse apoiada na autonomia moral da pessoa. No momento em que o direito em geral perdeu sua fundamentação idealista, especialmente a retaguarda da teoria moral kantiana, o invólucro do “poder de dominação individual” perdeu o núcleo normativo de uma legítima liberdade da vontade, naturalmente necessitada de proteção. Somente tivera força legitimadora o laço que Kant, com o auxílio do princípio do direito, estabeleceu entre a liberdade de arbítrio e a vontade autônoma de pessoa. Depois que esse laço foi rompido, o direito passou a afirmar-se, segundo a interpretação positivista, como a forma que reveste determinadas decisões e competências com a força da obrigatoriedade fática. Direitos subjetivos valem, desde a época de Windscheid, como reflexos de uma ordem jurídica, a qual transmite a indivíduos o poder de vontade incorporada objetivamente nela: “Direito é um poder de vontade ou dominação da vontade conferido pela ordem jurídica”⁶.

Mais tarde, a interpretação utilitarista de Ihering, segundo a qual o proveito e não a vontade constitui a substância do direito⁷, é introduzida nesta definição: “O direito subjetivo é conceitualmente um poder jurídico, conferido ao indivíduo através da ordem jurídica, cujo fim consiste em ser um meio para a satisfação de

6 WINDSCHEID, B. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Frankfurt a/M. 1906, Vol. 2, parág. 37. Neste ponto coincide a definição de Regelsberger: “Existe um direito subjetivo, quando a ordem do direito deixa ao encargo do participante a concretização de um fim reconhecido, ou seja, a satisfação de um interesse reconhecido, e lhe concede para esta tarefa um poder jurídico”.

7 IHERING, R. v. *Geist des römischen Rechts*. Leipzig, 1888, Parte III, 338.

interesses humanos”⁸. A referência ao gozo e ao interesse permitiu a extensão dos direitos privados subjetivos aos direitos em geral. Eventualmente, resulta de um direito subjetivo, não somente um direito de A a algo que está protegido contra as intromissões de terceiros, mas também um direito, seja absoluto ou relativo, à participação em realizações organizadas. Finalmente, Hans Kelsen determina o direito subjetivo em geral como interesse protegido, objetiva e juridicamente, e como liberdade de arbítrio (ou “poder querer”, no sentido de Windscheid), assegurada objetiva e juridicamente.

Ao mesmo tempo, ele despe o direito objetivo das conotações da teoria de Thon, até então influentes. Segundo Kelsen, a autorização subjetiva é garantida através da vontade de um detentor do poder e revestida de uma validade deontológica (*Sollgeltung*) - as proposições do direito estabelecem liberdades de ação devidas. Esse “dever-ser” é compreendido de modo empírico, não deontológico, como a validade que o legislador político confere às suas decisões, acoplando normas penais ao direito legislado. O poder de sanção estatal eleva a vontade do legislador ao nível de “vontade do Estado”.

A interpretação kelseniana caracteriza a outra ponta da dogmática do direito privado, oriunda de Savigny, a qual interpreta de modo individualista o conteúdo moral dos direitos subjetivos, perdendo desta maneira a relação com a vontade livre ou o poder de dominação de uma pessoa, cuja autonomia privada *merece* ser protegida do ponto de vista moral. Kelsen desengata o conceito do direito da moral, e inclusive do da pessoa natural, porque um sistema jurídico que se tornou inteiramente autônomo tem que sobreviver com suas ficções autoproduzidas; ele introduz as pessoas naturais no seu próprio ambiente ou “mundo circundante”, nos termos da nova guinada naturalista de Luhmann. Ao criar os direitos subjetivos, a ordem jurídica estabelece o lugar lógico para o sujeito portador desses direitos: “Quando o sujeito do direito ... não é mais tomado como ponto de referência, isso acontece para evitar que o juízo: ‘um sujeito do direito ou uma pessoa possui direitos subjetivos’, se transforme

8 ENNECCERUS, L. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 15^a ed. Tubinga, 1959, parág. 72.

numa tautologia vazia: há direitos subjetivos ... Pois justificar ou obrigar a pessoa significaria: autorizar direitos, submeter a deveres, em síntese: legislar normas”⁹. O desengate entre a pessoa natural e a pessoa moral abre o caminho da dogmática do direito para uma interpretação puramente funcionalista dos direitos subjetivos. E a doutrina dos direitos subjetivos passa a ser domínio de um funcionalismo do sistema que, através de decisões metódicas, se livra de todas as considerações normativas¹⁰.

Após o término da II Guerra, a mudança da ordem do direito privado, introduzida durante o regime do Nacional-socialismo¹¹, desencadeara reações morais contra o “destronamento” e o solapamento moral do direito subjetivo. Todavia, a restauração do nexos entre autonomia privada e moral, introduzida à luz do direito natural, não conseguiu convencer durante muito tempo. O liberalismo ortodoxo apenas renovou essa compreensão individualisticamente reduzida dos direitos subjetivos, a qual simplesmente provoca uma interpretação funcionalista da ordem dos direitos privados que passa a ser a moldura para o intercâmbio econômico capitalista: “O pensamento do direito subjetivo mantém viva a idéia de que o direito privado e a proteção do direito, fundamentado por aquele, serve, em última instância, para a manutenção da liberdade do indivíduo na sociedade e de que a liberdade individual constitui uma das idéias fundamentais, em função da qual existe o direito. Pois, no âmbito do pensamento do direito subjetivo, o direito privado é o direito dos membros do direito, independentes entre si, agindo de acordo com suas próprias decisões”¹².

9 KELSEN, H. *Allgemeine Staatslehre*. Bad Homburg, 1968, 64.

10 SCHMIDT, J. “Zur Funktion der subjektiven Rechte”, in: *Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie*, Vol. 57, 1971, 383-396.

11 BÜTHERS, B. *Die unbegrenzte Auslegung*. Frankfurt a/M., 1973.

12 COING, H. “Zur Geschichte des Begriffs ‘subjektives Recht’”, in: COING et al. *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*. Frankfurt a/M., 1959, 39ss, aqui 22-23.

L. Raiser tentou posicionar-se contra a reinterpretação funcionalista dessa concepção, corrigindo o princípio individualista com o auxílio de uma sociologia do direito e reintroduzindo no direito privado seu conteúdo moral. Ele não retoma a orientação conceitual de Savigny; porém, a partir do momento em que o Estado social tenta materializar domínios nucleares do direito privado burguês, ele se sente provocado a *limitar* o conceito do direito subjetivo às clássicas liberdades de ação. Esses direitos fundamentais devem continuar garantindo “a auto-afirmação e a responsabilidade própria da pessoa na sociedade”. Porém eles têm que ser completados através de direitos sociais: “*Tão importante quanto o reconhecimento ético e político de tais posições jurídicas privadas é a introdução do indivíduo, também através do direito, nos contextos de ação regulados por estruturas de ordem, os quais o envolvem e o ligam com outros; isso equivale, pois, a formar e garantir os institutos do direito, nos quais o indivíduo assume uma posição de membro*”¹³. Os direitos “primários” são muito fracos para garantir à pessoa a proteção jurídica, quando esta está “inserida em ordens maiores, supra-individuais”¹⁴. Tal tentativa de salvamento é por demais concreta. Certamente o direito privado passa por uma reinterpretação, quando da mudança de paradigma do direito formal burguês para o do direito materializado do Estado social¹⁵. No entanto, essa reinterpretação não pode ser confundida com uma revisão dos princípios e conceitos fundamentais, os quais apenas são *interpretados* de maneira diferente quando os paradigmas mudam.

Mesmo assim, Raiser não se esquece do sentido intersubjetivo dos direitos subjetivos, o qual foi desfigurado por um modo de ler individualista. Os direitos subjetivos apóiam-se no reconhecimento recíproco de sujeitos do direito que cooperam. A suposição dos direitos subjetivos não implica necessariamente o isolamento

13 RAISER, L. “Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht” (1961), in: *id. Die Aufgabe des Privatrechts*. Frankfurt a/M., 1977, 98ss, aqui pg. 115.

14 *Ibid.*, 113.

15 Cf. abaixo cap. IX (Direito e democracia, vol. 2.).

dos parceiros do direito, que Raiser gostaria de corrigir. Os sujeitos do direito, que se atribuem reciprocamente iguais direitos, estão ligados às pessoas privadas por um tipo de união pessoal, porém, não são idênticos: “*A right, after all, is neither a gun nor a one-man show. It is a relationship and a social practice, and in both those essential aspects it is an expression of connectedness. Rights are public propositions, involving obligations to others as well as entitlements against them. In appearance, at least, they are a form of social cooperation, no doubt, but still, in the final analysis, cooperation*”¹⁶. Direitos subjetivos não estão referidos, de acordo com seu conceito, a indivíduos atomizados e alienados, que se entesam possessivamente uns contra os outros. Como elementos da ordem jurídica, eles pressupõem a colaboração de sujeitos, que se reconhecem reciprocamente em seus direitos e deveres, reciprocamente referidos uns aos outros, como membros livres e iguais do direito. Tal reconhecimento recíproco é constitutivo para uma ordem jurídica, da qual é possível extrair direitos subjetivos reclamáveis judicialmente. Neste sentido, os direitos subjetivos são co-originários com o direito objetivo; pois este resulta dos direitos que os sujeitos se atribuem reciprocamente. Para explicar a estrutura intersubjetiva das condições de reconhecimento, que está na base da ordem do direito enquanto tal, não basta acrescentar direitos sociais. O desconhecimento desta estrutura determina, não somente os segmentos idealistas, como também as ramificações positivistas da dogmática do direito civil alemão.

Conforme vimos, a doutrina do direito subjetivo começa quando os direitos morais subjetivos se tornam independentes, os quais pretendem uma legitimidade maior que a do processo de legislação política. O sentido garantidor da liberdade deveria outorgar aos direitos subjetivos uma autoridade moral independente da legalização democrática, a qual não poderia ser fundamentada no âmbito da própria teoria do direito. A isso se contrapõe um desenvolvimento que culmina na subordinação abstrata dos direi-

16 MICHELMANN, F. “Justification and the Justifiability of Law in a Contradictory World”, in: *Nomos*, vol. XVIII, 1986, 71ss, aqui Cap. II, seção III.

tos subjetivos sob o direito objetivo, sendo que a legitimidade deles se esgota, no final de tudo, na legalidade de uma dominação política, interpretada em termos de um positivismo do direito. Esse desdobramento da discussão encobre, porém, o verdadeiro problema, que está ligado à posição central dos direitos subjetivos privados: não se conseguiu esclarecer de onde o direito positivo obtém sua legitimidade. Certamente a fonte de toda legitimidade está no processo democrático da legiferação; e esta apela, por seu turno, para o princípio da soberania do povo. Todavia, o modo como o positivismo jurídico introduz esse princípio não preserva o conteúdo moral independente dos direitos subjetivos - a proteção da liberdade individual, sublinhada por Coing. Nenhum dos dois modos atinge o sentido intersubjetivo de liberdades de ação subjetivas estruturadas juridicamente, no qual ambos os momentos aparecem por inteiro, e nem a relação entre a autonomia privada e a do cidadão.

2

Savigny, confiando num conceito de liberdade idealista, ainda podia supor que o direito privado se legitima, a partir de argumentos da razão, como um sistema de direitos negativos e procedimentais que garantem a liberdade, portanto a partir de si mesmo. E Kant não tinha respondido de forma inteiramente clara à questão da legitimação de leis gerais que deveriam fundamentar um sistema do egoísmo bem ordenado. Sua doutrina dos direitos não esclarece bem a relação entre princípio da moral, do direito e da democracia (se for permitido chamar de princípio da democracia aquilo que determina, segundo ele, o modo de governo republicano). Os três princípios exprimem, cada um à sua maneira, a mesma idéia da *autolegislação*. Com esse princípio da autonomia, Kant reagiu à tentativa frustrada de Hobbes de justificar a instauração de um sistema de direitos burgueses sem o auxílio de argumentos morais, somente a partir do auto-interesse esclarecido dos participantes.

Se assumirmos a perspectiva de Kant e olharmos para trás em direção a Hobbes, descobriremos um modo de ler que vê em

Hobbes o teorizador de um Estado constitucional burguês sem democracia, muito mais do que o apologeta do absolutismo desenfreado. Segundo Hobbes, o soberano só pode distribuir suas ordens na linguagem do direito moderno. Este garante uma ordem que propicia às pessoas privadas liberdades subjetivas segundo leis gerais: "*Pois os soberanos mais não podem fazer pela felicidade no interior do Estado do que preservar os cidadãos de guerras internas e externas, permitindo que eles gozem com sossego de sua fortuna, adquirida mediante o próprio esforço*"¹⁷.

Para Hobbes, que não deixa de equipar os súditos com direitos privados, o problema da legitimação não pode ser regulado *no interior* da ordem jurídica já fundamentada, portanto sobre direitos dos cidadãos e processos da legislação democrática. Ele precisa ser resolvido, como que de um só golpe, junto com a constituição do poder do Estado, o que equivale a dizer que ele tem que desaparecer. Hobbes quer mostrar que a sociedade constituída de modo absolutista se justifica, em sua totalidade, como uma ordem instrumental, a partir das considerações teleológicas de todos os participantes. Isso dispensaria a tarefa de uma fundamentação normativa do *exercício* da dominação política conforme o direito. A tensão entre facticidade e validade, embutida no direito, dissolver-se-ia, caso pudéssemos representar *per se* a dominação constituída juridicamente como a manutenção de um sistema do egoísmo ordenado, preferido por todos. Neste caso, aquilo que parece indicado moralmente surgiria espontaneamente das ações dirigidas por interesses de egoístas racionais ou, como diria Kant, de um "povo de demônios". A fundamentação utilitarista da ordem burguesa dos direitos privados, ou seja, a de que "o maior número possível se sintam bem durante o tempo em que for possível"¹⁸,

17 HOBBS. *Lehre vom Bürger*. Cap. 6; cf. HABERMAS, J. "Die klassische Lehre von der Politik in ihrem Verhältnis zur Sozialphilosophie", in: *id. Theorie und Praxis*. Frankfurt a/M., 1971, 48-88.

18 HOBBS, *Lehre*, Cap. 13, 3.

atribui justiça material ao poder de um soberano que não pode infligir injustiça, por simples razões conceituais.

Entretanto, Hobbes, a fim de obter essa prova, precisa mostrar, não somente por que uma tal ordem satisfaz *ex post* e simetricamente os interesses de todos os participantes, portanto, na visão de leitores que já se encontram no estado burguês. Ele precisa explicar também por que um tal sistema, no estado natural, poderia ser *preferido* por cada um dos sujeitos singulares que agem teleologicamente. Como, porém, Hobbes atribui aos partidos no estado natural o mesmo enfoque orientado pelo sucesso que o direito privado atribui aos seus destinatários, convém construir o ato da socialização originária com o auxílio do contrato, um instrumento do direito privado – como contrato de dominação que todos fecham entre si em benefício de um deles e que é entronizado como soberano. Nesse processo, porém, Hobbes se esquece de levar em conta uma circunstância. Os sujeitos determinados respectivamente por preferências próprias tomam suas decisões numa perspectiva da primeira pessoa do singular; todavia, esta não é a perspectiva na qual os partidos no estado natural empreendem um exame que visa trocar suas liberdades de ação naturais – conflitantes, porém ilimitadas – pelas liberdades do direito privado, isto é, as que são compatibilizadas e limitadas segundo leis gerais. No estado natural, os sujeitos poderiam passar racionalmente do estado de conflito permanente para o da cooperação protegida coercitivamente, se todos renunciassem parcialmente à liberdade e se fossem preenchidas as seguintes condições:

Em *primeiro lugar*, eles teriam que poder compreender o significado geral de uma relação social apoiada no princípio da reciprocidade. Os sujeitos do direito privado, existentes virtualmente no estado natural, ainda não aprenderam, *antes de qualquer* socialização, a assumir a perspectiva de um outro e a considerar-se a si mesmos na perspectiva de uma segunda pessoa. Sem isso, sua própria liberdade é considerada simplesmente como uma liberdade que bate diretamente contra obstáculos fáticos, não podendo ser vista como uma liberdade constituída através do reconhecimento recíproco. A fim de manipular o instrumento do contrato, eles já teriam que dispor da conceitualidade cognitivo-social de uma

mudança de perspectivas entre opositores, os quais poderiam adquirir-la no estado da sociedade a ser explicado através de uma teoria do contrato. *Em segundo lugar*, os partidos que fecham um contrato teriam que poder assumir um segundo modo de distanciamento de suas liberdades naturais. Eles teriam que poder assumir a perspectiva *social* de uma primeira pessoa no plural – que o autor Hobbes e seus leitores sempre assumiram tacitamente –, a qual, no entanto, está vedada aos sujeitos no estado natural. Sob premissas hobbesianas, eles não podem assumir o ponto de vista a partir do qual qualquer um pode avaliar se a reciprocidade da coerção, que limita o arbítrio de cada um segundo leis gerais, é do interesse simétrico de todos, podendo, por isso, ser querida por todos os participantes. Hobbes reconheceu o tipo de argumentos morais que entram nesse jogo, nas passagens em que ele recorre à regra de ouro, tida como uma lei natural – *Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris*¹⁹. Porém, tal impregnação moral do estado natural está em contradição com os pressupostos naturalistas da prova que ele pretende atingir, a saber, fundamentar a construção de um sistema do egoísmo bem ordenado, a partir do auto-interesse esclarecido de todos os indivíduos²⁰.

O modo empirista de explicação de um sistema dos direitos, a partir da interligação entre cálculos de lucro e interesses de

19 HOBBS. *Leviathan*. Neuwied, 1966, 100, 131, 108.

20 *Mutatis mutandis*, a argumentação de O. Höffe também persegue esse objetivo. A justiça consiste para ele em limitações distributivamente gerais da liberdade, portanto vantajosas de igual maneira para todas as partes: “Devido à sua vantagem para todos, a justiça natural não necessita, para impor-se, de uma consideração moral ou de uma justiça pessoal. Ela pode contentar-se com o auto-interesse como princípio de motivação...” (Höffe, (1987), 407). Esse princípio é aprimorado in: *id. Kategorische Rechtsprinzipien*. Frankfurt a/M., 1990; *id. Gerechtigkeit als Tausch?* Baden-Baden, 1991. Cf. a crítica de K. Günther, in: *id. “Kann ein Volk von Teufeln Recht und Staat moralisch legitimieren?”*, in: *Rechtshistorisches Journal*, Cad. 10, Frankfurt a/M., 1991, 233-267.

atores que agem racionalmente e que se encontram apenas ocasionalmente, sempre chamou a atenção de autores críticos; todavia os meios modernos da teoria dos jogos também não propiciaram uma resposta satisfatória. Por esta razão, merece consideração a reação de Kant ao fracasso desta tentativa.

Kant percebeu que os direitos subjetivos não podem ser fundamentados segundo um modelo extraído do direito privado. Contra Hobbes, ele levanta a seguinte objeção convincente: ele não levou em consideração a diferença estrutural entre a figura de legitimação do contrato de socialização e um contrato privado. Dos partidos que fecham um contrato no estado natural deve-se esperar, de fato, um enfoque não apenas egocêntrico: “O contrato de estabelecimento de uma constituição burguesa possui uma natureza tão característica, que ... ele se distingue, no início de sua fundação, de todos os outros (contratos)”²¹. Os partidos fazem comumente um contrato “para uma determinada finalidade”, ao passo que o contrato social é um “fim em si mesmo”. Pois ele fundamenta “o direito dos homens (a viver) sob leis coercitivas públicas, através das quais pode ser determinado a cada um o que é seu e assegurado contra a usurpação por parte de todos os outros”²². Segundo Kant, os partidos não entregam a competência de legislar a um soberano; o contrato social não tem, por sua natureza, um conteúdo especial, pois ele constitui em si mesmo o modelo para uma socialização sob o domínio do princípio do direito. Ele estatui performativamente as condições sob as quais uma ordem legítima pode obter validade. Pois “o direito é a limitação da liberdade de cada um à condição de sua concordância com a liberdade de todos, na medida em que esta é possível segundo uma lei geral”²³.

Sob este aspecto, o contrato social serve para a *institucionalização* do direito “natural” a iguais liberdades de ação subjetivas. Kant vê esse direito humano primordial fundamentado na vontade autônoma de indivíduos singulares, os quais dispõem preliminar-

21 KANT, I. *Über den Gemeinspruch*. vol. VI, 143s.

22 *Ibid.*, p. 144.

23 *Ibid.*

mente, enquanto pessoas morais, da perspectiva social de uma razão que examina as leis, a partir da qual eles podem fundamentar moralmente, e não apenas pela astúcia, a sua saída do estado de liberdades inseguras. Ao mesmo tempo, Kant percebe que o direito humano – que é único – precisa diferenciar-se nos termos de um *sistema de direitos*, através do qual, tanto “a liberdade de cada membro da sociedade, enquanto homem”, como também “a sua igualdade com todos os outros, enquanto súdito”, assumem uma figura positiva. Isso acontece na forma de “leis públicas”, as quais só podem pretender legitimidade enquanto atos da vontade pública dos cidadãos autônomos e unidos: “*Aqui, porém, não é possível nenhuma outra vontade a não ser a de todo o povo (uma vez que todos determinam sobre todos e, portanto, cada um determina sobre si mesmo): pois ninguém pode ser injusto consigo mesmo*”²⁴. Uma vez que a pergunta acerca da legitimidade das leis que garantem a liberdade precisa encontrar uma resposta *no interior* do direito positivo, o contrato da sociedade faz prevalecer o princípio do direito, na medida em que liga a formação política da vontade do legislador a condições de um *procedimento democrático*, sob as quais os resultados que apareceram de acordo com o procedimento expressam *per se* a vontade consensual ou o consenso racional de todos os participantes. Desta maneira, no contrato da sociedade, o direito dos homens a iguais liberdades subjetivas, fundamentado moralmente, interliga-se com o princípio da soberania do povo.

Os direitos do homem, fundamentados na autonomia moral dos indivíduos, só podem adquirir uma figura positiva através da autonomia política dos cidadãos. O princípio do direito parece realizar uma mediação entre o princípio da moral e o da democracia. Contudo, não está suficientemente claro como esses dois princípios se comportam reciprocamente. O conceito de autonomia, que suporta a construção inteira, é introduzido por Kant na perspectiva, de certo modo privada, daquele que julga moralmente; porém ele explicita esse conceito na fórmula legal do imperativo

24 KANT, vol. VI, 150.

categórico, apoiando-se no modelo de Rousseau, ou seja, numa “legislação” pública realizada democraticamente. Os conceitos “princípio moral” e “princípio da democracia” estão interligados; tal circunstância é encoberta pela arquitetura da doutrina do direito. Se isso for correto, o princípio do direito não constitui um membro intermediário entre princípio moral e princípio da democracia, e sim, o verso da medalha do próprio princípio da democracia. No meu entender, a falta de clareza sobre a relação entre esses três princípios deve ser lançada na conta de Kant e de Rousseau, pois, em ambos, existe uma não-confessada *relação de concorrência* entre os *direitos humanos*, fundamentados moralmente, e o *princípio da soberania do povo*.

Antes de aprofundar esse ponto, gostaria de introduzir um excurso destinado a explicar a importância desse tipo de abordagem histórico-teórica para uma meditação sistemática sobre a autonomia privada e pública em geral.

3. *Excurso*

A idéia dos direitos humanos e a da soberania do povo determinam até hoje a autocompreensão normativa de Estados de direito democráticos. Não devemos entender esse idealismo, ancorado na estrutura da constituição, apenas como uma fase superada na história das idéias políticas. Ao invés disso, a história da teoria é um componente necessário, um reflexo da tensão entre facticidade e validade, entre a positividade do direito e a legitimidade pretendida por ele, latentes no próprio direito. Essa tensão não pode ser trivializada nem ignorada, porque a racionalização do mundo da vida impede cada vez mais que se cubra a necessidade de legitimação do direito estabelecido - apoiado nas decisões modificáveis de um legislador político - lançando mão da tradição e da eticidade consuetudinária. Convém lembrar o potencial de racionalidade liberado pela cultura e pela socialização, que fortaleceram o direito a partir das primeiras codificações ocorridas no final do século XIX.

Nas doutrinas do direito natural clássico, especialmente o aristotélico, vigente até o século XIX, e do direito natural cristão,

transformado por Tomás, ainda se reflete um *ethos* da sociedade global que perpassa as camadas da população, interligando as diferentes ordens sociais. Na dimensão vertical dos componentes do mundo da vida, esse *ethos* fizera com que padrões de valores culturais e instituições recobrissem, de modo satisfatório, os motivos e orientações da ação, cristalizadas nas estruturas da personalidade. No nível horizontal das ordens legítimas, ele tinha interligado os membros normativos da eticidade, da política e do direito. No impulso do desenvolvimento, que eu interpreto como racionalização do mundo da vida, esse engate é rompido. As tradições culturais e os processos de socialização são os primeiros a caírem sob a pressão da reflexão, de tal modo que eles gradativamente passam a ser tema dos próprios atores. Em igual medida, diferenciam-se as práticas consuetudinárias e se transformam em simples convenção os padrões de interpretação de uma eticidade de decisões práticas, as quais passam pelo filtro da reflexão e da formação autônoma do juízo. E, no uso da razão prática, chega-se a uma especialização, que considero importante em nosso contexto. As idéias modernas da *auto-realização* e da *autodeterminação* não sinalizam apenas dois temas diferentes, mas tipos distintos de discurso, os quais são talhados conforme o sentido de questionamentos *éticos* e/ou *morais*. A lógica própria de cada um desses questionamentos transparece em desenvolvimentos filosóficos que têm início na segunda metade do século XVIII.

A partir de então, aquilo que desde os tempos de Aristóteles era conhecido como “ética”, recebe um novo sentido subjetivista. Isso vale tanto para histórias de vida individuais como para tradições e formas de vida compartilhadas intersubjetivamente. Forma-se, nesse contexto, uma espécie de reflexão que modifica os enfoques de cada um com relação à própria vida, como reação a uma crescente literatura autobiográfica confessional e de autopesquisa; tal reflexão tem início em Rousseau, passa por Kierkegaard e chega até Sartre. Em síntese, a exigência abstrata de uma apropriação consciente e autocrítica, de aceitação responsável da própria história de vida individual, insubstituível e contingente, substitui cada vez mais as instruções exemplares para uma vida virtuosa e os modelos bem-sucedidos de conduta de vida, reco-

mendados para a imitação. A interioridade radicalizada é sobrecarregada com a tarefa de um auto-entendimento, no qual se entrecruzam o autoconhecimento e a decisão existencial. Heidegger caracterizou esta sondagem de possibilidades cunhadoras da identidade como “projeto lançado” (*geworfener Entwurf*)²⁵. A irrupção da reflexão no processo histórico-vital cria uma nova tensão entre consciência da contingência, auto-reflexão e dever para com a própria existência. E, na medida em que essa constelação produz círculos cada vez maiores, sobre padrões de socialização dominantes, os discursos ético-existenciais ou clínicos tornam-se, não somente possíveis, como também, num certo sentido, inevitáveis: os conflitos resultantes de tal constelação transformam-se, quando não solucionados com vontade e consciência, em sintomas importunos.

A conduta pessoal de vida e a tradição cultural são transpostas cada vez mais para discursos de auto-entendimento. Schleiermacher, Droysen e Dilthey, inclusive Gadamer, passam a questionar, no âmbito das ciências históricas, o modo como nos apropriamos das tradições que compartilhamos intersubjetivamente. A história vai substituir as auto-interpretações religiosas ou metafísicas, tornando-se o *medium* da autoconscientização de culturas e povos. A hermenêutica filosófica parte, é verdade, de questões metódicas das ciências históricas, porém ela também responde a uma insegurança desencadeada pelo historicismo - a um fracionamento no modo da apropriação pública da tradição, que é realizada na primeira pessoa plural²⁶. Durante o século XIX, formou-se a primeira figura de uma identidade pós-tradicional, sob o signo de um amálgama de historicismo e nacionalismo. Porém esta identidade ainda se alimentava de um dogmatismo histórico nacionalista

25 E. Tugendhat reconstrói isso com os meios fornecidos pela análise da linguagem. Cf. *Id. Selbstbewusstsein und Selbstbestimmung*. Frankfurt a/M., 1979.

26 HABERMAS, J. “Geschichtsbewusstsein und posttraditionale Identität”, in: *id. Eine Art Schadensabwicklung*. Frankfurt a/M., 1987, 271ss.

atualmente em dissolução. Um pluralismo de modos de ler tradições ambivalentes sempre fornece a ocasião para discussões de auto-entendimento, que esclarecem os partidos litigantes sobre a necessidade de decidir conscientemente sobre o modo de vida que desejam assumir, sobre as tradições que pretendem continuar ou romper. E, na medida em que identidades coletivas só se podem formar na figura quebradiça, dinâmica e desfiada de tal consciência pública descentralizada, tornam-se possíveis e inevitáveis *discursos ético-políticos* que atingem o fundo.

A irrupção da reflexão em histórias de vida e tradições culturais promove o individualismo dos projetos de vida individuais e um pluralismo de formas de vida coletivas. Ao mesmo tempo, as normas da convivência tornam-se reflexivas e impõem-se orientações de valores universalistas. Nas respectivas teorias filosóficas reflete-se, desde o final do século XVIII, sobre uma consciência normativa modificada. Não basta nomear os contextos de tradição para que máximas, estratégias de ação e regras de ação se legitimem. Com a distinção entre ações autônomas e heterônomas revoluciona-se a consciência normativa. Ao mesmo tempo, cresce a necessidade de legitimação, a qual, sob condições do pensamento pós-metafísico, só pode ser satisfeita através de *discursos morais*. Estes estão voltados ao regulamento imparcial de conflitos de ação. Ao contrário das considerações éticas, que estão orientadas pelo *telos* de minha e/ou nossa vida boa ou não-fracassada, as considerações morais exigem uma perspectiva distanciada de todo ego ou etnocentrismo. Sob o ponto de vista moral do igual respeito por cada um e de uma consideração simétrica dos interesses de todos, as pretensões normativas de relações interpessoais legitimamente reguladas passam a ser problematizadas. No horizonte de uma fundamentação pós-tradicional, o indivíduo singular forma uma consciência moral dirigida por princípios e orienta seu agir pela idéia da autodeterminação. A isso equivale, no âmbito da constituição de uma sociedade justa, a liberdade política do direito racional, isto é, da autolegislação democrática.

Na medida em que tradições culturais e processos de socialização tornam-se reflexivos, toma-se consciência da lógica de questões éticas e morais, embutida nas estruturas do agir orientado

pelo entendimento. Sem a retaguarda de cosmovisões metafísicas ou religiosas, imunes à crítica, as orientações práticas só podem ser obtidas, em última instância, através de argumentações, isto é, através de formas de reflexão do próprio agir comunicativo. A racionalização de um mundo da vida mede-se pela questão: até que ponto os potenciais de racionalidade, inseridos no agir comunicativo e liberados discursivamente, perpassam e dissolvem as estruturas do mundo da vida? Os processos individuais de formação e os sistemas culturais de saber são os que oferecem comparativamente a menor resistência a essa esteira de problematização. Tão logo o sentido próprio de questionamentos éticos e morais se impõe, não se consegue mais justificar por muito tempo alternativas para as idéias normativas que dominavam a modernidade. A conduta consciente da vida da pessoa singular mede-se pelo ideal expressivista da auto-realização, pela idéia deontológica da liberdade e pela máxima utilitarista da multiplicação das chances individuais de vida. Ao passo que a eticidade de formas de vida coletivas mede-se, de um lado, por utopias de uma convivência não-alienada e solidária no horizonte de tradições assimiladas conscientemente e continuadas criticamente, de outro lado, por modelos de uma sociedade justa, cujas instituições se configuram de modo a regular expectativas de comportamento e conflitos no interesse simétrico de todos os atores; uma variante disso são as idéias do aumento e distribuição justa da riqueza social, cultivadas no Estado do bem-estar.

Uma conseqüência dessas considerações pode ser de grande interesse em nosso contexto: na medida em que a “cultura” e as “estruturas de personalidade” são carregadas de modo idealista, também o direito, aliviado de seus fundamentos sagrados, passa a receber pressão. O terceiro componente do mundo da vida, ou seja, a “sociedade”, enquanto totalidade das ordens legítimas, concentra-se, conforme vimos, cada vez mais no sistema jurídico, na medida em que assume funções de integração da sociedade em sua totalidade. As transformações esboçadas nos outros dois componentes podem explicar por que as ordens modernas do direito só podem ser legitimadas a partir de fontes que não o colocam em contradição com as idéias de justiça e os ideais de vida pós-tradi-

cionais que se tornaram decisivos para a cultura e a conduta de vida. Argumentos em prol da legitimidade do direito devem ser compatíveis com os princípios morais da justiça e da solidariedade universal – sob pena de dissonâncias cognitivas – bem como com os princípios éticos de uma conduta de vida auto-responsável, projetada conscientemente, tanto de indivíduos, como de coletividades. Essas idéias de autodeterminação e de auto-realização não se coadunam entre si com facilidade. Por isso, as respostas do direito racional às modernas idéias de justiça não tiveram o mesmo eco encontrado pelos ideais de vida.

4

Os direitos humanos e o princípio da soberania do povo formam as idéias em cuja luz ainda é possível justificar o direito moderno; e isso não é mera casualidade. Pois a essas idéias vêm somar-se os conteúdos que sobrevivem, de certa forma, depois que a substância normativa de um *ethos* ancorado em tradições metafísicas e religiosas passa pelo crivo de fundações pós-tradicionais. Na medida em que as questões morais e éticas se diferenciaram entre si, a substância normativa, filtrada discursivamente, encontra a sua expressão na dimensão da autodeterminação e da auto-realização. Certamente os direitos e a soberania do povo não se deixam subordinar linearmente a essas duas dimensões. Entretanto, existem afinidades entre esses dois pares de conceitos, que podem ser acentuadas de modo mais ou menos intenso. As tradições políticas surgidas nos Estados Unidos e caracterizadas como “liberais” e “republicanas” interpretam os direitos humanos como expressão de uma autodeterminação moral e a soberania do povo como expressão da auto-realização ética. Nesta perspectiva, os direitos humanos e a soberania do povo não aparecem como elementos complementares, e sim, concorrentes.

F. Michelman, por exemplo, observa na tradição constitucional americana uma tensão entre o domínio impessoal das leis, fundadas em direitos humanos naturais e a auto-organização espontânea de uma comunidade, a qual se outorga suas leis através da vontade soberana do povo²⁷. Todavia, essa tensão pode ser

desfeita em qualquer uma das duas direções. Os liberais evocam o perigo de uma “tirania da maioria”, postulam o primado de direitos humanos que garantem as liberdades pré-políticas do indivíduo e colocam barreiras à vontade soberana do legislador político. Ao passo que os representantes de um humanismo republicano dão destaque ao valor próprio, não-instrumentalizável, da auto-organização dos cidadãos, de tal modo que, aos olhos de uma comunidade naturalmente política, os direitos humanos só se tornam obrigatórios enquanto elementos de sua própria tradição, assumida conscientemente. Na visão liberal, os direitos humanos impõem-se ao saber moral como algo dado, ancorado num estado natural fictício; ao passo que na interpretação republicana a vontade ético-política de uma coletividade que está se auto-realizando não pode reconhecer nada que não corresponda ao próprio projeto de vida autêntico. No primeiro caso, prevalece o momento moral-cognitivo, no segundo o ético-voluntário. Opondo-se a essa linha, Rousseau e Kant tomaram como objetivo pensar a união prática e a vontade soberana no conceito de autonomia, de tal modo que a idéia dos direitos humanos e o princípio da soberania do povo se interpretassem *mutuamente*. Mesmo assim, eles não conseguiram entrelaçar simetricamente os dois conceitos. De um ponto de vista geral, Kant sugeriu um modo de ler a autonomia política que se aproxima mais do liberal, ao passo que Rousseau se aproximou mais do republicano.

27 MICHELMAN, F. “Law’s Republic”, in: *The Yale Law Journal*, vol. 97, 1499s.: “I take American constitutionalism - as manifest in academic constitutional theory, in the professional practice of lawyers and judges, and in the ordinary political selfunderstanding of Americans at large - to rest on two premises regarding political freedom: first, that the American people are politically free inasmuch as they are governed by themselves collectively, and, second, that the American people are politically free inasmuch as they are governed by laws and not by men. I take it that no earnest, non-disruptive participant in American constitutional debate is quite free to reject either of those two professions of belief. I take them to be premises whose problematic relation to each other, and therefore whose meanings, are subject to an endless contestation...”.

Kant extrai o “princípio geral do direito” da aplicação do princípio moral a “relações externas” e inicia sua doutrina do direito com o direito a liberdades subjetivas iguais, equipadas com a permissão de coerção, a qual compete ao homem “graças à sua humanidade”. Esse direito primordial regula o “meu e teu interior”; a aplicação ao “meu e teu exterior” produz os direitos privados subjetivos (os quais Savigny e a dogmática alemã do direito civil, seguindo Kant, tomaram como ponto de partida). Esse sistema de direitos, que advém, “de modo imperecível”, a cada homem e “aos quais ele não poderia renunciar, mesmo que quisesse”²⁸, se legitima, antes de se diferenciar na figura de leis públicas, a partir de princípios morais, portanto, não depende da autonomia política dos cidadãos, a qual se constitui apenas a partir do contrato social. Por conseguinte, os princípios do direito privado já valem como direitos morais no estado natural; e nesta medida também os “direitos naturais”, que protegem a autonomia privada dos homens, precedem a vontade do legislador soberano. Sob este aspecto a soberania da “vontade unificadora e concordante” dos burgueses é restringida através de direitos humanos fundados moralmente. Kant não interpretou a ligação da soberania popular aos direitos humanos como restrição, porque ele partiu do princípio de que ninguém, no exercício de sua autonomia como cidadão, *poderia* dar a sua adesão a leis que pecam contra sua autonomia privada garantida pelo direito natural. Por isso, era preciso explicar a autonomia política a partir do nexa *interno* entre a soberania do povo e os direitos humanos. Ora, a construção do contrato da sociedade deve proporcionar precisamente isso. Todavia, a linha kantiana de fundamentação da doutrina do direito, *que passa* da moral para o direito, não valoriza o contrato da sociedade, afastando-se, pois, da inspiração de Rousseau.

Rousseau parte da constituição da autonomia do cidadão e introduz *a fortiori* um nexa interno entre a soberania popular e os direitos humanos. No entanto, como a vontade soberana do povo somente pode exprimir-se na linguagem de leis abstratas e gerais, está *inscrito* naturalmente nela o direito a iguais liberdades subjetivas, que Kant *antepõe*, enquanto direito humano fundamentado moralmente, à formação política da vontade. Por isso, em Rousseau, o exercício da

28 KANT, *Über den Gemeinspruch*, Vol. VI, 161.

autonomia política não está mais sob a reserva de direitos naturais; o conteúdo normativo dos direitos humanos dissolve-se no modo de realização da soberania popular. Através do *medium* de leis gerais e abstratas, a vontade unificada dos cidadãos está ligada a um processo de legislação democrática que exclui *per se* todos os interesses não-universalizáveis, permitindo apenas regulamentações que garantem a todos as mesmas liberdades subjetivas. De acordo com esta idéia, o exercício da soberania do povo, conforme ao procedimento, garante também a substância do direito humano originário, delineado por Kant.

Todavia, Rousseau não levou conseqüentemente até o fim esse pensamento luminoso, uma vez que ele se prendia, mais do que Kant, à tradição republicana. Ele interpretou a idéia da autolegislação mais na linha da ética do que na da moral e entendeu a autonomia como a realização consciente da forma de vida de um povo concreto. Sabe-se que Rousseau descreveu a constituição da soberania do povo, que se dá através de um contrato da sociedade, como um ato existencial da socialização, por meio do qual os indivíduos singulares, voltados ao sucesso, se *transformam* nos cidadãos de uma comunidade ética, orientada ao bem comum. Enquanto membros de um corpo coletivo, eles se diluem no grande sujeito de uma prática de legislação, o qual rompeu com os interesses singulares das pessoas privadas, submetidas às leis. Rousseau exagerou ao máximo a sobrecarga ética do cidadão, embutida no conceito republicano de sociedade. Ele contou com virtudes políticas ancoradas no *ethos* de uma comunidade mais ou menos homogênea, integrada através de tradições culturais comuns. A única alternativa seria a coerção do Estado: *Quanto menos as vontades singulares se referirem à vontade geral – isto quer dizer: os costumes às leis – tanto mais convém que cresça o poder de coerção. Portanto, o governo, para ser bom, precisa ser tanto mais poderoso quanto maior for o número das pessoas*²⁹.

Porém Rousseau não consegue entender a prática da autolegislação, quando esta precisa alimentar-se da substância ética de um povo que *já se entendeu* preliminarmente sobre suas orienta-

ções axiológicas, ou seja, ele não pode explicar a possibilidade de uma mediação entre a requerida orientação pelo bem comum dos cidadãos e os interesses sociais diferenciados das pessoas privadas, ou melhor, não sabe dizer como é possível mediar, sem repressão, entre a vontade comum, construída normativamente, e o arbítrio dos sujeitos singulares. Para que isso acontecesse, seria preciso um ponto de vista genuinamente moral, a partir do qual poderia ser avaliado se o que é bom *para nós* é do interesse simétrico de cada um. No final da versão ética do conceito de soberania popular, perde-se o sentido universalista do princípio do direito.

Tudo indica que o conteúdo normativo do direito humano originário não pode surgir, como pensa Rousseau, na gramática de leis gerais e abstratas. O sentido da igualdade do conteúdo do direito, contido na pretensão de legitimidade do direito moderno, e que é o que interessa a Rousseau, não pode ser esclarecido suficientemente através das qualidades *lógico-semânticas* de leis gerais. A forma gramatical de mandamentos universais nada diz sobre sua validade. A pretensão segundo a qual uma norma é do interesse simétrico de todos tem o sentido de uma aceitabilidade racional – todos os possíveis envolvidos deveriam poder dar a ela o seu assentimento, apoiados em boas razões. E isso só pode evidenciar-se sob as condições *pragmáticas* de discursos nos quais prevalece apenas a coerção do melhor argumento, apoiado nas respectivas informações. Rousseau pressente o conteúdo normativo do princípio do direito nas propriedades lógico-semânticas daquilo que é querido; esse princípio só poderia ser vislumbrado nas condições pragmáticas que determinam *como* se forma a vontade política. O visado nexo interno entre soberania do povo e direitos humanos reside no conteúdo normativo de um *modo de exercício da autonomia política*, que é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade, não através da forma das leis gerais.

Nem Kant, nem Rousseau conseguem descobrir esse nexo. Sob premissas da filosofia da consciência, é possível aproximar a razão e a vontade no conceito da autonomia – porém essa capacidade da autodeterminação é atribuída a um sujeito – seja ao eu da “Crítica da razão prática”, seja ao povo do “Contrat Social”. Se a

29 ROUSSEAU, J.-J. *Contrat Social*. II, 1. Em alemão: *Staat und Gesellschaft*. Munique, 1959, 53.

vontade racional só pode formar-se no sujeito singular, então a autonomia moral dos sujeitos singulares deve passar através da autonomia política da vontade unida de todos, a fim de garantir antecipadamente, por meio do direito natural, a autonomia privada de cada um. Se a vontade racional só pode formar-se no sujeito superdimensionado de um povo ou de uma nação, então a autonomia política deve ser entendida como a realização autoconsciente da essência ética de uma comunidade concreta; e a autonomia privada só é protegida contra o poder subjugador da autonomia política através da forma não-discriminadora de leis gerais. Ambas as concepções passam ao largo da força de legitimação de uma formação discursiva da opinião e da vontade, na qual são utilizadas as forças ilocucionárias do uso da linguagem orientada pelo entendimento, a fim de aproximar razão e vontade – e para chegar a convicções nas quais todos os sujeitos singulares podem concordar entre si sem coerção.

Todavia, se discursos (e, como veremos, negociações, cujos procedimentos são fundamentados discursivamente) constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. Por conseguinte, o almejado nexos interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá, se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente. O sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política. As intuições normativas, que unimos aos direitos humanos e à soberania do povo, podem impor-se de *forma não-reduzida* no sistema dos direitos, se tomarmos como ponto de partida que o direito às mesmas liberdades de ação subjetivas, enquanto direito moral, não pode ser simplesmente imposto ao legislador soberano como barreira exterior, nem instrumentali-

zado como requisito funcional para seus objetivos. A co-origina-riedade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica.

II. Normas morais e jurídicas: Sobre a relação de complementaridade entre moral racional e direito positivo

1

Ao analisarmos o desenvolvimento histórico-teórico da dogmática do direito civil e do direito racional, descobrimos dificuldades que podem ser explicadas a partir das mesmas deficiências: o nexos interno entre direito objetivo e subjetivo, de um lado, entre autonomia pública e privada, de outro, só pode ser explicitado se levarmos a sério, tanto a estrutura intersubjetiva dos direitos, como a estrutura comunicativa da autolegislação, e as explicarmos adequadamente. Todavia, antes de me dedicar a essa tentativa, e antes de introduzir o sistema dos direitos apoiado numa teoria do discurso, convém clarear a relação entre direito e moral. Pois as dificuldades analisadas não dependem apenas das colocações falsas da filosofia da consciência, como também do fato de o direito moderno, ao manter a distinção entre direito natural e positivo, assumir uma hipoteca. Ele apega-se a uma reduplicação do conceito de direito que não é plausível, do ponto de vista sociológico, e precária, do ponto de vista normativo. Eu penso que no nível de fundamentação pós-metafísico, tanto as regras morais como as jurídicas diferenciam-se da eticidade tradicional, colocando-se como dois tipos diferentes de normas de ação, que surgem *lado a lado*, completando-se. Em conformidade com isso, o conceito de autonomia precisa ser delineado abstratamente para que possa assumir, não somente a figura do princípio moral, mas também a do princípio da democracia. Com isso se evita o estreitamento

teórico-moral do conceito de autonomia, o que faz com que o princípio do direito kantiano perca a sua função mediadora; e ele (o conceito de autonomia) pode servir para esclarecer aspectos sob os quais as regras do direito distinguem-se das morais. A partir daí os direitos humanos, inscritos na prática de autodeterminação democrática dos cidadãos, têm de ser interpretados *a limine* como direitos jurídicos, não obstante o seu conteúdo moral.

Na sua "Introdução à metafísica dos costumes", Kant procede diferentemente. Ele parte do conceito fundamental da lei da liberdade moral e extrai dela as leis jurídicas, seguindo o caminho da *redução*. A teoria moral fornece os conceitos superiores: vontade e arbítrio, ação e mola impulsionadora, dever e inclinação, lei e legislação, que servem inicialmente para a determinação do agir e do julgar moral. Na doutrina do direito, esses conceitos fundamentais da moral são reduzidos a três dimensões. Segundo Kant, o conceito do direito não se refere primariamente à vontade livre, mas ao *arbítrio* dos destinatários; abrange a *relação externa* de uma pessoa com outra; e recebe a *autorização para a coerção*, que um está autorizado a usar contra o outro, em caso de abuso. O princípio do direito limita o princípio da moral sob esses três pontos de vista. A partir dessa limitação, a legislação moral *reflete-se* na jurídica, a moralidade na legalidade, os deveres éticos nos deveres jurídicos, etc.

Subjaz a essa construção a idéia platônica segundo a qual a ordem jurídica copia e, ao mesmo tempo, concretiza no mundo fenomenal a ordem inteligível de um "reino dos fins". Mesmo que não se leve em conta a metafísica kantiana, é evidente que na reduplicação do direito em direito natural e positivo perdura uma herança platônica, a saber, a intuição segundo a qual a comunidade ideal dos sujeitos moralmente imputáveis - a comunidade de comunicação ilimitada de Josiah Royce até Apel³⁰ - entra no tempo histórico e no espaço social, passando pelo *medium* do direito, adquirindo uma figura concreta, localizada no espaço e no tempo, enquanto comunidade de direito. Esta intuição não é de todo falsa, pois uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando

30 ROYCE, J. *The Spirit of Modern Philosophy*. Boston, 1892.

não contrariar princípios morais. Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A idéia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa *relação de complementação* recíproca.

Do ponto de vista sociológico, ambos se diferenciaram simultaneamente do *ethos* da sociedade global, no qual o direito tradicional e a ética da lei ainda estavam entrelaçados entre si. Com o abalo dos fundamentos sagrados desse tecido de moral, têm início processos de diferenciação. No nível do saber cultural, as questões jurídicas separam-se das morais e éticas. No nível institucional, o direito positivo separa-se dos usos e costumes, desvalorizados como simples convenções. É certo que as questões morais e jurídicas referem-se aos mesmos problemas: como é possível ordenar legitimamente relações interpessoais e coordenar entre si ações servindo-se de normas justificadas? Como é possível solucionar consensualmente conflitos de ação na base de regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente? No entanto, elas referem-se aos mesmos problemas, a partir de ângulos distintos. Todavia, mesmo tendo pontos em comum, a moral e o direito distinguem-se *prima facie*, porque a moral pós-tradicional representa apenas uma forma do saber cultural, ao passo que o direito adquire obrigatoriedade também no nível institucional. O direito não é apenas um sistema de símbolos, mas também um sistema de ação.

A concepção empiricamente informada, segundo a qual as ordens jurídicas completam co-originariamente uma moral que se tornou autônoma, não suporta por muito tempo a representação platonizante, segundo a qual existe uma relação de cópia entre o direito e a moral - como se se tratasse de uma mesma figura geométrica que apenas é projetada em níveis diferentes. Por isso, não podemos interpretar os direitos fundamentais que aparecem na figura positiva de normas constitucionais como simples cópias de direitos morais, nem a autonomia política como simples cópia

da moral. Isso é devido ao fato de que normas de ação gerais se ramificam em regras morais e jurídicas. Sob pontos de vista normativos, isso equivale a dizer que a autonomia moral e política são co-originais, podendo ser analisadas com o auxílio de um parcimonioso princípio do discurso, o qual simplesmente coloca em relevo o sentido das exigências de uma fundamentação pós-convencional. Esse princípio - como o próprio nível pós-convencional de fundamentação no qual a eticidade substancial se dissolve em seus componentes - tem, certamente, um conteúdo normativo, uma vez que explicita o sentido da imparcialidade de juízos práticos. Porém ele se encontra num nível de abstração, o qual, apesar desse conteúdo moral, *ainda é neutro* em relação ao direito e à moral; pois ele refere-se a normas de ação em geral:

D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais

Entram nesta formulação conceitos carentes de uma explicação. O predicado “válidas” refere-se a normas de ação e a proposições normativas gerais correspondentes; ele expressa um sentido não-específico de validade normativa, ainda indiferente em relação à distinção entre moralidade e legitimidade. Eu entendo por “normas de ação” expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Para mim, “atingido” é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas. E “discurso racional” é *toda* a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente.

Com relação à versão abstrata de “D”, é importante frisar que os temas e contribuições, bem como o tipo de argumentos que

“contam”, não podem ser reduzidos *a fortiori*. Pois o princípio moral resulta de uma especificação do princípio geral do discurso para normas de ação que só podem ser justificadas sob o ponto de vista da consideração simétrica dos interesses. O princípio da democracia resulta de uma especificação correspondente para tais normas de ação que surgem na forma do direito e que podem ser justificadas com o auxílio de argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais - e não apenas com o auxílio de argumentos morais. Antecipando análises do próximo capítulo, eu gostaria de acrescentar apenas, a título de esclarecimento, que o tipo de argumentos resulta da lógica do respectivo questionamento. Em questões morais, a humanidade ou uma suposta república dos cidadãos forma o sistema de referência para a fundamentação de regulamentações que são do interesse simétrico de todos. As razões decisivas devem poder ser aceitas, em princípio, por todos. Em questionamentos ético-políticos a forma de vida “de nossa respectiva” comunidade política constitui o sistema de referência para a fundamentação de regulamentações que valem como expressão de um auto-entendimento coletivo consciente. Os argumentos decisivos têm de poder ser aceitos, em princípio, por todos os membros que compartilham “nossas” tradições e valorações fortes. Antagonismos de interesses necessitam de um ajuste racional entre interesses e enfoques axiológicos concorrentes. E a totalidade dos grupos sociais ou subculturais imediatamente envolvidos forma o sistema de referência para a negociação de compromissos. Esses têm que ser aceitáveis, em princípio, e na medida em que se realizam sob condições de negociações eqüitativas, por todos os partidos e, em certos casos, levando em conta até argumentos diferentes.

Nas minhas pesquisas sobre a ética do discurso, publicadas até o momento, não há uma distinção satisfatória entre princípio moral e princípio do discurso. O princípio do discurso explica apenas o ponto de vista sob o qual é possível *fundamentalmente* normas de ação, uma vez que eu parto da idéia de que o próprio princípio está fundado nas condições simétricas de reconhecimento de formas de vida estruturadas comunicativamente. A introdução de um princípio do discurso já pressupõe que questões práticas em geral podem ser julgadas imparcialmente e decididas

racionalmente. Tal pressuposição não é trivial; sua fundamentação é reservada a uma teoria da argumentação, que eu retomarei provisoriamente no próximo capítulo. Dependendo da lógica do questionamento e do tipo correspondente de argumentos, ela pode levar à distinção entre diferentes tipos de discurso (e de negociações que regulam o procedimento). E, para cada tipo, é preciso mostrar quais são as regras que permitem uma resposta a problemas pragmáticos, éticos e morais³¹. Estas regras de argumentação operacionalizam, por assim dizer, o princípio do discurso. Nos discursos de fundamentação moral, o princípio do discurso assume a forma de um princípio de universalização. Nesta medida, o princípio moral preenche o papel de uma regra de argumentação. Ele pode ser fundamentado, formal e pragmaticamente, a partir de pressupostos gerais da argumentação - como a forma de reflexão do agir comunicativo³². Não posso aprofundar esse ponto. Em discursos de aplicação, o princípio moral é complementado através de um princípio de adequação. Ainda nos ocuparemos disso ao tratar dos discursos de aplicação na área do direito³³. Em nosso contexto, porém, destacamos os aspectos que viabilizam a distinção entre princípio moral e princípio da democracia.

E aqui se recomenda cautela. Pois corremos o risco de sucumbir à sugestão de um preconceito muito difundido, segundo o qual a moral tem a ver apenas com relações sociais que caem sob a responsabilidade pessoal, ao passo que o direito e a justiça política se encontram no âmbito das interações mediadas institucionalmente³⁴. À luz da teoria do discurso, o princípio moral ultrapassa os

31 HABERMAS, J. "Zum pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft", in: *id.* (1991a), 100-118.

32 Cf. REHG, W. "Discourse and the Moral Point of View: Deriving a Dialogical Principle of Universalization", in: *Inquiry*, 34, 1991, 27-48; *Id. Insight and Solidarity, The Idea of a Discourse Ethics*, Diss. fil. Northwestern University, Evanston, 1991.

33 GÜNTHER, K. *Der Sinn für Angemessenheit*. Frankfurt a/M., 1988; HABERMAS (1991a), 137-142. Cf. abaixo, cap. V, 264ss.

34 Neste sentido, A. Wellmer (*Ethik und Dialog*. Frankfurt a/M. 1986)

limites históricos casuais, diferenciados socialmente, traçados entre domínios vitais públicos e privados; nela se leva a sério o sentido universalista da validade das regras morais, pois se exige que a aceitação ideal de papéis - que, de acordo com Kant, todo o indivíduo singular realiza *privatim* - seja transportada para uma prática pública, realizada em comum por todos. Além do mais, uma divisão regional entre as competências da moral e do direito de acordo com domínios de ação públicos e privados não faz sentido, uma vez que a formação da vontade do legislador político se estende também aos aspectos morais da matéria a ser regulamentada. Em sociedades complexas, a moral só obtém efetividade em domínios vizinhos, quando é traduzida para o código do direito.

A fim de obter critérios precisos para a distinção entre princípio da democracia e princípio moral, parto da circunstância de que o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente. Por isso, o princípio da democracia não se encontra no mesmo nível que o princípio moral.

Enquanto este último funciona como regra de argumentação para a decisão racional de questões morais, o princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais precisamente, a possibilidade de todas as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis. Por si mesmo, o princípio da democracia não é capaz de dizer se e como é possível abordar discursivamente questões políticas - esse

opõe ao princípio moral, a ser aplicado privadamente, um princípio da justiça que regula a formação comum da vontade política. O. Höffe também faz questão de distinguir o ponto de vista moral do ponto de vista da justiça política.

problema teria que ser esclarecido preliminarmente numa teoria da argumentação. Partindo do pressuposto de que uma formação política racional da opinião e da vontade é possível, o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada – através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica, já garantido em seus pressupostos comunicativos. Enquanto o princípio moral opera no nível da constituição *interna* de um determinado jogo de argumentação, o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização *externa* e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito.

A diferença de níveis de referência constitui um dos pontos de vista sob os quais é possível distinguir entre o princípio da democracia e o da moral. O outro é dado pela diferença entre normas jurídicas e demais normas de ação. Enquanto o princípio moral se estende a todas as normas de ação justificáveis com o auxílio de argumentos morais, o princípio da democracia é talhado na medida das normas do direito. Essas regras não nascem de interações simples, mais ou menos naturais, que se encontram quase prontas. A forma jurídica que reveste essas normas estabeleceu-se no decorrer da evolução social. Em confronto com regras de interação naturais, que podem ser julgadas somente sob o ponto de vista moral, as normas do direito possuem um caráter artificial – formam uma camada de normas de ação produzidas intencionalmente, reflexivas, isto é, aplicáveis a si mesmas. Por isso, o princípio da democracia não deve apenas estabelecer um processo legítimo de normatização, mas também orientar a *produção do próprio medium do direito*. Na visão do princípio do discurso, é necessário estabelecer as condições às quais os direitos em geral devem satisfazer para se adequarem à constituição de uma comunidade de direito e possam servir como *medium* da auto-organização desta comunidade. Por isso, é preciso criar não somente o sistema dos direitos, mas também a *linguagem* que permite à comunidade entender-se enquanto associação voluntária de membros *do direito* iguais e livres.

Os dois aspectos sob os quais analisamos o princípio da moral e da democracia implicam respectivamente duas tarefas, que o

procurado sistema de direitos deve solucionar. Este não deve apenas institucionalizar uma formação da vontade política racional, mas também proporcionar o próprio *medium* no qual essa vontade pode se expressar como vontade comum de membros do direito livremente associados. A especificação desta segunda tarefa implica a determinação da forma das regras jurídicas de ação.

2

Tentarei clarificar as determinações formais do direito, lançando mão da relação complementar entre direito e moral. Esta clarificação é parte integrante de uma explicação *funcional*, não de uma fundamentação normativa do direito. Pois a forma jurídica não é um princípio que possa ser “fundamentado” epistêmica ou normativamente. Como já foi salientado, Kant caracterizara a legalidade de modos de agir, servindo-se de três abstrações que se referem aos destinatários, não aos autores do direito. Em primeiro lugar, o direito não leva em conta a capacidade dos destinatários em ligar a sua vontade, contando apenas com sua *arbitrariedade*. Além disso, o direito abstrai da complexidade dos planos de ação a nível do mundo da vida, limitando-se à relação externa da atuação interativa e recíproca de determinados agentes sociais típicos. Finalmente, o direito não considera, conforme vimos, o tipo de motivação, contentando-se em enfocar o agir sob o ponto de vista de sua conformidade à regra.

Aos modos de agir circunscritos juridicamente corresponde um *status* especificamente limitado dos próprios sujeitos do direito. Normas morais regulam relações interpessoais e conflitos entre pessoas naturais, que se reconhecem reciprocamente como membros de uma comunidade concreta e, ao mesmo tempo, como indivíduos insubstituíveis³⁵. Eles se dirigem a pessoas individualizadas através de sua história de vida. Ao passo que normas jurídicas regulam relações interpessoais e conflitos entre atores que se reconhecem como membros de uma comunidade abstrata, criada através das normas do direito. Também elas se endereçam a

35 WINGERT, L. *Gemeinsinn und Moral*. Frankfurt a/M., 1993.

sujeitos singulares, os quais, porém, não se individualizam mais através de sua identidade pessoal, formada através de sua história de vida, e sim, através da capacidade de assumir a posição de membros sociais típicos de uma comunidade constituída juridicamente. Portanto, na perspectiva dos destinatários, a relação jurídica não leva em conta a capacidade das pessoas em ligar sua vontade através de idéias normativas; ela atribui a elas apenas a capacidade de tomar decisões teleológicas (*zweckrational*), ou seja, liberdade de arbítrio³⁶. Os demais aspectos da legalidade resultam dessa redução da vontade livre de uma pessoa moral e eticamente imputável ao arbítrio de um sujeito jurídico, determinado por preferências próprias. Só é possível regular juridicamente as matérias que abrangem as condições externas. Isso pode explicar um efeito de singularização da forma jurídica, que não chega a desmentir os fundamentos intersubjetivos do direito enquanto tal.

Mesmo que o conceito kantiano de legalidade pareça mais proveitoso para a análise das determinações formais do direito, não podemos entender os aspectos da legalidade como limitações da moral; eu preferiria esclarecê-las a partir da relação sociológica complementar entre moral e direito: a constituição da forma jurídica torna-se necessária, a fim de compensar *déficits* que resultam da decomposição da eticidade tradicional. Pois a moral autônoma, apoiada apenas em argumentos racionais, só se responsabiliza por juízos corretos e equitativos. Com a passagem para o nível de

36 Esta abstração tem um significado assegurador da liberdade; o *status* da pessoa de direito protege a esfera no interior da qual uma pessoa concreta, responsável moralmente, e que conduz a sua vida de modo ético, pode desenvolver-se livremente. A redução da pessoa de direito a um portador de direitos subjetivos, dotado de liberdade de arbítrio, só adquire um sentido moral e ético na medida em que a garantia jurídica de liberdades subjetivas garante uma esfera para uma conduta de vida consciente e autônoma. O direito se apresenta como uma "máscara protetora" (H. Arendt) para a pessoa individuada na história e que deseja viver de modo consciente e autêntico; cf. FORST, R. *Kontexte der Gerechtigkeit*. Frankfurt a/M., 1994.

fundamentação pós-convencional, a consciência moral se desliga da prática tradicional, enquanto o *ethos* da sociedade global se torna simples convenção, costume, direito consuetudinário.

Uma moral racional se posiciona criticamente em relação a todas as orientações da ação, sejam elas naturais, auto-evidentes, institucionalizadas ou ancoradas em motivos através de padrões de socialização. No momento em que uma alternativa de ação e seu pano de fundo normativo são expostos ao olhar crítico dessa moral, entra em cena a problematização. A moral da razão é especializada em questões de justiça e aborda em princípio *tudo* à luz forte e restrita da universalizabilidade. O seu *telos* consiste na avaliação imparcial de conflitos de ação, relevantes do ponto de vista moral, visando, pois, a um saber capaz de orientar o agir, mesmo que não seja capaz de *dispor* para o agir correto. A moral da razão, sublimada na forma de um saber, passa a ser representada no plano cultural como qualquer outra forma de saber; inicialmente, ela existe apenas como um conteúdo significativo de símbolos culturais, que podem ser entendidos e interpretados, transmitidos e desenvolvidos criticamente. Naturalmente a moral culturalmente oscilante também se refere a *possíveis* ações; no entanto, de si mesma, ela não mantém mais vínculo com os motivos que impulsionam os juízos morais para a prática e com as instituições que fazem com que as expectativas morais justificadas sejam realmente preenchidas. A moral que se retraiu para o interior do sistema cultural passa a ter uma relação apenas virtual com a ação, cuja atualização depende dos *próprios* atores motivados. Estes precisam estar dispostos a agir conscientemente. Uma moral da razão depende, pois, de processos de socialização que produzem as instâncias correspondentes da consciência, a saber, as formações do superego. A sua eficácia para a ação depende mais do acoplamento internalizador de princípios morais no sistema da personalidade, do que da fraca força motivacional contida em bons argumentos.

A transferência de saber para o agir é incerta devido à fragilidade e ao nível extremo de abstração de uma auto-regulação arriscada do sujeito que age moralmente, especialmente devido à improbabilidade de processos de socialização capazes de promover competências tão pretensiosas. Uma moral dependente de um substrato de estruturas da personalidade ficaria limitada em sua eficácia,

caso não pudesse atingir os motivos dos agentes por um *outro* caminho, que não o da internalização, ou seja, o da institucionalização de um sistema jurídico que *complementa* a moral da razão do ponto de vista da eficácia para a ação. O direito é sistema de saber e, ao mesmo tempo, sistema de ação; ele pode ser entendido como um texto repleto de proposições e interpretações normativas ou como uma instituição, isto é, como um complexo de regulativos da ação. No direito, os motivos e orientações axiológicas estão interligados entre si num sistema de ação; por isso as proposições jurídicas têm eficácia imediata para ação, o mesmo não acontecendo com os juízos morais enquanto tais. De outro lado, as instituições jurídicas distinguem-se das ordens institucionais naturais através de seu elevado grau de racionalidade, pois nelas se cristaliza um sistema de saber sólido, configurado dogmaticamente e conectado a uma moral dirigida por princípios. E, como o direito está estabelecido simultaneamente nos níveis da cultura e da sociedade, ele pode *compensar* as fraquezas de uma moral racional que se atualiza primariamente na forma de um saber.

A pessoa que julga e age moralmente tem que se apropriar autonomamente desse saber, elaborá-lo e transpô-lo para a prática. Ela se encontra sob exigências cognitivas (a), motivacionais (b) e organizatórias (c) inauditas, das quais é *aliviada* enquanto pessoa jurídica:

a) A moral da razão configura apenas um procedimento para a avaliação imparcial de questões controversas. Ela não tem condições de elaborar um catálogo de deveres, nem ao menos uma série de normas hierarquizadas: ela exige apenas que os sujeitos formem o seu próprio juízo. De mais a mais, sua liberdade comunicativa, desencadeada em discursos morais, leva a opiniões falíveis no conflito das interpretações. Os problemas mais difíceis não são, em primeira linha, os da fundamentação de normas. Pois o que se questiona normalmente não são os princípios que transformam em dever o igual respeito por cada um, a saber, a justiça distributiva, a benevolência com os necessitados de ajuda, a lealdade, a sinceridade, etc. No entanto, o caráter abstrato dessas normas universalizadas levanta problemas de aplicação, tão logo um conflito ultrapassa os limites de interações exercitadas e embutidas em

contextos consuetudinários. A decisão de tal caso concreto, de difícil avaliação, exige operações complexas. De um lado, as características relevantes da situação precisam ser descobertas e descritas à luz de normas possíveis, porém ainda indeterminadas; de outro lado, a norma apropriada deve ser escolhida, interpretada e aplicada à luz de uma descrição possivelmente completa da situação. Problemas de fundamentação e de aplicação de questões complexas sobrecarregam freqüentemente a capacidade analítica do indivíduo. E tal *indeterminação cognitiva* é absorvida pela facticidade da normatização do direito. O legislador político decide quais normas valem como direito e os tribunais resolvem, de forma razoável e definitiva para todas as partes, a disputa sobre a aplicação de normas válidas, porém carentes de interpretação. O sistema jurídico tira das pessoas jurídicas, em sua função de destinatárias, o poder de definição dos critérios de julgamento do que é justo e do que é injusto. Sob o ponto de vista da complementaridade entre direito e moral, o processo de legislação parlamentar, a prática de decisão judicial institucionalizada, bem como o trabalho profissional de uma dogmática jurídica, que sistematiza decisões e concretiza regras, significam um alívio para o indivíduo, que não precisa carregar o peso cognitivo da formação do juízo moral próprio.

b) A moral da razão não sobrecarrega o indivíduo apenas com o problema da decisão de conflitos de ação, mas também com expectativas em relação à sua força de vontade. Com relação ao primeiro problema, ele deve estar preparado para, em situações de conflito, procurar uma solução consensual, isto é, entrar em discursos ou repeti-los de modo advocatício. Com relação às expectativas, ele deve conseguir a força para agir segundo intuições morais, inclusive contra seus próprios interesses, a fim de harmonizar o dever e a obrigação. Enquanto autor, o ator deve concordar consigo mesmo, por ser destinatário de mandamentos. À indeterminação cognitiva do juízo orientado por princípios deve-se acrescentar a *incerteza motivacional* sobre o agir orientado por princípios conhecidos. Esta é absorvida pela facticidade da imposição do direito. Na medida em que não está ancorada suficientemente nos motivos e enfoques de seus destinatários, uma moral da razão depende de um direito que impõe um agir conforme a

normas, deixando livres os motivos e enfoques. O direito coercitivo cobre de tal modo as expectativas normativas com ameaças de sanção, que os destinatários podem limitar-se a considerações orientadas pelas conseqüências.

Além disso, o problema da fraqueza da vontade acarreta o da *imputabilidade*. De acordo com uma moral da razão, os indivíduos singulares examinam a validade de normas, pressupondo que estas são seguidas faticamente por cada um. E, se a validade das normas implica o assentimento racionalmente motivado de todos os atingidos, sob a condição de uma prática de obediência *geral* a normas, então não pode ser *exigido* de ninguém que se atenha a normas válidas, enquanto a condição citada não estiver preenchida. Cada um deve poder esperar que todos sigam as normas válidas. Normas válidas só são imputáveis quando puderem ser impostas faticamente contra um comportamento desviante.

c) Um terceiro problema, resultante do caráter universalista da moral da razão, é dado pela imputabilidade de obrigações, especialmente com relação aos deveres positivos, os quais exigem freqüentemente, especialmente nas sociedades complexas, esforços cooperativos ou realizações organizacionais. O dever inequívoco, por exemplo, de impedir que o próximo anônimo morra de fome, contrasta gritantemente com o fato de que milhões de habitantes do Primeiro Mundo deixam perecer milhares de pessoas nas regiões pobres do Terceiro Mundo. A própria ajuda caritativa somente funciona através da organização; o desvio de mantimentos e medicamentos, de roupas e infra-estruturas, ultrapassa em muito as iniciativas e o espaço de ação dos indivíduos. Muitos estudos revelam que um melhoramento estrutural exigiria até uma nova ordem econômica. Problemas semelhantes, que só podem ser enfrentados a nível institucional, colocam-se na própria região, inclusive na vizinhança. Quanto mais a consciência moral se orienta por valores universalistas, tanto maiores se tornam as discrepâncias entre exigências morais inquestionáveis e coerções organizatórias, que constituem obstáculos às transformações. Deste modo, as exigências morais, que têm que ser preenchidas através de cadeias de ação anônimas e realizações organizacionais, só encontram destinatários claros no interior de um sistema de regras

auto-aplicáveis. O direito é *naturalmente* reflexivo; ele contém normas secundárias que servem para a produção de normas primárias da orientação do comportamento. Ele pode determinar competências e fundar organizações, em síntese, um sistema de imputabilidade, que se refere não só às pessoas jurídicas naturais, mas também a sujeitos de direito fictícios, tais como corporações e institutos.

Essa questão da divisão moral do trabalho³⁷, que vem acrescentar-se aos problemas da imputabilidade, da fraqueza da vontade e da possibilidade da resolução judicial, sinaliza que há limites na moral pós-convencional que fundamentam funcionalmente uma complementação através do direito. Entretanto, aqui nos deparamos com um outro problema, resultante do nível de fundamentação pós-convencional da moral da razão: as outras instituições, garantidas pela tradição, perdem a base de sua legitimidade. A partir do momento em que os padrões morais mais pretensiosos não podem mais ser tomados de modo ingênuo, entra em cena um fluxo de problematização que coloca as instituições desvalorizadas sob a pressão da justificação. Todavia, a própria moral que fornece os pontos de vista para a avaliação sóbria e desapaixonada das instituições existentes não está em condições de oferecer qualquer tipo de manejo *operativo* para sua reconstrução. Neste contexto, o direito positivo, enquanto sistema de ação, constitui uma reserva que pode entrar no lugar de outras instituições.

O direito não é recomendado apenas para a reconstrução dos complexos de instituições naturais que ameaçam ruir devido à subtração da legitimação. Em virtude da modernização social, surge uma necessidade organizacional de tipo *novo*, que só pode ser satisfeita de modo construtivo. O substrato institucional de áreas de interação tradicionais, tais como a família e a escola, é reformulado através do direito, o qual torna possível a *criação* de sistemas de ação organizados formalmente, tais como mercados, empresas e administrações. A economia capitalista, orientada pelo

37 SHUE, H. "Mediating Duties", in: *Ethics*, 98, 1988, 687-704.

dinheiro, e a burocracia estatal, organizada a partir de competências, surgem no *medium* de sua institucionalização jurídica.

As realizações específicas do código do direito, que deve ser acionado para responder a uma demanda crescente de organização e de regulamentação de sociedades cada vez mais complexas, não podem mais ser explicadas exclusivamente a partir da necessidade de compensação da moral, como é sugerido pelos problemas até agora contemplados. Só se reconhecem as verdadeiras proporções quando se passa a considerar a moral pelo ângulo do sistema jurídico. Uma moral da razão que obtivesse eficácia apenas através dos processos de socialização e da consciência dos indivíduos ficaria reduzida a um campo de ação estreito. Ora, a moral pode irradiar-se a *todos* os campos de ação, através de um sistema de direitos com o qual ela mantém um vínculo interno, atingindo inclusive as esferas sistemicamente autonomizadas das interações dirigidas por meios que aliviam os atores de todas as exigências morais, com uma única exceção: a da obediência geral ao direito. Em condições menos complexas, o *ethos* de uma forma de vida adquire força social integradora, porque nesta eticidade integral todos os componentes do mundo da vida estão interligados e os deveres concretos afinados com as instituições, além de enraizados nos motivos. Só poderemos avaliar a propagação dos conteúdos morais pelos canais das regulamentações jurídicas, quando encarmos o sistema do direito como um todo.

III. Fundamentação dos direitos pelo caminho da teoria do discurso: princípio do discurso, forma do direito e princípio da democracia

Neste ponto, é possível enfeixar as diferentes linhas de argumentação, a fim de fundamentar um sistema dos direitos que faça jus à autonomia privada e pública dos cidadãos. Esse sistema deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo. Como no direito racional clássico, esses direitos devem ser introduzidos inicialmente na perspectiva de alguém que não está participando. Já demos

vários passos preparatórios nesse sentido. Partimos da história dos dogmas do direito subjetivo, a fim de mostrar como a legitimidade surge paradoxalmente da legalidade; desenvolvemos, a seguir, um modo próprio de interpretar o conceito de autonomia, na linha de uma teoria do discurso, o qual torna possível reconhecer o nexos interno entre direitos humanos e soberania do povo. Pesquisamos, finalmente, a relação complementar entre direito e moral, a fim de esclarecer a determinação formal que permite distinguir entre normas jurídicas e normas gerais da ação. O interessante é que essa forma jurídica já implicava os direitos subjetivos que recebem destaque nas ordens jurídicas modernas.

Quando se introduz o direito em geral como complemento da moral, a facticidade da normatização e da imposição do direito, bem como a auto-aplicação construtiva do direito, passam a ser constitutivos para um determinado tipo de interações destituídas de peso moral. O *medium* do direito, enquanto tal, pressupõe direitos que definem o *status* de pessoas jurídicas como portadoras de direitos em geral. Esses direitos são talhados segundo a liberdade de arbítrio de atores singularizados e tipificados, isto é, respeitando as liberdades de ação subjetivas, admitidas condicionalmente. A liberação do arbítrio dos atores orientados pelo sucesso da obrigação do agir orientado pelo entendimento constitui apenas o verso da medalha de um outro aspecto, a saber, o da coordenação da ação por intermédio de leis coercitivas, que limitam os espaços de opção a partir de fora. Resulta disso o valor posicional fundamental de direitos que garantem e compatibilizam entre si as liberdades subjetivas imputáveis individualmente.

Elas garantem uma autonomia privada, que também pode ser descrita como liberação das obrigações da liberdade comunicativa. Seguindo Klaus Günther, eu entendo a “liberdade comunicativa” como a possibilidade – pressuposta no agir que se orienta pelo entendimento – de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo³⁸. A isso estão ligadas obri-

38 GÜNTHER, K. “Die Freiheit der Stellungnahme als politisches

gações, das quais as liberdades subjetivas, protegidas pelo direito, *eximem*. Liberdade comunicativa só existe entre atores que desejam entender-se entre si sobre algo num enfoque performativo e que contam com tomadas de posição perante pretensões de validade reciprocamente levantadas. Essa característica peculiar da liberdade comunicativa, que depende sempre de uma relação intersubjetiva, explica por que ela se liga a obrigações ilocucionárias. Para alguém poder tomar uma posição, dizendo “sim” ou “não”, é preciso que o outro esteja disposto a fundamentar, caso se torne necessário, uma pretensão levantada através de atos de fala. Uma vez que os sujeitos que agem comunicativamente se dispõem a ligar a coordenação de seus planos de ação a um consentimento apoiado nas tomadas de posição recíprocas em relação a pretensões de validade e no reconhecimento dessas pretensões, somente contam os argumentos que podem ser aceitos *em comum* pelos partidos participantes. São respectivamente *os mesmos* argumentos que têm uma força racionalmente motivadora. No entanto, para um ator que toma as suas decisões em força da liberdade subjetiva, pouco importa se os argumentos que são decisivos *para ele*, também poderiam ser aceitos por outros. Por isso, a autonomia privada de um sujeito do direito pode ser entendida essencialmente como a liberdade negativa de retirar-se do espaço público das obrigações ilocucionárias recíprocas para uma posição de observação e de influência recíproca. A autonomia privada vai tão longe, que o sujeito do direito *não* precisa prestar contas, nem apresentar argumentos publicamente aceitáveis para seus planos de ação. Liberdades de ação subjetivas justificam a *saída* do agir comunicativo e a recusa de obrigações ilocucionárias; elas fundamentam uma privacidade que libera do peso da liberdade comunicativa atribuída e imputada reciprocamente.

O princípio kantiano, que estatui um direito às liberdades subjetivas de ação, pode ser entendido da seguinte maneira: deve

Grundrecht”, in: KOLLER, P. et al. (Eds.) *Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik*: Cad. Supl. de *Archiv für Rechts- und Socialphilosophie*, 51, 1991, 58ss.

ser constituído um código jurídico na figura de direitos subjetivos, os quais imunizam os sujeitos jurídicos contra a imputação da liberdade comunicativa. Entretanto, o princípio jurídico não exige apenas o direito a liberdades subjetivas em geral, mas também *iguais* liberdades subjetivas. A liberdade de *cada um* deve poder conviver com a igual (*gleiche*) liberdade de *todos*, segundo uma lei geral. Somente assim pode entrar em jogo a pretensão de legitimidade do direito positivo, o qual nós podemos descuidar até o momento, refugiando-nos nas determinações formais do direito. Na formulação kantiana do princípio do direito, a “lei geral” carrega o peso da legitimação. E aí o imperativo categórico está sempre presente como pano de fundo: a forma da lei geral legitima a distribuição das liberdades de ação subjetivas, porque nele se expressa um bem-sucedido teste de generalização da razão que examina leis. Disso resulta, em Kant, uma subordinação do direito à moral, a qual é inconciliável com a idéia de uma autonomia que se realiza *no medium do próprio direito*.

A idéia da autolegislação *de civis* exige que os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito. E, para fazer jus a esta idéia, não basta compreender o direito a iguais liberdades de ação subjetivas como um direito fundamentado moralmente, que necessita apenas da positivação através do legislador político. Enquanto pessoas que julgam moralmente, podemos certamente nos convencer da validade do direito humano primordial, na medida em que já dispomos de um conceito de legalidade. Todavia, *enquanto* legisladores morais, nós ainda não somos sujeitos jurídicos ou destinatários, aos quais esse direito é *conferido*. É verdade que cada sujeito do direito, no papel de uma pessoa moral, entende que poderia dar-se a si mesmo determinadas leis jurídicas; mesmo assim, essa ratificação moral posterior e privada não elimina o paternalismo de uma “dominação das leis”, à qual os sujeitos do direito, politicamente heterônomos, continuam submetidos. Somente a normatização *politicamente autônoma* permite aos destinatários do direito uma compreensão correta da ordem jurídica em geral. Pois o direito legítimo só se coaduna com um tipo de coerção jurídica que salvaguarda os motivos racionais para

a obediência ao direito. O direito coercitivo não pode *obrigar* os seus destinatários a isso; deve ser-lhes facultado renunciar ou não, conforme o caso, ao exercício de sua liberdade comunicativa e à tomada de posição em relação à pretensão de legitimidade do direito, ou seja, deve-se permitir que abandonem, num caso concreto, o enfoque performativo em relação ao direito, trocando-o pelo enfoque de um ator que calcula as vantagens e que decide arbitrariamente. Normas jurídicas devem *poder* ser seguidas com discernimento.

A idéia da autolegislação de cidadãos não pode, pois, ser deduzida da autolegislação *moral* de pessoas *singulares*. A autonomia tem que ser entendida de modo mais geral e neutro. Por isso introduzi um princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e ao direito. Esse princípio deve assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A idéia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma *gênese lógica de direitos*, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um *sistema* de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de *modo co-originário*.

O processo de apresentação vai do abstrato ao concreto, sendo que a concreção acontece porque a perspectiva da representação, inicialmente trazida de fora, é internalizada pelo sistema de direitos, representado. Ora, tal sistema deve conter precisamente os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência

com os meios do direito positivo. Já foi ventilado o significado das expressões “direito positivo” e “regulamentação legítima”. O conceito “forma jurídica”, que estabiliza as expectativas sociais de comportamento do modo como foi dito, e do princípio do discurso, à luz do qual é possível examinar a legitimidade das normas de ação em geral, nos fornece os meios suficientes para introduzir *in abstracto* as categorias de direitos que geram o próprio código jurídico, uma vez que determinam o *status* das pessoas de direito:

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*.

Esses direitos exigem como correlatos necessários:

(2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito;

(3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.

Essas três categorias de direitos nascem da aplicação do princípio do discurso ao *medium* do direito enquanto tal, isto é, às condições da formalização jurídica de uma socialização horizontal em geral. Eles ainda não podem ser interpretados no sentido de direitos liberais de defesa, uma vez que regulam apenas as relações entre os civis livremente associados, *antes de* qualquer organização objetiva ou jurídica de um poder do Estado, contra o qual os civis precisam proteger-se. E esses direitos fundamentais garantem a autonomia *privada* de sujeitos jurídicos somente na medida em que esses sujeitos se reconhecem mutuamente em seu papel de *destinatários* de leis, erigindo destarte um *status* que lhes possibilita a pretensão de obter direitos e de fazê-los valer reciprocamente. Somente no próximo passo os sujeitos do direito assumem também o papel de *autores* de sua ordem jurídica, através de:

(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo.

Essa categoria de direitos encontra aplicação reflexiva na interpretação dos direitos constitucionais e na configuração política posterior dos direitos fundamentais elencados de (1) até (4). Os direitos políticos fundamentam o *status* de cidadãos livres e iguais; e esse *status* é auto-referencial na medida em que possibilita aos civis modificar sua posição material com relação ao direito, com o objetivo da interpretação e da configuração da autonomia pública e privada. Tendo na mira esse objetivo, os direitos até agora explicitados *implicam*, finalmente:

(5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4).

Nas páginas seguintes, limitar-me-ei a alguns comentários sobre os quatro direitos de participação e de liberdade, fundamentados absolutamente, uma vez que no último capítulo retornarei aos direitos fundamentados de modo relativo. A proposta de uma interpretação dos direitos fundamentais à luz da teoria do discurso deve servir para esclarecer o nexos interno entre direitos humanos e soberania do povo, como também solucionar o paradoxo da legitimidade que surge da legalidade.

ad (1). Normas de ação que surgem em forma jurídica autorizam os atores a fazerem uso de liberdades de ação subjetivas. A simples *forma* dos direitos subjetivos não permite resolver o problema da legitimidade dessas leis. Entretanto, o princípio do discurso revela que todos têm um direito à maior medida possível de *iguais* liberdades de ação subjetivas. São legítimas somente as regulamentações que fazem jus a esta condição da compatibilidade dos direitos de cada um com os iguais direitos de todos. O princípio do direito kantiano equivale a esse direito geral implicando liberdades iguais; pois ele afirma apenas que um código de direito deve ser organizado na figura de direitos subjetivos, *legitimamente distribuídos*, os quais garantem a proteção da autonomia privada de sujeitos de direitos. É verdade que esses direitos não permitem, por si mesmos, uma institucionalização completa do código do direito. Este precisa encontrar antes uma aplicação no interior de

uma determinada comunidade de direito e determinar direitos que cada um possa reclamar judicialmente do outro.

ad (2) Regras do direito não regulam possíveis interações entre sujeitos capazes de falar e de agir em geral, como é o caso das regras da moral: elas regulam os contextos interacionais de uma sociedade concreta. Isso deriva do próprio conceito de positividade do direito, isto é, da facticidade da normatização e da imposição do direito. Normas jurídicas originam-se das decisões de um legislador histórico, referindo-se a um universo jurídico geograficamente delimitado e a uma coletividade de parceiros jurídicos delimitável socialmente, e, com isso, a um âmbito de validade especial. Tais limitações no tempo histórico e no espaço social são devidas à circunstância de que os sujeitos do direito têm de ceder os seus direitos de usar a força a uma instância que monopoliza os meios legítimos de coerção e, dado o caso, os emprega a seu favor. Pois todo o monopólio da força sobre a terra é uma entidade finita, o que valeria inclusive para um governo mundial – em relação ao futuro e ao cosmo, ela é provinciana. O estabelecimento de um código jurídico exige, por isso, direitos que regulam a participação numa *determinada* associação de parceiros jurídicos e, deste modo, permite a distinção entre membros e não-membros, cidadãos e estranhos. Em comunidades organizadas na forma de Estado, tais direitos assumem a forma de direitos de participação no Estado. Os aspectos exteriores da pertença ao Estado, que se apóiam no reconhecimento do respectivo Estado, não nos interessam aqui. Segundo eles, o *status* de membro forma a base para a atribuição das posições jurídicas materiais que perfazem o *status* de um civil no sentido da cidadania. Da aplicação do princípio do discurso resulta que cada um deve ser protegido contra a subtração unilateral dos direitos de pertença; porém ele deve ter o direito de renunciar ao *status* de membro. O direito à emigração implica que a pertença a uma associação deve repousar sobre um ato de aceitação por parte do sócio (ao menos suposto). Ao mesmo tempo, a imigração, portanto a ampliação da comunidade de direito através de estrangeiros que desejariam obter direitos de associação, implica uma regulamentação que seja do interesse simétrico tanto dos membros como dos candidatos.

ad (3) A institucionalização jurídica do código de direito exige, finalmente, a garantia dos caminhos jurídicos, pelos quais a pessoa que se sentir prejudicada em seus direitos possa fazer valer suas pretensões. Do caráter obrigatório do direito resulta a exigência de que o direito vigente, em casos de conflito, seja interpretado e aplicado obrigatoriamente num procedimento especial. Pessoas de direito só podem mobilizar as autorizações ao uso da força, acopladas aos seus direitos, se tiverem livre acesso a tribunais independentes e efetivos, que decidem autoritária e imparcialmente os casos de disputa no quadro das leis. À luz do princípio do discurso, é possível fundamentar direitos elementares da justiça, que garantem a todas as pessoas igual proteção jurídica, igual pretensão a ser ouvido, igualdade da aplicação do direito, portanto o direito a serem tratadas como iguais perante a lei, etc.

Resumindo, é possível constatar que o direito a iguais liberdades subjetivas de ação, bem como os correlatos dos direitos à associação e das garantias do caminho do direito, estabelecem o código jurídico enquanto tal. Numa palavra: não existe nenhum direito legítimo sem esses direitos. Nesta institucionalização jurídica do *medium* jurídico, ainda não se trata dos conhecidos direitos fundamentais liberais. Mesmo prescindindo do fato de que, neste nível, ainda não se pode falar de um poder do Estado organizado, contra o qual os direitos de defesa deveriam dirigir-se, os direitos fundamentais, inscritos no próprio código do direito, continuam, por assim dizer, *insaturados*. Eles precisam ser *configurados* e *interpretados* por um legislador político, de acordo com as circunstâncias. O código do direito não pode ser instaurado *in abstracto* e sim, de modo a que os civis, que pretendem regular legitimamente sua convivência com o auxílio do direito positivo, possam atribuir-se reciprocamente *determinados* direitos. De outro lado, esses direitos singulares preenchem a função de instauração de um código do direito, somente quando eles podem ser interpretados como uma explicação das categorias jurídicas assinaladas. Os direitos liberais clássicos à dignidade do homem, à liberdade, à vida e integridade física da pessoa, à liberalidade, à escolha da profissão, à propriedade, à inviolabilidade da residência, etc. constituem interpretações e configurações do direito geral à liberdade

no sentido de um direito a iguais liberdades subjetivas. De modo semelhante, a proibição de extradição, o direito de asilo e, em geral, o *status* material de deveres, o *status* de prestações, a cidadania, etc. significam uma concretização do *status* geral de um membro numa associação livre de parceiros do direito. E as garantias do encaminhamento do direito são interpretadas através de garantias processuais fundamentais e de princípios do direito (como é o caso da proibição do efeito retroativo, a proibição do castigo repetido do mesmo delito, a proibição de tribunais de exceção, bem como a garantia da independência pessoal do juiz, etc.).

É preciso salvaguardar *dois* aspectos, a saber: de um lado, as primeiras três categorias de direitos constituem representantes insaturados para a especificação de direitos fundamentais singulares, portanto princípios jurídicos pelos quais o legislador constitucional se orienta. De outro lado, este tem que orientar-se pelos princípios arrolados, apesar de sua soberania, na medida em que ele se serve do *medium* do direito. Pois, nestes princípios, transparece o sentido racionalizador da forma jurídica enquanto tal, já destacada por Hobbes e Rousseau.

ad (4) Até agora nós aplicamos o princípio do discurso à forma jurídica como que a partir de fora, na perspectiva de um teórico. O teórico *diz* para os civis quais são os direitos que eles *teriam* que reconhecer reciprocamente, caso desejassem regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo. Isso explica a natureza abstrata das categorias jurídicas abordadas. É preciso, no entanto, empreender uma mudança de perspectivas, a fim de que os civis possam aplicar por si mesmos o princípio do discurso. Pois, *enquanto* sujeitos do direito, eles só conseguirão autonomia se se entenderem e agirem como autores dos direitos aos quais desejam submeter-se como destinatários. Enquanto sujeitos *do direito*, eles não podem mais escolher o *medium* no qual desejam realizar sua autonomia. Eles não podem mais dispor da linguagem: O código do direito é dado preliminarmente aos os sujeitos do direito como a única linguagem na qual podem exprimir a sua autonomia. A idéia da autolegislação tem que adquirir por si mesma validade no *medium* do direito. Por isso, têm que ser garantidas pelo direito as condições sob as quais os cidadãos

podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo. Para isso servem os direitos fundamentais legítimos à participação nos processos de formação da opinião e da vontade do legislador.

Após essa mudança de perspectivas, nós não podemos mais fundamentar iguais direitos de comunicação e de participação a partir de *nossa visão*. Ora, são os próprios civis que refletem e decidem – no papel de um legislador constitucional – como devem ser os direitos que conferem ao princípio do discurso a figura jurídica de um princípio da democracia. De acordo com o princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais. Os direitos políticos procurados têm que garantir, por isso, a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo a que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis. À juridificação simétrica do uso político de liberdades comunicativas corresponde o estabelecimento de uma formação política da opinião e da vontade, na qual o princípio do discurso encontra aplicação. A liberdade comunicativa está referida, antes de qualquer institucionalização, a condições de um uso da linguagem orientado pelo entendimento, ao passo que as autorizações para o *uso público* da liberdade comunicativa dependem de formas de comunicação asseguradas juridicamente e de processos discursivos de consulta e de decisão. Estes fazem supor que todos os resultados obtidos segundo a forma e o procedimento correto são legítimos. Iguais direitos políticos fundamentais para cada um resultam, pois, de uma juridificação simétrica da liberdade comunicativa de todos os membros do direito; e esta *exige*, por seu turno, uma formação discursiva da opinião e da vontade que possibilita um exercício da autonomia política através da assunção dos direitos dos cidadãos.

Quando introduzimos o sistema dos direitos desta maneira, torna-se compreensível a interligação entre soberania do povo e direitos humanos, portanto a co-originariade da autonomia política e da privada. Com isso não se reduz o espaço da autonomia política dos cidadãos através de direitos naturais ou morais, que

apenas esperam para ser colocados em vigor, nem se instrumentaliza simplesmente a autonomia privada dos indivíduos para fins de uma legislação soberana. Nada vem antes da prática de autodeterminação dos civis, a não ser, de um lado, o princípio do discurso, que está inserido nas condições da socialização comunicativa em geral, e, de outro lado, o *medium* do direito. Temos que lançar mão do *medium* do direito, caso queiramos implementar no processo de legislação – com o auxílio de iguais direitos de comunicação e de participação – o princípio do discurso como princípio da democracia. Entretanto, o estabelecimento do código jurídico enquanto tal já implica direitos de liberdade, que criam o *status* de pessoas de direito, garantindo sua integridade. No entanto, esses direitos são condições necessárias que apenas *possibilitam* o exercício da autonomia política; como condições possibilitadoras, eles não podem *circunscrever* a soberania do legislador, mesmo que estejam à sua disposição. Condições possibilitadoras não impõem limitações àquilo que constituem.

O princípio do discurso e a forma jurídica de relações interativas não são suficientes, por si mesmos, para a fundamentação de qualquer tipo de direito. O princípio do discurso só pode assumir a figura de um princípio da democracia, se estiver interligado com o *medium* do direito, *formando* um sistema de direitos que coloca a autonomia pública numa relação de pressuposição recíproca. E, vice-versa, qualquer exercício da autonomia política significa, ao mesmo tempo, uma interpretação e configuração desses direitos, em princípio não-saturados, através de um legislador histórico. Isso vale também para os direitos políticos fundamentais que entram nesse contexto. O princípio segundo o qual todo o poder do Estado emana do povo tem que ser *especificado*, conforme as circunstâncias, na forma de liberdades de opinião e de informação, de liberdades de reunião e de associação, de liberdades de fé, de consciência e de confissão, de autorizações para a participação em eleições e votações políticas, para a participação em partidos políticos ou movimentos civis, etc. Nos atos constituintes de uma interpretação jurídica do sistema de direitos, os cidadãos fazem um uso originário de uma autonomia política que se constitui através de um modo performativo auto-referencial. Por isso, os parágrafos

das constituições históricas referentes aos direitos fundamentais podem ser interpretados como modos contextuais de ler *o mesmo* sistema de direitos.

No entanto, tal sistema dos direitos não é dado preliminarmente ao legislador constitucional como um direito natural. Esses direitos só chegam à consciência numa determinada interpretação constituinte. Ao lerem o sistema de direitos pelo ângulo de sua situação, os civis apenas explicitam o sentido do empreendimento ao qual eles já se dedicaram, ao decidirem regulamentar legitimamente sua convivência através do direito. Tal empreendimento pressupõe apenas uma compreensão intuitiva do princípio do discurso e o conceito da forma jurídica. Por isso, o discurso “do” sistema de direitos visa, quando muito, àquilo no qual as diferentes explicações da respectiva autocompreensão de uma tal prática coincidem. Também a “nossa” introdução teórica *in abstracto* de direitos fundamentais revela-se *ex post* como um artifício. Ninguém é capaz de lançar mão de um sistema de direitos no singular, sem apoiar-se em interpretações já elaboradas na história. “O” sistema dos direitos não existe num estado de pureza transcendental. Porém, após mais de duzentos anos de desenvolvimento constitucional na Europa, temos vários modelos à disposição; eles podem servir como introdução a uma reconstrução generalizadora da compreensão que acompanha necessariamente a prática intersubjetiva de uma autolegislação empreendida com os meios do direito positivo. O caráter das novas constituições, que freqüentemente refletem o sucesso de revoluções políticas, sugere a imagem enganadora de uma “constatação” de normas estáticas, subtraídas ao tempo e resistentes às transformações históricas. A primazia técnica e jurídica da constituição face às simples leis faz parte da sistemática dos princípios do Estado de direito; porém ela significa apenas uma fixação *relativa* do conteúdo das normas constitucionais. Como ainda teremos ocasião de ver, toda constituição é um projeto cuja durabilidade depende de uma interpretação constitucional continuada, desencadeada em todos os níveis da positivação do direito.

Na medida em que o sistema de direitos assegura, tanto a autonomia pública como a privada, ele operacionaliza a tensão entre facticidade e validade, que descrevemos inicialmente como tensão entre a positividade e a legitimidade do direito. Ambos os

momentos unem-se, no cruzamento recíproco entre forma do direito e princípio do discurso, inclusive na dupla face de Janus, que o direito volve, de um lado, para seus destinatários e, de outro lado, para seus autores. De um lado, o sistema dos direitos conduz o arbítrio dos interesses de sujeitos singulares que se orientam pelo sucesso para os trilhos de leis cogentes, que tomam compatíveis iguais liberdades subjetivas de ação; de outro lado, esse sistema mobiliza e reúne as liberdades comunicativas de civis, presumivelmente orientados pelo bem comum, na prática da legislação. Aqui irrompe novamente a tensão entre facticidade e validade; ou melhor, ela se concentra na circunstância, paradoxal à primeira vista, de que os direitos políticos fundamentais têm que institucionalizar o uso público das liberdades comunicativas *na forma* de direitos subjetivos. O código do direito não deixa outra escolha; os direitos de comunicação e de participação têm que ser formulados numa linguagem que permite aos sujeitos autônomos do direito escolher se e como vão fazer uso deles. Compete aos destinatários decidir se eles, enquanto autores, vão empregar sua vontade livre, se vão passar por uma mudança de perspectivas que os faça sair do círculo dos próprios interesses e passar para o entendimento sobre normas capazes de receber o assentimento geral, se vão ou não fazer um uso público de sua liberdade comunicativa.

Não conseguimos perceber essa diferença, quando nos limitamos à análise semântica de direitos. Quando uma pessoa tem um direito, ela tem uma pretensão correspondente a *x* e pode fazê-la valer em relação a outras pessoas. Nesse nível analítico, é possível fazer uma distinção entre direitos positivos e negativos, porém, com isso, ainda não se atinge o elemento específico da forma jurídica³⁹. Para se vislumbrar os aspectos da legalidade que nós analisamos, apoiando-nos nos tópicos kantianos da liberdade de arbítrio, da relação externa e da autorização para a coerção, é preciso galgar o nível pragmático. Sob esses aspectos é possível reconhecer a referência ambígua que os direitos subjetivos têm em

39 Sobre a análise semântica de conceitos jurídicos cf. KOCH, H. J. *Die juristische Methode im Staatsrecht*. Frankfurt a/M. 1977, 29ss.

relação ao uso público das liberdades comunicativas: tais autorizações precisam *também* ser tomadas *at face value*, isto é, como a permissão de liberdades de ação subjetivas. Ao contrário da moral, o direito não pode *obrigar* a um emprego comunicativo de direitos subjetivos, mesmo quando os direitos políticos dos cidadãos *sugerem* exatamente esse tipo de uso público. Entretanto, o fato dessa duplicidade possui um bom sentido normativo⁴⁰.

O surgimento da legitimidade a partir da legalidade não é paradoxal, a não ser para os que partem da premissa de que o sistema do direito tem que ser representado como um processo circular que se fecha recursivamente, legitimando-se *a si mesmo*. A isso opõe-se a evidência de que instituições jurídicas da liberdade decompõem-se quando inexistem iniciativas de uma população *acostumada* à liberdade. Sua espontaneidade não pode ser forçada através do direito; ele se regenera através das tradições libertárias e se mantém nas condições associacionais de uma cultura política liberal. Regulações jurídicas podem, todavia, estabelecer medidas para que os custos das virtudes cidadãs pretendidas não sejam muito altos. A compreensão discursiva do sistema dos direitos conduz o olhar para dois lados: De um lado, a carga da legitimação da normatização jurídica das qualificações dos cidadãos desloca-se para os procedimentos da formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente. De outro lado, a juridificação da liberdade comunicativa significa também que o direito é levado a explorar fontes de legitimação das quais ele não pode dispor.

40 Apesar das conseqüências problemáticas, este é o núcleo da argumentação de A. WELLMER. "Models of Freedom in the Modern World", in: *The Philosophical Forum*, XXI, 1989/90, 227-252.

IV. PARA A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO (2): OS PRINCÍPIOS DO ESTADO DE DIREITO

A reconstrução do direito situa-se no plano de uma explicação do significado. Através do sistema dos direitos, explicitamos os pressupostos nos quais os membros de uma comunidade jurídica moderna se apoiam quando pretendem legitimidade, sem apelar para motivos de ordem religiosa ou metafísica. Existe, todavia, uma diferença entre a legitimidade dos direitos e a legitimidade de uma ordem de dominação, entre a legitimação de processos de normatização e a legitimação do exercício do poder político. Os direitos fundamentais, reconstruídos no experimento teórico, são constitutivos para toda associação de membros jurídicos livres e iguais; nesses direitos reflete-se a socialização horizontal dos civis, quase *in statu nascendi*. Porém o ato auto-referencial da institucionalização jurídica da autonomia política é incompleto em pontos essenciais, não podendo estabilizar-se a si mesmo. O momento do reconhecimento recíproco de direitos continua sendo um evento metafórico que pode ser, quando muito, rememorado e ritualizado: a sua perpetuação exige a instauração ou aproveitamento funcional de um poder do Estado. Para que o entrelaçamento jurídico entre autonomia pública e privada seja duradouro, é necessário que o processo da juridificação não se limite às liberdades subjetivas de ação das pessoas privadas e às liberdades comunicativas dos cidadãos. Ele deve estender-se simultaneamente ao poder político - já pressuposto com o *medium* do direito - do qual depende a obrigatoriedade fática da normatização e da implantação do direito. Da constituição co-originária e da interligação conceitual entre direito e poder político resulta uma ulterior necessidade de legitimação, ou seja, a de canalizar o poder político executivo, de organização e de sanção, pelas vias do direito. Esta é a idéia do

Estado de direito (Seção I). Gostaria de clarificar esta idéia, lançando mão das condições a serem preenchidas para a produção do poder comunicativo (Seção II) e para o uso do poder administrativo ligado ao poder comunicativo (Seção III).

I. A relação interna entre direito e política.

1

Na ótica de sua função estabilizadora de expectativas, o direito apresenta-se como um sistema de direitos. Os direitos subjetivos só podem ser estatuídos e impostos através de organismos que tomam decisões que passam a ser obrigatórias para a coletividade. E, vice-versa, tais decisões devem a sua obrigatoriedade coletiva à forma jurídica da qual se revestem. Esse *nexo interno do direito com o poder político* reflete-se nas implicações objetivas e jurídicas do direito subjetivo, consideradas mais acima.

O direito a iguais liberdades subjetivas de ação concretiza-se nos direitos fundamentais, os quais, enquanto direitos positivos, revestem-se de ameaças de sanções, podendo ser usados contra interesses opostos ou transgressões de normas. Nesta medida, eles pressupõem o poder de sanção de uma organização, a qual dispõe de meios para o emprego legítimo da coerção, a fim de impor o respeito às normas jurídicas. Neste ponto surge o Estado, que mantém como reserva um poder militar, a fim de “garantir” seu poder de comando.

A pretensão a iguais direitos, numa associação espontânea de membros do direito, pressupõe uma coletividade limitada no espaço e no tempo, com a qual os membros se identificam e à qual eles podem imputar suas ações como partes do mesmo contexto de interação. A fim de constituir-se como comunidade de direito, tal coletividade precisa dispor de uma instância central autorizada a agir em nome do todo. Isso atinge o aspecto da auto-affirmação sob o qual o Estado instaura sua capacidade para a organização e auto-organização destinada a manter, tanto para fora como para dentro, a identidade da convivência juridicamente organizada.

O direito à proteção jurídica individual concretiza-se em direitos fundamentais, que apóiam pretensões a uma justiça independente e imparcial nos julgamentos. E estes pressupõem a instalação de um tribunal organizado politicamente, que reivindica o poder de sanção do Estado, a fim de proteger e desenvolver o direito nos casos litigiosos, onde se faz mister uma decisão autoritativa.

O direito à positivação política autônoma do direito concretiza-se, finalmente, em direitos fundamentais que criam condições para iguais pretensões à participação em processos legislativos democráticos. Estes têm que ser instaurados com o auxílio do poder politicamente organizado. Além disso, a formação da vontade política, organizada na forma do legislativo, depende de um poder executivo em condições de realizar e implementar os programas acordados. Isso atinge o aspecto central, sob o qual o Estado se transforma numa instituição para o exercício burocrático da dominação legal. O poder do Estado só adquire uma figura institucional fixa na organização das funções das administrações públicas. Peso e abrangência do aparelho do Estado dependem da medida em que a sociedade se serve do *medium* do direito para influir conscientemente em seus processos de reprodução. Tal dinâmica da auto-influência é acelerada através dos direitos de participação que fundamentam pretensões ao preenchimento de pressupostos sociais, culturais e ecológicos para um aproveitamento simétrico de direitos particulares de liberdade e de participação política.

Em síntese: O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. Tais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sim, *implicações* jurídicas objetivas, contidas *in nuce* nos direitos subjetivos. Pois o poder organizado politicamente não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é *pressuposto* por ele: ele mesmo se estabelece em formas do direito. O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais.

Esse fato permitiu ao constitucionalismo alemão, através de sua idéia do Estado constitucional, estabelecer um curto circuito entre os direitos à liberdade e o poder organizado do Estado. Estado de direito deveria garantir a autonomia privada e a igualdade jurídica dos civis. Contrapondo-se a isso, a fundamentação do sistema dos direitos pela via da teoria do discurso esclarece o nexos interno que existe entre autonomia privada e pública. O direito não consegue o seu sentido normativo pleno *per se* através de sua *forma*, ou através de um *conteúdo* moral dado *a priori*, mas através de um *procedimento* que instaura o direito, gerando legitimidade. Nesta medida, o conceito material de lei, da *velha* doutrina liberal do direito do Estado, de Mohl, Rotteck, Welcker e outros, oferece uma chave melhor para a idéia democrática do Estado de direito. Por “lei” esses autores entendiam uma regra geral e abstrata, que se coloca a partir do assentimento da representação do voto, num procedimento caracterizado pela discussão e pela publicidade. A idéia do Estado de direito exige que as decisões coletivamente obrigatórias do poder político organizado, que o direito precisa tomar para a realização de suas funções próprias, não revistam apenas a forma do direito, como também se legitimem pelo direito corretamente estatuído. Não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o exercício do poder político, e sim, a ligação com o direito *legitimamente estatuído*. E, no nível pós-tradicional de justificação, só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade.

Isso traz como conseqüência uma incorporação do exercício da autonomia política dos cidadãos no Estado - a legislação constitui-se como um poder *no* Estado. Ao passar da socialização horizontal dos civis, que se atribuem reciprocamente direitos, para formas verticais de organização socializadora, a prática de autode-

1 BÖCKENFÖRDE, E. W. “Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs”, *In: id. Recht, Staat, Freiheit*. Frankfurt a/M., 1991, 143-169; MAUS, I. “Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats”, *in: id. Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus*. Munique, 1986, 11-82.

terminação dos civis é institucionalizada - como formação informal da opinião na esfera pública política, como participação política no interior e no exterior dos partidos, como participação em votações gerais, na consulta e tomada de decisão de corporações parlamentares, etc. Uma soberania popular interligada internamente com as liberdades subjetivas, entrelaça-se, por seu turno, com o poder politicamente organizado, de modo a que o princípio “todo o poder político parte do povo” vai ser concretizado através dos procedimentos e pressupostos comunicativos de uma formação institucionalmente diferenciada da opinião e da vontade. No Estado de direito delineado pela teoria do discurso, a soberania do povo não se encarna mais numa reunião de cidadãos autônomos facilmente identificáveis. Ela se retira para os círculos de comunicação de foros e corporações, de certa forma destituídos de sujeito. Somente nesta forma anônima, o seu poder comunicativamente diluído pode ligar o poder administrativo do aparelho estatal à vontade dos cidadãos. Veremos que, no Estado de direito democrático, o poder político diferencia-se em poder comunicativo e administrativo. Uma vez que a soberania do povo não se concentra mais numa coletividade, na presença física dos civis unidos ou de seus representantes reunidos, fazendo-se valer na circulação de consultas e de decisões estruturadas racionalmente, começa a fazer sentido a frase segundo a qual no Estado de direito não pode haver um soberano². Convém, no entanto, precisar essa interpretação, a fim de que ela não roube o conteúdo radicalmente democrático da soberania popular.

A nossa tentativa de reconstrução do nexos entre direito e poder político deve evitar antecipadamente um mal-entendido. A pesquisa não visa ao desnível entre norma e realidade, portanto o poder como facticidade social, perante o qual as idéias podem ser desacreditadas. A visão dirige-se, ao invés disso, para uma tensão entre facticidade e validade *que habita* no direito. Esta tensão se apresentara inicialmente na dimensão da validade do direito - como a tensão entre a positividade e a legitimidade do direito - e

2 KRIELE, M. *Einführung in die Staatslehre*. Opladen, 1981, 224ss.

no interior do sistema de direitos - como a (tensão) entre autonomia pública e privada. Com a idéia do Estado de direito, amplia-se a perspectiva. A partir dos direitos, nós passamos para uma dominação organizada juridicamente, cujo exercício deve ficar ligado a um direito legítimo. Com a aplicação reflexiva do direito ao poder político, pressuposto por ele, a tensão entre facticidade e validade desloca-se para uma outra dimensão, reaparecendo no próprio poder político constituído conforme o Estado de direito. A dominação política apóia-se num potencial de ameaça, garantido pelos meios coercitivos da caserna: simultaneamente, porém, ela pode ser *autorizada* através de um direito legítimo. Na validade jurídica e na obrigatoriedade coletiva das decisões políticas, há dois momentos que se ligam, ou seja, a coerção e a pretensão à validade deontológica, havendo, porém, uma inversão dos lados. Enquanto o direito, independentemente de sua positividade, revela naturalmente uma pretensão natural à validade deontológica, o poder, independentemente de sua autorização, está à disposição de uma vontade política como meio para a obtenção de objetivos coletivos. É por isso que, se o considerarmos apenas empiricamente, o poder funciona quase sempre como uma simples forma da qual o poder político se *serve*. Ora, *tal* facticidade - invertida do ponto de vista normativo - de um poder ilegítimo e externo ao direito, que apenas instrumentaliza o direito, não será nosso tema por enquanto. A análise conceitual consegue explorar a tensão entre facticidade e validade que sobrecarrega o poder político enquanto tal, porque este mantém uma relação interna com o direito, através do qual ele precisa legitimar-se. Essa relação conceitual não pode ser confundida com a oposição entre norma e realidade, a qual, como iremos ver no capítulo VIII, só é acessível a uma análise empírica.

2

O complexo formado pelo direito e pelo poder político caracteriza a passagem das sociedades organizadas pelo parentesco para as sociedades primitivas já organizadas politicamente, das quais surgiram os velhos impérios com suas culturas evoluídas. O entrela-

çamento entre direito e poder político só se torna um problema nas sociedades de transição do início da Idade Moderna. A partir de Maquiavel passou-se a interpretar naturalisticamente um poder político saído dos contextos de tradições sagradas e a considerá-lo como um potencial que pode ser calculado pelos detentores do poder sob pontos de vista estratégicos e mobilizado de modo teleológico. As evidências desse novo poder administrativo, concentrado no Estado que monopoliza a força, impõem aos teóricos do direito racional os conceitos com os quais eles querem explicar a combinação entre o direito sancionado pelo Estado e o poder organizado conforme o direito. Hobbes conta, de um lado, com a *estrutura de regras* de relações contratuais e leis; de outro lado, com o *poder fático de mando* de um soberano, cuja vontade pode dominar qualquer outra vontade sobre a terra. Na base de um contrato de dominação, constitui-se então um poder do Estado, segundo o esquema: a vontade soberana assume funções de legislação, revestindo suas manifestações imperativas com a forma do direito. Porém o poder da vontade do senhor, canalizado pelas leis, continua sendo essencialmente o poder substancial de uma vontade apoiada na pura decisão. Esta se dobra à razão, transformada em lei, apenas para servir-se dela. Nessa construção, a facticidade de um poder natural de mando atinge *imediatamente* a estrutura normativa das leis que propiciam aos súditos liberdades subjetivas de ação. Nem Kant e nem Rousseau conseguiram apagar inteiramente os vestígios desse antagonismo, mesmo que no entender deles a razão da estrutura normativa autônoma (da lei do processo democrático) deva dirigir as decisões soberanas do povo unido. As idéias reformistas de Kant ainda traem o respeito de Hobbes perante o fato natural do poder político, núcleo decisionista impenetrável da política, no qual se separam o direito e a moral³.

Os conceitos fundamentais do direito racional da filosofia do sujeito deslocam a visão sociológica para a força social e integradora do substrato natural de sociedades *pré-estatais*, no qual o complexo formado pelo direito e pelo poder político poderia ter-se

3 LANGER, C. *Reform nach Prinzipien. Zur politischen Theorie Immanuel Kants*. Stuttgart, 1986.

engatado de fato e há muito tempo. Os fenômenos que se acumulam na modernidade – a concentração do poder administrativo, a positivação do direito e o surgimento de um poder legal – encobrem as condições iniciais, a dominação em formas tradicionais, sob as quais o poder do Estado tinha surgido. Nas sociedades tribais, o *poder social*, apoiado no prestígio de caciques, sacerdotes, membros de famílias privilegiadas, etc., já tinha formado uma síndrome com normas de ação reconhecidas, que devem a sua força obrigatória a forças míticas, portanto a um consenso de fundo sagrado, a qual (síndrome) possibilitara instituições para arbitragem dos litígios e da formação coletiva da vontade. O complexo estatal formado pelo direito e pela política podia, pois, levantar-se sobre uma base arcaica de integração social, a qual não foi levada em conta nas construções racionais e jurídicas do estado natural. Para uma reconstrução conceitual da gênese do direito e da política, eu escolho a forma de apresentação de um modelo abstrato, o qual sublinha apenas elementos particulares, porém relevantes, encontráveis em meio ao abundante material antropológico.

a) Inicialmente eu construo dois tipos de arbitragem de litígios e de formação coletiva da vontade, os quais não têm a pretensão de fazer valer um direito sancionado pelo Estado, nem o poder político jurídico, uma vez que formam apenas a base sobre a qual o direito e o poder político podem constituir-se reciprocamente. Com Parsons, eu parto da idéia de que interações sociais interligadas no espaço e no tempo encontram-se sob condições de uma dupla contingência⁴. Os atores esperam uns dos outros que eles decidam, em princípio, desta ou daquela maneira. Por isso, toda a ordem social, dotada de padrões de comportamento até certo ponto estáveis, precisa apoiar-se sobre mecanismos de coordenação da ação – via de regra sobre a influência ou sobre o entendimento. E quando a coordenação não se efetua, surgem conseqüências na ação, que são experimentadas como problemáticas pelos próprios participantes. Problemas de coordenação desse tipo

4 PARSONS, T., BALES, R. F. e SHILS, D. *Working Papers in the Theorie of Action*. Nova Iorque, 1953, 63ss.

aparecem em duas manifestações típicas. Ou se trata de regular um conflito na ação, provocado por orientações individuais inconciliáveis, ou está em jogo a escolha de uma realização cooperativa de fins coletivos (regulamentação de conflitos interpessoais versus persecução de objetivos e programas coletivos)⁵. No caso mais simples, vários atores lutam entre si pela posse do mesmo bem, tentando resolver esse conflito de modo consensual; ou um grupo de atores vê-se a braços com um desafio que eles desejariam dominar cooperativamente. No primeiro caso, os envolvidos encontram-se diante da seguinte questão: “Quais são as regras de nossa convivência?”; no segundo caso, enfrentam a pergunta: “que tipo de objetivos queremos atingir e por qual caminho?” A arbitragem do litígio refere-se à estabilização de expectativas de comportamento, no caso de conflito, ao passo que a formação coletiva da vontade refere-se à escolha e realização efetiva de fins capazes de consenso. Parsons fala de *pattern-maintenance and goal-attainment*⁶.

Interações simples difundem-se através de um *continuum* que é limitado em ambos os lados por tipos puros do agir orientado por valores e interesses. Uma coordenação da ação interpessoal dá-se, no primeiro caso, através do consenso sobre valores; no segundo, através de uma compensação de interesses. Esses motivos formam, na maioria das vezes, uma situação mista; todavia, conforme a relevância e tematização de um ou de outro aspecto, os próprios atores são levados a assumir diferentes enfoques – o enfoque performativo de um ator orientado pelo entendimento ou o enfoque objetivador do ator que se orienta pelas conseqüências da ação, à luz de preferências próprias.

Dependendo das perspectivas dos atores, os problemas da coordenação da ação são tematizados de diferentes maneiras. Sob condições do agir orientado por valores, os atores buscam um

5 RAISER, Th. *Rechtssoziologie*. Frankfurt a/M., 1987, 275ss e 292ss; cf. tb. POPITZ, H. *Die normative Konstruktion von Gesellschaft*. Tubinga, 1980.

6 PARSONS T. e SHILS, E. *Toward a General Theory of Action*. Nova Iorque, 1951.

consenso ou apóiam-se nele; sob condições do agir orientado por interesses, eles visam uma compensação de interesses ou um compromisso. A prática de *entendimento* distingue-se da prática de *negociação* através de sua finalidade: num caso, a união é entendida como consenso, no outro como pacto. No primeiro, se apela para a consideração de normas e valores; no segundo, para a avaliação de situações de interesses.

Tipos elementares de solução de conflitos e de formação de vontade coletiva.

Problemas Coordenação da ação através:	Regulação de conflitos interpessoais	Persecução de objetivos coletivos:	
		Colocação de Objetivos	Implementação
Orientações valorativas	Consenso	Decisão através de autoridade	Poder de mando através de uma divisão de trabalho organizada.
Situação de interesses	Arbitragem	Formação do compromisso	

“Consenso” e “arbitragem” são os motes para dois tipos de arbitragem de conflitos. Sob condições de um agir orientado por normas, existe a possibilidade de os partidos apaziguarem um conflito tomando consciência, na base de um consenso sobre valores, daquilo que *deve* ser feito no caso desse conflito. A solução pode ser encontrada apelando para autoridades morais (por ex., sacerdotes) e para processos de decisão correspondentes (por ex., oráculos). Sob condições de um agir orientado por interesses, existe ainda uma outra possibilidade de solucionar um conflito: os partidos, apoiados em suas posições de poder e em seus correspondentes potenciais de ameaça, chegam a uma compensação de interesses, normalmente na forma de indenizações por desvantagens surgidas. Esta solução implica o emprego de um mediador, que põe em movimento e promove negociações, não podendo, todavia, tomar decisões obrigatórias, por-

que ele não se encontra *acima* dos partidos⁷. “Autoridade” e “compromisso” são, de outro lado, os tópicos para dois princípios da formação da vontade, em cuja luz pode ser superado um dissenso sobre finalidades. Ou as famílias e pessoas singulares gozam de um prestígio suficiente, que lhes permite interpretar autorizadamente convicções axiológicas compartilhadas; ou os partidos litigantes chegam a um compromisso suportável, novamente na base de seu poder concreto. O tópico “poder de mando com organização” (*Befehl*) pretende lembrar que a realização cooperativa de fins torna necessária uma divisão de trabalho na base do comando.

Não constitui mero acaso o fato de as quatro estratégias de solução de problemas poderem ser ilustradas através de instituições de arbitragem de conflitos e de formação da vontade coletiva, oriundas de sociedades tribais. Não há necessidade de nos determos nesses fatos da antropologia do direito⁸. É importante salientar apenas que as técnicas da “arbitragem” e da “formação do compromisso” apóiam-se em posições de poder social, que se formaram através do prestígio existente na associação de famílias hierarquicamente estratificadas e através da diferenciação entre as funções de sacerdote, ancião e condutor (em tempos de guerra ou de paz). Tal poder social distribui-se seguindo um sistema de *status*, que representa uma estrutura de normas ancorada em cosmovisões religiosas e práticas mágicas. Somente as duas outras técnicas, ou seja, a arbitragem de litígios através de consenso e a formação da vontade coletiva dirigida autoritativamente, apóiam-se *imediatamente* num complexo normativo, no qual os costumes, a moral e o direito ainda se encontram interligados simbioticamente.

Partindo dessas idéias, é possível representar a *constituição co-originária do direito político e do poder político* seguindo um modelo de dois degraus. O primeiro degrau se caracteriza pela posição de um juiz real que monopoliza as funções de arbitragem

7 RAISER (1987), 301ss.

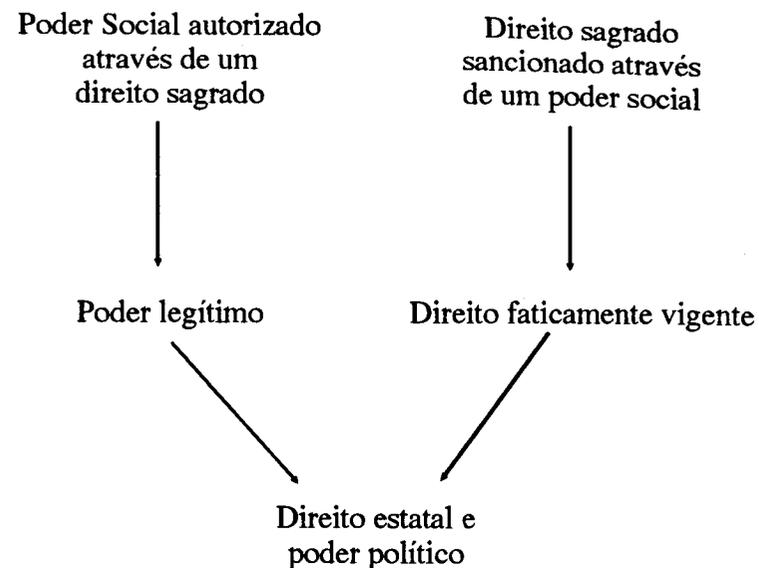
8 WESEL (1985); POSPOSIL, L. *Anthropologie des Rechts*. Munique, 1982.

estado-maior do poder, que torna possível a formação coletiva da vontade na forma organizada do poder político⁹.

b) Um chefe, que dispõe inicialmente de reputação e poder social reconhecido, pode atrair a si as funções de arbitragem de litígios, até então espalhadas, na medida em que ele assume a administração dos bens salvíficos e se transforma no intérprete exclusivo das normas da sociedade, reconhecidas como sagradas e moralmente obrigatórias. Uma vez que o direito sagrado representa uma fonte da justiça, capaz de legitimar o poder, o *status* desse rei-juiz adquire *autoridade normativa*: o direito sagrado pré-estatal, entrelaçado com os costumes e a moral, autoriza a posição de seu profeta escolhido. O poder fático que inicialmente qualificara o detentor do *status* para esta posição, transforma-se, através disso, em poder legitimado. Entretanto, essa transformação do poder social em poder político não pode realizar-se sem uma concomitante modificação da forma do direito sagrado. Nas mãos de tal detentor do poder, a prática da arbitragem de disputas é transformada em normas, as quais adquirem a *validade afirmativa* de um direito *faticamente imposto*, que ultrapassa uma obrigatoriedade meramente moral. O poder social natural do rei-juiz era sustentado por uma fonte de poder, da qual a jurisdição pode extrair ameaças de sanção: o poder pré-estatal afirma o direito tradicional, que vive apenas da autoridade sagrada, e o transforma num direito sancionado pelo governante e, destarte, obrigatório. Ambos os processos, que decorrem *simultaneamente*, são interligados: a autorização do poder através do direito sagrado e a sanção do direito através do poder social realizam-se *uno acto*. Deste modo, o poder político e o direito sancionado pelo Estado surgem como dois componentes dos quais se origina o poder do Estado organizado de acordo com o direito.

9 Para o que segue, cf. EDER, K. *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften*. Frankfurt a/M. 1976; HABERMAS, J. *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*. Frankfurt a/M., 1976, 173ss.

Constituição do direito e da política.



No segundo degrau de nosso modelo os componentes co-originais do poder político e do direito do Estado se ligam na institucionalização de funções que possibilitam uma forma organizada do exercício do poder político, em síntese: um poder organizado pelo Estado. A partir de agora, a legitimação do poder político não é mais função exclusiva do direito, pois o Estado pode servir-se dele como de um meio de organização. A autoridade normativa do poder do Estado adquire a competência de tomar decisões juridicamente obrigatórias, graças a essa função instrumental do direito. Somente nesse nível é possível falar em domínio organizado estritamente pelo Estado. É típico deste domínio realizar fins coletivos através de decisões obrigatórias. De outro lado, uma execução penal organizada pelo Estado garante o caráter obrigatório aos atos da jurisprudência. Graças a essa função instrumental do poder, tribunais transformam-se em órgãos de um Estado. Por sua vez, o direito deve ao Estado sua função de estabilizar expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Fazemos, pois, uma distinção entre as

funções que o direito e o poder preenchem um em relação ao outro, e as funções próprias que o direito e o poder, enquanto códigos, desempenham para a sociedade em geral!¹⁰.

Ao emprestar forma jurídica ao poder político, o direito serve para a constituição de um código de poder binário. Quem dispõe do poder pode dar ordens aos outros. E, neste sentido, o direito funciona como meio de organização do poder do Estado. Inversamente, o poder, na medida em que reforça as decisões judiciais, serve para a constituição de um código jurídico binário. Os tribunais decidem sobre o que é direito e o que não é. Nesta medida, o poder serve para a institucionalização política do direito.

O nexó funcional entre código do direito e código do poder.

Funções Códigos	Função própria	Função recíproca
Poder	Realização de fins coletivos	Institucionalização do direito por parte do Estado
Direito	Estabilização de expectativas de comportamento	Meios de organização da dominação política

Somente na modernidade o poder político pode desenvolver-se como poder legal, em formas do direito positivo. A contribuição do poder político para a função própria do direito, que é a de estabilizar expectativas de comportamento, passa a consistir, a partir deste momento, no desenvolvimento de uma *segurança jurídica* que permite aos destinatários do direito calcular as conseqüências do comportamento próprio e alheio. Sob esse ponto de vista, as normas jurídicas têm que assumir a figura de determinações compreensíveis, precisas e não-contraditórias, geralmente

10 Sobre a teoria parsoniana dos meios de comunicação, cf. HABERMAS, J. *Theorie des kommunikativen Handelns*. 1981, vol. 2, 384ss.

formuladas por escrito; elas têm que ser públicas, conhecidas por todos os destinatários; elas não podem pretender validade retroativa; e elas têm que ligar os respectivos fatos a conseqüências jurídicas e regulá-los em geral de tal modo que possam ser aplicados da mesma maneira a todas as pessoas e a todos os casos semelhantes¹¹. A isso corresponde uma codificação que confere às regras do direito um elevado grau de consistência e explicação conceitual. Esta é a tarefa de uma jurisdição que elabora cientificamente o *corpus* jurídico, submetendo-o a uma sistematização e a uma configuração dogmática.

De outro lado, a contribuição do direito para a função própria do poder organizado em forma de Estado revela-se especialmente na formação de regras secundárias, no sentido de H. L. A. Hart. E aí se trata de normas de competência, que revestem as instituições do Estado com autorizações, como também de formas de organização, que determinam procedimentos segundo os quais se criam programas de leis que são elaboradas na administração ou na justiça. O direito não se esgota simplesmente em normas de comportamento, pois serve à organização e à orientação do poder do Estado. Ele funciona no sentido de regras constitutivas, que não garantem apenas a autonomia pública e privada dos cidadãos, uma vez que também produzem instituições políticas, procedimentos e competências.

3

Essa análise das relações entre código de direito e código do poder poderia sugerir a imagem enganadora de uma troca *auto-suficiente* e horizontal entre direito e poder político. Na perspectiva de uma análise limitada funcionalmente, o direito é realmente absorvido por completo em sua contribuição para a constituição do código do poder e na realização de sua própria função. Parece que, entre o direito positivo e o poder político, pode introduzir-se

11 Lon Fuller vê aí fundamentada a moralidade inerente ao direito positivo: FULLER, L. *The Morality of Law*. Chicago, 1969; cf. tb. SUMMERS, R. G. e FULLER, L. Stanford, 1984.

um processo auto-estabilizador e circular. De fato, porém, a profanização do poder, no início dos tempos modernos, revelou que a forma do direito, enquanto tal, não é suficiente para a legitimação do exercício do poder. É certo que o poder político deve a sua autoridade normativa unicamente àquela fusão com o direito, que eu representei no modelo. Entretanto, essa reconstrução revela também que o direito só mantém força legitimadora enquanto puder funcionar como uma fonte da justiça. E precisa *continuar* presente enquanto tal; ao passo que o poder político tem à mão, como fonte de força, meios coercitivos da caserna.

Na Europa dos séculos XVII e XVIII, quando já estava em pleno andamento a positivação do direito, os teóricos do direito racional viram-se confrontados com aquilo que Max Weber descreve como poder legal. A idéia do Estado de direito tinha, neste contexto, um sentido de crítica do poder, voltada que estava a descobrir a contradição embutida nas próprias ordens jurídicas estabelecidas: os privilégios não justificados normativamente, concedidos a interesses com força para impor-se, *podem* ser camuflados nas formas do poder legal. Nesta linha, o direito racional denuncia a contradição entre o direito, tomado como forma de organização de *qualquer* tipo de poder do Estado, capaz de afirmar-se faticamente, e o direito tomado como condição de legitimidade *daquela* ordem de poder que se apóia na autoridade de leis justificadas. Nas sociedades tradicionais, fora possível produzir um nexos plausível entre o direito estabelecido de fato e o direito legitimamente pretendido, uma vez que estavam preenchidas, de modo geral, as condições do seguinte cenário:

Tendo como pano de fundo cosmovisões religiosas reconhecidas, o direito ocupava inicialmente uma base sagrada; esse direito, via de regra administrado e interpretado por juristas teólogos, era amplamente aceito como componente reificado de uma ordem salvífica divina, ficando subtraído, enquanto tal, ao poder humano. O próprio detentor do poder político, na qualidade de senhor supremo do tribunal, estava subordinado a esse direito natural. O direito normatizado burocraticamente pelo senhor, ou seja, o direito “positivo” no sentido pré-moderno, apoiava sua autoridade na legitimidade do senhor (mediada através da competência judi-

cial), na sua interpretação de uma ordem jurídica dada preliminarmente, ou no costume, sendo que o direito consuetudinário extraía sua autoridade da tradição. Porém, com a passagem para a modernidade, a cosmovisão religiosa obrigatória decomps-se em forças de fé subjetivas, fazendo com que o direito perdesse sua indisponibilidade e a dignidade metafísica.

Um direito convencionalizado separou-se da moral racional pós-convencional, tornando-se dependente das decisões de um legislador político, o qual podia programar não somente a justiça, mas também a administração, sem estar ligado a nenhuma outra norma a não ser a da “razão natural”. No círculo que envolvia o poder entendido instrumentalmente e o direito instrumentalizado, abriu-se uma brecha carente de legitimação, que o direito racional queria fechar, ou melhor, tinha que fechar, lançando mão da razão prática. Pois as condições de constituição desse complexo evolucionário envolvendo o direito e a política, que tornara possível a passagem para sociedades organizadas em forma de Estado, foram feridas na medida em que o poder político não podia mais legitimar-se por intermédio de um direito legítimo *a partir de si mesmo*. A razão deveria substituir a fonte sagrada do direito, que estava secando. O direito racional, que ficara preso ao encanto dogmático da construção tradicional de um poder de dominação autorizado por um direito superpositivo, não conseguiu sobrepujar a idéia de um antagonismo primordial entre direito e poder. A implosão da abóbada do direito sagrado deixou para trás as ruínas de duas colunas, a saber: a do direito instaurado politicamente e a do poder utilizável instrumentalmente; impunha-se a busca de um substituto racional para o direito sagrado, que se autorizava por si mesmo, capaz de recolocar a verdadeira autoridade nas mãos do legislador político, entendido como um detentor do poder.

O conceito de autonomia política, apoiado numa teoria do discurso, abre uma perspectiva completamente diferente, ao esclarecer por que a produção de um direito legítimo implica a mobilização das liberdades comunicativas dos cidadãos. Tal esclarecimento coloca a legislação na dependência do *poder comunicativo*, o qual, segundo Hannah Arendt, ninguém pode “possuir” verdadeiramente: “O poder surge entre os homens quando

agem em conjunto, desaparecendo tão logo eles se espalham”¹². Segundo esse modelo, o direito e o poder comunicativo surgem co-originariamente da “opinião em torno da qual muitos se uniram publicamente”¹³. No entanto, quando se lê a autonomia política na linha da ética do discurso, impõe-se uma diferenciação no conceito do poder político. Se o poder da administração do Estado, constituído conforme o direito, não estiver apoiado num poder comunicativo normatizador, a fonte da justiça, da qual o direito extrai sua legitimidade, secará. Esse conceito, introduzido dogmaticamente por Hannah Arendt, necessita de uma análise esclarecedora.

Até agora consideramos o uso público de liberdades comunicativas somente sob o aspecto *cognitivo* da possibilidade da formação racional da opinião e da vontade: o fluxo livre de temas e contribuições, informações e argumentos, deve fundamentar a suposição de racionalidade para resultados obtidos conforme o procedimento correto. Todavia, as convicções produzidas através do discurso e compartilhadas intersubjetivamente possuem também uma força *motivadora*. Mesmo que ela não seja mais do que a pequena força motivadora que está presente nos bons argumentos, pode-se afirmar que o uso público de liberdades comunicativas é, sob este aspecto, um gerador de potenciais de poder. Isso pode ser ilustrado através do modelo das tomadas de posição em termos de sim/não em relação à oferta de um simples ato de fala. A *convicção comum* entre falante e ouvinte, que é produzida ou simplesmente reforçada através do reconhecimento intersubjetivo de uma pretensão de validade, significa a aceitação tácita de obrigações relevantes para ação; nesta medida, ela cria uma nova realidade social. A partir do momento em que as liberdades comunicativas dos civis são mobilizadas para a produção do direito legítimo, tais obrigações ilocucionárias se cristalizam num poten-

12 ARENDT, H. *Vita Activa*. Stuttgart, 1960, 194; cf. sobre o que segue: HABERMAS, J. “H. Arendts Begriff der Macht”, in: *id. Philosophisch-politische Profile*. 1981, 228-248.

13 ARENDT, H. *Über die Revolution*. Munique, 1965, 96.

cial com o qual os detentores de posições do poder administrativo têm que contar.

Para Hannah Arendt, o fenômeno básico do poder não é, como para Max Weber, a chance de impor, no âmbito de um relação social, a sua própria vontade contra vontades opostas, e sim, o potencial de uma *vontade comum* formada numa comunicação não coagida. Ela instaura um confronto entre “poder” e “violência”, isto é, entre o poder de uma comunicação voltada ao entendimento e a instrumentalização de uma vontade estranha em proveito próprio: “O poder nasce da capacidade humana de agir ou de fazer algo, de se associar com outros e de agir em afinção com eles”! 14 • Tal poder comunicativo só pode formar-se em esferas públicas, surgindo de estruturas da intersubjetividade intacta de uma comunicação não deformada. Ele surge em lugares onde há uma formação da opinião e da vontade, a qual, junto com a liberdade comunicativa que permite a cada um “fazer uso público de sua razão em todos os sentidos”, faz valer a produtividade de um “modo de pensar mais amplo”. Este tem por característica “que cada um atém o seu juízo ao juízo de outros possíveis, e se coloca no lugar de cada um dos outros”! 15 •

Para Hannah Arendt, o poder político não é um potencial para a imposição de interesses próprios ou a realização de fins coletivos, nem um poder administrativo capaz de tomar decisões obrigatórias coletivamente; ele é, ao invés disso, uma força *autorizadora* que se manifesta na criação do direito legítimo e na fundação de instituições. Ele manifesta-se em ordens que protegem a liberdade política, na oposição às repressões que ameaçam a liberdade política a partir de dentro ou de fora, principalmente nos atos instauradores de liberdade “que dão vida a novas instituições e

14 ARENDT, H. *Macht und Gewalt*. Munique, 1970. 45.

15 Referindo-se à “Crítica da faculdade de julgar” (parág. 40, B, 158), de Kant, H. Arendt esclarece a ligação interna entre poder, liberdade comunicativa, discurso e imparcialidade, in: *id. Das Urteilen, Texte zu Kants Politischer Philosophie*. Munique, 1982, 17-103.

leis”¹⁶. E ele surge do modo mais puro, nos instantes em que revolucionários assumem o poder que está na rua; quando as pessoas decididas à resistência passiva opõem-se aos tanques estrangeiros, tendo como armas apenas as mãos; quando minorias convencidas não aceitam a legitimidade das leis existentes e se decidem à desobediência civil; quando, em meio aos movimentos de protesto, irrompe o “puro prazer de agir”. Tomando como modelo a força constituinte da Revolução Americana, Hannah Arendt revolve os diferentes eventos históricos a fim de farejar sempre o mesmo fenômeno da relação íntima entre o poder comunicativo e a produção do direito legítimo.

O contraste entre os conceitos básicos “poder” e “força” situa o poder ao lado do direito, o que não acontece nas construções do direito racional. Segundo a tradição do direito racional, na passagem do estado de natureza para o estado de sociedade, os partidos que fechavam um contrato renunciavam às liberdades que se enraizam na força física de cada um. Eles entregavam suas liberdades de ação ilimitadas nas mãos de um poder do Estado, que reunia os potenciais anárquicos espalhados e os empregava na implantação disciplinadora de liberdades subjetivas legalmente limitadas. Aqui o direito, surgido da renúncia à violência, servia para a canalização de uma força equiparada ao poder. A diferenciação arendtiana entre poder e violência elimina essa oposição. O direito se liga *naturalmente* a um poder comunicativo capaz de produzir direito legítimo. A partir daí, não há mais lugar para a tarefa clássica de encontrar um substituto para a justiça do direito natural que se legitima a si mesmo – um substituto do qual o poder meramente fático poderia extrair a autoridade de um poder dominante, revestido de força legítima. H. Arendt é obrigada a esclarecer, ao invés disso, como os cidadãos associados estatuem direito legítimo ao formar um poder comunicativo e como eles asseguram juridicamente tal prática, a saber, o exercício de sua autonomia política. A proximidade conceitual entre normatização do direito e formação do poder torna claro, mais uma vez, por que o sistema dos direitos, que fornece

uma resposta a esta questão, tem que aparecer simultaneamente *como* direito positivo, não podendo reclamar para si nenhuma validade moral ou jusnatural pré-ordenada à formação da vontade dos cidadãos.

Com o conceito do poder comunicativo atingimos apenas o *surgimento* do poder político, não a utilização administrativa do poder já constituído, portanto o processo do exercício do poder. Esse conceito tampouco esclarece a luta por posições que dão direito a dispor do poder administrativo. Arendt sublinha que, tanto a utilização do poder, como a sua aquisição e posterior manutenção, dependem da formação e da renovação comunicativa desse poder. Contra as teorias sociológicas, que se limitam aos fenômenos da *alocação do poder* e da *concorrência do poder*, ela tem razão em objetar que nenhum poder político pode ampliar as fontes de seu poder a bel-prazer. O poder produzido comunicativamente é um bem escasso, disputado por organizações e detentores do poder, que não têm condições de produzi-lo: “*O que mantém um corpo político coeso é seu respectivo potencial de poder, e as comunidades políticas sucumbem quando perdem o poder, quando ficam impotentes. O processo é em si mesmo intangível, porque o potencial de poder, ao contrário dos meios do poder – que podem ser armazenados a fim de serem empregados em caso de necessidade – só existe na medida em que é realizado ... E temos um poder realizado quando palavras e feitos aparecem interligados inseparavelmente, portanto, quando as palavras não são vazias, nem as ações violentas...*”¹⁷. Certamente é possível avaliar a legitimidade de um poder a partir da harmonia entre palavras e feitos; entretanto, ela ainda não explica o outro estado de agregação para o qual o poder comunicativo precisa ser transportado, antes de poder assumir, na figura do poder administrativo, as funções de sanção, organização e execução, das quais o sistema dos direitos depende e as quais ele pressupõe.

O conceito do poder comunicativo impõe uma diferenciação no conceito do poder político. A política não pode coincidir, no seu todo, com a prática daqueles que falam entre si, a fim de agir

16 ARENDT (1970), 42.

17 ARENDT (1960), 193s.

de forma politicamente autônoma. O exercício da autonomia política significa a formação discursiva de uma vontade comum, porém não inclui ainda a implementação das leis que resultam desta vontade. O conceito do político estende-se *também* ao emprego do poder administrativo e à concorrência pelo acesso ao sistema político. A constituição de um código do poder significa que um sistema administrativo se orienta por autorizações que permitem decisões coletivamente obrigatórias. Por isso, sugiro que se considere o direito como o *medium* através do qual o poder comunicativo se transforma em poder administrativo. Pois a transmutação do poder comunicativo em administrativo tem o sentido de uma *procuração* no quadro de permissões legais. A idéia do Estado de direito pode ser interpretada então como a exigência de ligar o sistema administrativo, comandado pelo código do poder, ao poder comunicativo, estatuidor do direito, e de mantê-lo longe das influências do poder social, portanto da implantação fática de interesses privilegiados. O poder administrativo não deve reproduzir-se *a si mesmo* e sim, regenerar-se a partir da transformação do poder comunicativo. Em última instância, o Estado de direito deve regular essa transferência, sem todavia tocar no próprio código do poder, o que o faria intervir na lógica da auto-orientação do sistema administrativo. Do ponto de vista sociológico, a idéia do Estado de direito ilumina apenas o aspecto político da produção de um equilíbrio entre os três poderes da integração global da sociedade: dinheiro, poder administrativo e solidariedade.

Antes de abordar os princípios do Estado de direito, convém que eu apresente as condições sob as quais o poder comunicativo pode formar-se. E, ao fazer isso, tomarei como ponto de partida a lógica de questionamentos que determina a estrutura da formação da opinião e da vontade de um legislador democrático.

II. Poder comunicativo e formação legítima do direito.

1

Os direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas. Ela deve realizar-se em

formas de comunicação, nas quais é importante o princípio do discurso, em dois aspectos: O princípio do discurso tem inicialmente o *sentido cognitivo* de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito. Entretanto, o caráter discursivo da formação da opinião e da vontade na esfera pública política e nas corporações parlamentares implica, outrossim, o *sentido prático* de produzir relações de entendimento, as quais são “isentas de violência”, no sentido de H. Arendt, desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa. O poder comunicativo de convicções comuns só pode surgir de estruturas da intersubjetividade intacta. E esse cruzamento entre *normatização discursiva do direito e formação comunicativa do poder* é possível, em última instância, porque no agir comunicativo os argumentos também formam motivos. Tal cruzamento se faz necessário, porque comunidades concretas que desejam regular sua convivência com os meios do direito não conseguem separar as questões de regulamentação de expectativas de comportamento das questões referentes à colocação de fins comuns, o que seria possível numa comunidade idealizada de pessoas moralmente responsáveis. As questões políticas distinguem-se das morais.

O direito não regula contextos interacionais em geral, como é o caso da moral; mas serve como *medium* para a auto-organização de comunidades jurídicas que se afirmam, num ambiente social, sob determinadas condições históricas. E, com isso, imigram para o direito conteúdos concretos e pontos de vista teleológicos. Enquanto as regras morais, ao formular aquilo que é do interesse simétrico *de todos*, exprimem uma vontade geral pura e simples, as regras jurídicas exprimem também a vontade particular dos membros de uma determinada comunidade jurídica. E, enquanto a vontade moralmente livre é, de certa forma, virtual, pois afirma apenas aquilo que pode ser aceito racionalmente por qualquer um, a vontade política de uma comunidade jurídica, que também deve estar em harmonia com idéias morais, é a expressão de uma forma de vida compartilhada intersubjetivamente, de situações de interesses dados e de fins pragmaticamente escolhidos. A natureza dos questionamentos políticos faz com que a regulamentação de mo-

dos de comportamento se abra, no *medium* do direito, a finalidades coletivas. Com isso se amplia o leque dos argumentos relevantes para a formação política da vontade – aos argumentos morais vêm acrescentar-se razões pragmáticas e éticas. Isso faz com que o peso se desloque: passa-se da formação da opinião para a da vontade.

Quanto mais concreto for o caráter do direito e mais concreta a matéria a ser regulada, tanto mais a aceitabilidade das normas fundamentadas exprime a autocompreensão de uma forma de vida histórica, a compensação entre interesses de grupos concorrentes e uma escolha empiricamente informada entre fins alternativos. Os pontos de vista teleológicos, bem como componentes volitivos que acedem aos conteúdos do direito, fortalecem-se na medida em que uma sociedade concentra no Estado a persecução de fins coletivos; pois a legislação tem que programar os domínios de função alargados e as crescentes realizações organizacionais do Estado na mesma proporção. Até mesmo no *modelo liberalista*, no qual o Estado geralmente entrega a persecução de fins coletivos a mecanismos de mercado e a associações espontâneas (limitando-se à imposição de direitos subjetivos)¹⁸, o direito não pode ficar distanciado de pontos de vista teleológicos da legislação tributária e da segurança militar. De outro lado, a consideração de fins coletivos não pode destruir a forma jurídica – que é a função própria do direito; essa consideração não pode deixar o direito diluir-se em política. Caso contrário, desapareceria a tensão entre facticidade e validade, delineada no direito moderno. A legitimidade seria assimilada à positividade de uma eticidade substancial imitada, caso o direito se limitasse à articulação de “ordens concretas” dadas preliminarmente – como no *modelo institucionalista*¹⁹. No entanto, o caráter do direito, mais concreto do que as regras morais, tem a ver

18 VON HAYEK, F. A. *Die Verfassung der Freiheit*. Tubinga, 1971.

19 Sobre o princípio antropológico na sociologia do direito cf. SCHELKY, H. *Die Soziologen und das Recht*. Opladen, 1980; sobre o pensamento da ordem na jurisprudência cf. SCHMITT, C. *Über drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Hamburg, 1934. Sobre Schmitt cf. MAUS, I. *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*. Munique, 1980.

com o conteúdo de normas jurídicas (a), com o seu sentido de validade (b) e com o modo de legislação (c).

a) Princípios deontológicos da teoria moral impedem *a limine* qualquer interpretação teleológica de mandamentos morais. Eles insistem com razão que o sentido do dever-ser moral não seria bem compreendido, se quiséssemos ver nele apenas a expressão do caráter desejável de determinados bens. Nós “devemos” seguir mandamentos morais porque os temos como certos e não porque esperamos obter, através deles, a realização de certos fins – mesmo que esses fins visem à felicidade pessoal suprema ou o bem-estar coletivo. Questões de justiça referem-se a pretensões contestadas em conflitos interpessoais, que nós podemos julgar imparcialmente à luz de normas válidas. Essas normas, por sua vez, têm que passar por um teste de generalização que examina o que é igualmente bom para todos. Assim como “verdadeiro” é um predicado para a validade de proposições assertóricas, “justo” é um predicado para a validade das proposições normativas gerais que expressam mandamentos morais. Por isso, a justiça não é um valor entre outros valores. Valores concorrem sempre com outros valores. Eles exprimem quais bens determinadas pessoas ou coletividades ambicionam ou preferem em determinadas circunstâncias. Somente na perspectiva delas os valores podem ser trazidos para uma ordem transitiva. Por conseguinte, a pretensão de validade da justiça é absoluta, como a dos valores: mandamentos morais pretendem validade para todos e cada um em particular. As normas morais também incorporam valores ou interesses, porém somente os que são generalizáveis, levando em conta a respectiva matéria. Essa pretensão à universalidade exclui a interpretação teleológica de mandamentos morais, ou seja, a interpretação que leva em conta a vantagem *relativa* de certos valores ou interesses.

Ora, no caso da fundamentação e aplicação de normas do direito, entra em jogo tal relação com bens e fins coletivos; normas jurídicas não se encontram no mesmo nível de abstração que as normas morais²⁰. Geralmente elas não exprimem o que é igualmente

20 DWORKIN, R. “Principle, Policy, Procedure”, in: *id. A Matter of Principle*. Cambridge, Mass. 1985, 72-103.

bom para todos os homens, pois elas regulam o contexto vital dos cidadãos de uma comunidade jurídica concreta. E aí não se trata apenas da regulamentação de conflitos de ação típicos, sob o ponto de vista da justiça. A necessidade de regulamentação não se esgota em situações problemáticas que exigem um uso moral da razão prática. O *medium* “direito” também é solicitado para situações problemáticas que exigem a persecução cooperativa de fins coletivos e a garantia de bens coletivos. Por isso, os discursos de fundamentação e de aplicação precisam abrir-se também para o uso *pragmático* e, especialmente, para o *uso ético-político da razão prática*. Tão logo uma fundamentação racional coletiva da vontade passa a visar programas jurídicos concretos, ela precisa ultrapassar as fronteiras dos discursos da justiça e incluir problemas do auto-entendimento e da compensação de interesses.

Esse alargamento do esquema de fundamentação não prejudica a semelhança estrutural que o sistema dos direitos estabelece entre a moral e o direito em geral. A simples legislação também tem que ser vista como concretização de um sistema de direitos que se configurou numa constituição. Por isso, tanto as regras morais, como as leis jurídicas, são “gerais”, em pelo menos dois sentidos. Em primeiro lugar, na medida em que se dirigem a muitos destinatários, não permitindo, pois, exceções; em segundo lugar, porque excluem privilégios ou discriminações na aplicação. Isso refere-se à igualdade da aplicação do direito. Enquanto as normas morais dirigem-se a todos, as normas jurídicas são endereçadas apenas aos membros da comunidade jurídica. Mas não é isso que confere *per se* um sentido diferente à “generalidade” do conteúdo das leis. Idealmente as leis jurídicas regulam também uma matéria que é do interesse de todos os atingidos, exprimindo interesses generalizáveis. Entretanto, o significado jurídico da consideração simétrica de todos os interesses não coincide com o da moral.

A *igualdade do conteúdo jurídico* não se transforma em justiça, porque as matérias a serem reguladas através de leis não permitem frequentemente o grau de abstração no qual se encontram as questões de justiça. Matérias jurídicas tocam fins e bens coletivos que despertam questões da forma de vida concreta e, inclusive, da identidade comum. E, nesse momento, não basta apenas explicar o que é igualmente bom para todos, pois é preciso saber também quem são os participantes e

como eles desejariam viver. E, face aos fins que eles escolhem à luz de valorações fortes, eles enfrentam, além disso, a questão: qual é o melhor caminho para atingi-los? Portanto, a esfera das questões de justiça amplia-se, englobando problemas do auto-entendimento e questões da escolha racional de meios - e, naturalmente, problemas de compensação de interesses não generalizáveis, tornando necessários compromissos. O conteúdo de uma lei só é geral, no sentido de um tratamento material igual, quando expressar um consenso racional em relação a *todos* esses tipos de problemas.

A igualdade do conteúdo jurídico forma a medida normativa para boas leis, na medida em que estas são positivadas, não apenas sob o ponto de vista da segurança jurídica “como meios para a orientação confiável e detalhada das ações sociais”, mas também decididas sob o ponto de vista da configuração racional de uma forma de vida compartilhada intersubjetivamente “como um meio, apoiado nas duas funções já enumeradas, para a garantia de espaços individuais de liberdade e disposição”²¹. Todavia, quando a igualdade do conteúdo jurídico se mede por uma série tão complexa de critérios, o sentido da validade normativa de leis jurídicas não coincide com o sentido da correção de regras morais, o qual se mede unicamente pelos critérios da justiça.

b) Dado que as normas jurídicas são impostas, o momento da validade ou da aceitabilidade racional, presente na dimensão da validade jurídica, se liga à validade ou aceitação social. A validade do direito tem o sentido ilocucionário de uma declaração: a autoridade política esclarece que uma norma que entrou em vigor foi justificada suficientemente e faticamente aceita. Em nosso contexto, porém, se trata apenas da diferenciação do sentido da validade ou da legitimidade do direito.

Na visão da ética do discurso, as normas morais podem apresentar-se com uma pretensão à pura validade cognitiva, porque o princípio de universalização coloca à disposição uma regra

21 DENNINGER, E. “Verfassung und Gesetz”, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. 1986, 300-301.

de argumentação que possibilita a decisão racional de questões morais práticas. Mesmo que a sua esfera de validade seja restrita, as normas jurídicas também revelam a pretensão de *concordar* com as normas morais, portanto de não infringi-las. Aqui, porém, as razões morais não possuem uma seletividade *suficiente*. Normas jurídicas são válidas, mesmo quando justificadas por meio de razões pragmáticas e ético-políticas, ou quando representam o resultado de um compromisso leal. Na fundamentação de normas jurídicas, é preciso usar a razão prática em toda a sua extensão. No entanto, a validade desses argumentos *ulteriores* é relativa, dependendo do contexto. Uma autocompreensão coletiva só pode ser autêntica no horizonte de uma forma de vida dada preliminarmente; a escolha de estratégias só pode ser racional em relação a fins estabelecidos; um compromisso só pode ser leal em relação a situações de interesse dadas. A validade dos argumentos correspondentes é relativa à identidade histórica e cultural da comunidade jurídica; relativa também às orientações axiológicas, aos fins e situações de interesses de seus membros. Mesmo quando se parte da idéia de que enfoques e motivos se modificam no decorrer de um formação coletiva e racional da vontade, conforme os argumentos, não se pode excluir a facticidade dos contextos existentes; caso contrário, os discursos éticos e pragmáticos, inclusive os compromissos, perderiam o sentido. Devido a essa relação com o *substrato factual da vontade* de uma comunidade jurídica, há um momento volitivo que se introduz no sentido da validade de normas jurídicas (e não somente no da sua obrigatoriedade social). A “legitimidade” do direito não tem o mesmo sentido que a da “moralidade”. À luz da teoria do discurso, normas morais válidas (*gültig*) são “corretas” (*richtig*) no sentido de justas (*gerecht*). Normas jurídicas válidas estão afinadas com normas morais; sua “legitimidade”, porém, não exprime uma autocompreensão autêntica da comunidade jurídica ou a consideração imparcial dos valores e interesses nela distribuídos ou ainda a escolha teleológica de estratégias e meios.

c) O elemento teleológico deposita-se, não somente no conteúdo e no sentido da validade das leis, mas também nas contingências do processo de legislação. Normas morais que regulam

uma convivência racional entre sujeitos capazes de fala e de ação não são simplesmente “descobertas”, mas construídas²². Porém, o momento da construção aparece mais nitidamente nas normas jurídicas, com cujo auxílio nós configuramos racionalmente uma forma de vida concreta. Quanto mais as normas visam a determinadas formas e circunstâncias de vida, tanto menos conta o momento passivo da intelecção e tanto mais o momento ativo do projeto e da configuração. Os argumentos que justificam regras morais levam a um *acordo* racionalmente motivado; a fundamentação de normas jurídicas serve para uma negociação racionalmente motivada. No primeiro caso, nós nos convencemos dos deveres que *temos*; no segundo, das obrigações que *deveríamos assumir*. Rawls faz, nesse contexto, a distinção entre deveres naturais e obrigações que assumimos espontaneamente (*natural duties vs. obligations*). Obrigações “*surgem através de atos livres ... Além disso, o seu conteúdo é determinado sempre através de instituições ou usos, cujas regras explicitam o que devemos fazer. De outro lado, os deveres naturais se caracterizam pelo fato de valer entre os homens sem depender de suas relações institucionais; eles valem entre todos os sujeitos morais iguais*”²³.

A idéia da autolegislação, que significa autonomia moral para a vontade particular, adquire para a formação coletiva da vontade o significado da autonomia política, porque o princípio do discurso encontra aplicação a outros tipos de normas de ação, assumindo ele próprio uma figura jurídica ao lado do sistema dos direitos. O que distingue a autolegislação moral da política não é apenas a forma jurídica, mas a contingência da forma de vida, dos fins e situações de interesses, que determinam preliminarmente a identidade da vontade que se autodetermina. Enquanto a boa vontade moral de certo modo se dilui na razão prática, a vontade política fundamentada racionalmente mantém a contin-

22 RAWLS, J. “Kantian Constructivism in Moral Theory”, in: *Journal of Philosophy*, 1980, 515-572; cf. a respeito HABERMAS, J. *Erläuterungen zur Diskursethik*, 1991, 127ss.

23 RAWLS, J. (175), 136.

gência na medida em que o valor dos argumentos é relativo a contextos casuais. E, por esta razão, a comunhão das convicções obtidas discursivamente pelo legislador político se expressa na figura do poder comunicativo.

2

O peso relativamente maior do momento volitivo no processo de normatização do direito explica-se pela lógica dos questionamentos não-morais e pela dependência contextual de argumentos não-morais que entram na formação da opinião e da vontade do legislador político. Se quisermos encontrar as formas de comunicação que garantem o caráter discursivo de uma prática de autodeterminação, temos que nos concentrar no lado cognitivo e identificar os questionamentos correspondentes, que são elaborados em processos de legislação.

Para M. Kriele, a fecundidade da teoria do discurso reside no fato de “*ela tornar consciente aquilo que já está pressuposto em todo o discurso, a saber, a possibilidade da razão, a qual depende da manutenção das regras do discurso. Tal conscientização tem ainda uma função política: ela defende a forma política da discussão – portanto, o Estado democrático de direito – contra teorias políticas, que questionam seu fundamento filosófico*”²⁴. Kriele pensa “que a argumentação jurídica e política só faz sentido quando se pressupõe esse pensamento”, mesmo que os pressupostos idealizadores da argumentação em geral “não sejam produziáveis na prática política”²⁵. Com essa limitação, Kriele nos lembra que a lógica do discurso não pode ser reduzida aos procedimentos institucionalizados no Estado constitucional. Uma aplicação *imediatamente* da ética do discurso ou de um conceito insuficientemente esclarecido de discurso ao processo democrático leva a absurdos; estes oferecem pretextos aos céticos para desacreditar *a limine* uma teoria do direito e da política apoiada no princípio do discurso²⁶. Por isso, convém introduzir algumas distinções.

24 KRIELE, M. *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen, 1979, 31.

25 KRIELE (1979), 30.

O princípio do discurso submete a validade de qualquer tipo de norma de ação ao assentimento daqueles que, na qualidade de atingidos, tomam parte em “discursos racionais”. Na medida em que o princípio do discurso se aplica às normas de comportamento, que regulam interações simples num círculo ilimitado de destinatários, surgem questões que correspondem a um determinado tipo de discurso, ou seja, o da argumentação moral. Quando o princípio do discurso encontra aplicação em normas de ação que podem assumir a forma jurídica, entram em jogo questionamentos políticos de várias espécies. À lógica desses questionamentos correspondem diferentes tipos de discurso e formas de negociação.

No caso de conflitos de ação, quando se impõem determinados problemas que precisam ser enfrentados cooperativamente ou solucionados consensualmente, uma coletividade é confrontada com a pergunta: “o que devemos fazer?” O tratamento racional dessas questões exige uma formação da opinião e da vontade que leva a resoluções fundamentadas sobre a persecução de fins coletivos e sobre a regulamentação normativa da convivência. No primeiro caso, a coletividade se compreende como um quase-sujeito capaz de agir teleologicamente; no segundo, como uma comunidade de indivíduos que se entendem sobre o comportamento que eles podem esperar legitimamente uns dos outros. Tão logo se introduz o código do direito e do poder, as consultas e decisões assumem a figura diferenciada de uma formação *política* da opinião e da vontade. De um lado, a coletividade que delibera e conclui distancia-se daquelas partes ou instâncias que trabalham para ela, isto é, que podem realizar e aplicar programas que foram votados. De outro lado, a coletividade dos membros da sociedade se transforma numa coletividade de parceiros do direito, os quais, enquanto cidadãos, exercitam sua autonomia no interior de um sistema de direitos carente de interpretação e de configuração. O direito confere uma forma determinada não somente às normas reguladoras de conflito; ele também impõe certas restrições à realização de fins coletivos. Os programas traduzidos para

26 SCHEIT, H. *Wahrheit – Demokratie – Diskurs*. Freiburg, 1987, 370ss.

a linguagem do direito às vezes têm a forma de lei (leis de comando, de governo, leis para casos singulares, leis para medidas), ou se atrelam ao direito vigente. Nas consultas sobre leis e políticas, a questão fundamental: “o que devemos fazer?” modifica-se conforme o tipo da matéria a ser regulamentada. Para especificar o sentido da expressão “dever”, é necessário determinar o problema e o aspecto sob o qual pode ser resolvido. Eu desejo explicitar esses aspectos, tomando como fio condutor os questionamentos éticos, pragmáticos e morais. Sob os aspectos do pragmático, do bom e do justo, os participantes lançam mão da mesma razão prática, porém sob enfoques diferentes. A isso correspondem tipos diferentes de discurso, que eu me limito a esboçar em grandes linhas²⁷.

Questões pragmáticas colocam-se na perspectiva de um ator que procura os meios apropriados para a realização de preferências e fins que já são dados. Mas pode dar-se o caso em que os próprios fins se tornam problemáticos. E, a partir daí, não se trata mais de uma simples escolha pragmática dos meios, e sim, de uma avaliação racional de fins à luz de valores aceitos. A vontade do ator continua sendo determinada por interesses e orientações axiológicas, porém está aberta a novas alternativas da escolha dos meios ou da colocação de fins. Para a escolha fundamentada de técnicas ou estratégias de ação, existem comparações e ponderações que o agente, apoiado em observações e prognoses, pode desenvolver sob os pontos de vista da eficácia ou de outras regras de decisão. A ponderação de fins, orientada por valores, e a ponderação pragmática de meios, leva a recomendações hipotéticas que colocam em relação as causas e efeitos, de acordo com preferências axiológicas e finalidades. Essas instruções para a ação têm a forma semântica de imperativos condicionados. Sua validade repousa, em última instância, no saber empírico que elas assimilam. Elas estão fundamentadas em *discursos pragmáticos*. Nestes, são determinantes os argumentos que referem o saber empírico

27 Para o que segue cf. HABERMAS, J. “Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft”, in: *id. Erläuterungen*, 1991, 100-118.

a preferências dadas e fins estabelecidos e que julgam as consequências de decisões alternativas (que geralmente surgem sem que se tenha ciência) de acordo com máximas estabelecidas.

Todavia, a partir do momento em que os próprios valores orientadores tornam-se problemáticos, a pergunta: “o que devemos fazer?” aponta para além do horizonte da racionalidade teleológica. Preferências antagônicas exprimem às vezes oposições de interesses que não podem ser desarmadas no nível dos discursos. Em certos casos, interesses controversos e orientações axiológicas estão de tal maneira interligados com as formas de vida intersubjetivamente compartilhadas de uma comunidade, que decisões axiológicas graves envolvem uma autocompreensão coletiva inexplicável. *Questões ético-políticas* colocam-se na perspectiva de membros que procuram obter clareza sobre a forma de vida que estão compartilhando e sobre os ideais que orientam seus projetos comuns de vida. A questão ético-existencial: quem sou eu? quem desejo ser? que tipo de vida é bom para mim?, colocada no singular, repete-se no plural, modificando, desta forma, o seu sentido²⁸. A identidade de um grupo refere-se às situações nas quais os membros podem dizer enfaticamente “nós”; ela não constitui uma identidade-eu em tamanho grande, e sim, o seu complemento. O modo como nós nos apropriamos das tradições e formas de vida nas quais nascemos e como as continuamos seletivamente decide sobre quem nós somos e queremos ser enquanto cidadãos. Decisões axiológicas graves resultam da autocompreensão cultural e política de uma comunidade histórica e se transformam junto com ela. O esclarecimento dessa autocompreensão é dado por uma hermenêutica que se apropria criticamente das próprias tradições, contribuindo deste modo para a conscientização intersubjetiva de convicções axiológicas e orientações de vida autênticas²⁹.

28 BEINER, R. *Political Judgement*. Londres, 1983; VOLLRATH, E. *Die Rekonstruktion der politischen Urteilskraft*. Stuttgart, 1977.

29 A hermenêutica filosófica de Gadamer esclarece a lógica de tais processos de auto-entendimento: *id. Wahrheit und Methode*. Tubinga, 1960; a análise de A. MacIntyre dirige-se preponderantemente a questões ético-políticas: *id. Whose Justice? Which Rationality?*, Notre Dame, Ind. 1988.

Questões éticas encontram uma resposta nos conselhos clínicos para a reconstrução de uma forma de vida consciente e assumida criticamente. Tais conselhos ligam o componente descritivo das tradições, que marcam a identidade, ao projeto normativo de um modo de vida exemplar, o qual se justifica a partir das tomadas de posição em relação a esta gênese. O sentido imperativista desses conselhos pode ser interpretado como um dever-ser alheio a preferências ou fins subjetivos, porém ele indica os modos de agir que são “bons para nós”, de modo geral e a longo prazo. Tais conselhos são fundamentados em *discursos éticos*. Neles o que importa são os argumentos que se apóiam numa explicação da autocompreensão de nossa forma de vida historicamente transmitida e que limitam as decisões axiológicas ao fim, *para nós* absoluto, de uma conduta de vida autêntica.

Até agora consideramos processos de uma formação política racional da vontade sob dois aspectos. Em primeiro lugar, as deliberações servem para a ponderação e o discernimento de fins coletivos, bem como para a construção e a escolha de estratégias de ação apropriadas à obtenção desses fins; em segundo lugar, o horizonte de orientações axiológicas, no qual se colocam essas tarefas de escolha e de realização de fins, pode ser introduzido no processo da formação racional da vontade pelo caminho de um auto-entendimento que se apropria de tradições. Em discursos pragmáticos, nós examinamos se as estratégias de ação são adequadas a um fim, pressupondo que nós sabemos o que queremos. Em discursos ético-políticos, nós nos certificamos de uma configuração de valores sob o pressuposto de que nós ainda não sabemos o que queremos *realmente*. Em discursos desse tipo, é possível fundamentar programas, na medida em que eles são adequados e, num sentido amplo, bons para nós. No entanto, uma boa fundamentação precisa levar em conta um outro aspecto – o da justiça. Antes de querer ou aceitar um programa, é preciso saber se a prática correspondente é *igualmente* boa *para todos*. Com isso desloca-se, mais uma vez, o sentido da pergunta: “o que devemos fazer?”.

Em *questões morais*, o ponto de vista teleológico, que nos permite enfrentar problemas por meio de uma cooperação voltada

a um fim, desaparece por trás do ponto de vista normativo, sob o qual nós examinamos a possibilidade de regular nossa convivência no interesse simétrico de todos. Uma norma só é justa, quando todos podem querer que ela seja seguida por qualquer pessoa em situações semelhantes. Mandamentos morais têm a forma semântica de imperativos categóricos ou incondicionais. O sentido imperativista desses mandamentos pode ser interpretado como um dever-ser que não depende de fins ou preferências subjetivas, nem do fim, para nós absoluto, de um modo de viver bom ou não-fracassado. O que se “deve” fazer significa aqui que a prática correspondente é justa. E tais deveres são fundamentados em *discursos morais*. Neles são decisivos os argumentos que conseguem mostrar que os interesses incorporados em normas contestadas são pura e simplesmente generalizáveis. Em discursos morais, a perspectiva etnocentrista de uma determinada coletividade se alarga, assumindo a perspectiva abrangente de uma comunidade comunicativa não-circunscrita, onde cada membro se coloca na situação, na compreensão e na autocompreensão do mundo de cada um dos outros, e onde todos praticam em comum a assunção ideal de papéis (no sentido de G. H. Mead).

O princípio da universalização obriga os participantes do discurso a examinar normas controversas, servindo-se de casos particulares *previsivelmente típicos*, para descobrir se elas poderiam encontrar o assentimento refletido de todos os atingidos. Para superar esse teste, as regras morais têm que assumir uma versão geral, completamente descontextualizada; por isso, elas só podem encontrar uma aplicação *descontextualizada* naquelas situações *standard*, cujo componente “se” já foi levado em conta preliminarmente. Como, porém, nos *discursos de fundamentação*, não se pode levar em conta *ex ante* todas as possíveis constelações de casos singulares futuros, a aplicação da norma exige um esclarecimento argumentativo *sui generis*. Em tais *discursos de aplicação*, a imparcialidade do juízo não é garantida através de um novo princípio de universalização, e sim através de um princípio da adequação. Eu retomarei essa proposta de Klaus Günther, quando tratar da análise da prática da decisão judicial.

Por conseguinte, na formação discursivamente estruturada da opinião e da vontade de um legislador político, há uma interligação entre a normatização jurídica e a formação do poder comunicativo. Podemos esclarecer essa ligação, lançando mão de um modelo processual que segue a lógica da argumentação; ele parte de questionamentos pragmáticos, passa pela formação de compromissos e discursos éticos, atinge a clarificação de questões morais, chegando finalmente a um controle jurídico de normas. Nesta seqüência modifica-se a constelação formada pela razão e pela vontade. Com o deslocamento do sentido ilocucionário do “dever-ser”, modifica-se também o conceito da vontade ao qual esses imperativos se dirigem, pelo caminho que inclui desde recomendações técnicas ou estratégicas, conselhos clínicos e mandamentos morais.

O “dever-ser” inerente a recomendações pragmáticas, relativizado pelos fins e valores, dirige-se ao *arbitrio* (*Willkür*) de atores que tomam decisões inteligentes, em situações de interesses e de orientações axiológicas. No entanto, estas continuam exteriores aos discursos pragmáticos nos quais se fundamenta a escolha racional entre possíveis alternativas de ação. Por isso, a validade de recomendações pragmáticas continua de pé, mesmo que elas não sejam levadas em conta na ação. Não existe uma relação entre razão e vontade, entre a consideração prática e a aceitação dos resultados, que seja *interior ao discurso*.

O “dever-ser” presente em conselhos clínicos, relativizado pelo *telos* da vida boa de cada um de nós, está endereçado à *força de determinação* de uma coletividade que deseja certificar-se a respeito de um modo de viver autêntico. Em tais processos de auto-entendimento, cruzam-se os papéis dos participantes do discurso e dos membros de uma comunidade histórica. Aqui não é mais possível separar gênese e validade, como acontecia no caso das estratégias de ação projetadas com relação a um fim. Intelecções promovidas em discursos ético-políticos modificam, não somente a autocompreensão hermeneuticamente esclarecida de um grupo, mas também a sua identidade; decisões axiológicas graves são influenciadas por idéias, pois nelas os argumentos se

encontram com a aspiração a um modo de vida autêntico. De outro lado, em tais decisões hermeneuticamente esclarecidas expressa-se também a afirmação de uma forma de vida à luz de tradições criticamente assimiladas. Em discursos éticos, a razão e a vontade determinam-se reciprocamente, pois permanecem inseridas no contexto que tematizam. No auto-entendimento, os participantes da argumentação não podem catapultar-se para fora da forma de vida concreta na qual se encontram.

A entrada em discursos morais pressupõe, ao contrário, que todos os contextos normativos fáticos se retraiam. Eles encontram-se sob pressupostos comunicativos que exigem a ruptura com as evidências do mundo da vida, especialmente um enfoque hipotético com relação às respectivas normas de ação tematizadas e com relação às suas pretensões de validade. O “dever-ser” categórico de mandamentos morais dirige-se à *vontade* autônoma de atores que se deixam determinar racionalmente, através da compreensão daquilo que todos poderiam querer. Esta vontade, ao contrário do arbitrio e da força de decisão, está isenta das características heterônomas de interesses casuais e orientações axiológicas, especialmente as das formas de vida culturais e das tradições cunhadoras de identidades. Na terminologia kantiana, a vontade autônoma está *inteiramente* impregnada pela razão prática. Podemos também afirmar que a vontade autônoma é internalizada na razão. É verdade que a vontade autônoma paga um preço por sua racionalidade, ou seja: no mundo social, onde se negocia, ela não pode impor-se a não ser através da força imperceptível de motivos racionais. É verdade que esse *déficit* motivacional é compensado nas consultas do legislador político através da institucionalização jurídica.

Portanto, as constelações formadas pela razão e pela vontade modificam-se de acordo com os aspectos pragmáticos, éticos e morais da matéria a ser regulada. A partir dessas constelações se esclarece o problema do qual parte a formação discursiva de uma vontade política comum. Para simplificar as coisas, suponhamos que as questões políticas se colocam inicialmente na forma pragmática de uma escolha valorativa de fins coletivos e de uma consideração pragmática de estratégias que o legislador político deseja votar. Iniciamos nosso modelo processual com a fundamen-

tação pragmática de programas gerais, que ficam na dependência de uma aplicação e de uma execução. A fundamentação depende, em primeira linha, de uma interpretação correta da situação e da descrição adequada do problema que se tem pela frente, da afluência de informações relevantes e confiáveis, da elaboração correta dessas informações, etc. Nesse primeiro estágio da formação da opinião e da vontade, torna-se necessário um certo saber especializado, que é naturalmente falível e raras vezes neutro do ponto de vista valorativo, sendo, portanto, controverso. Nas próprias avaliações políticas de perícias e contraperícias, entram em jogo pontos de vista que dependem de preferências. Nessas preferências, expressam-se situações de interesses e orientações axiológicas, as quais, num *segundo estágio*, entram em concorrência aberta entre si; aí deve ser tomada uma decisão, na base de alternativas de ação, prognoses e descrições consensuais, entre diferentes propostas para a superação do problema que se apresenta. Nesse estágio, as próprias orientações axiológicas problemáticas estão em discussão, o que obriga a uma mudança no nível do discurso. Discursos pragmáticos abrangem somente a construção e a avaliação das conseqüências de possíveis programas, não a formação racional da vontade, a qual só pode aceitar uma sugestão quando *se apropriada* dos fins e valores hipoteticamente pressupostos.

Em caso ideal, e esse é o nosso ponto de partida, as decisões são tomadas no nível em que a controvérsia deve ser *proseguida* com argumentos. O modo como se decide depende do aspecto sob o qual a matéria a ser regulamentada é acessível a um esclarecimento posterior. Há *três alternativas*. Quando se trata diretamente de um questionamento moralmente relevante – como é o caso de questões do direito penal referentes ao aborto e à prescrição, ou do direito do processo penal referentes à proibição de certos métodos de levantamento de provas, ou ainda de questões da política social, do direito tributário, da organização do sistema educacional e da saúde, que dizem respeito à distribuição da riqueza social, das chances de viver e de sobreviver em geral – então é preciso lançar mão de discursos que submetem os interesses e orientações valorativas conflitantes a um teste de generalização no quadro do sistema

de direitos interpretados e configurados constitucionalmente. Ao contrário, quando se trata de um questionamento eticamente relevante – como é o caso de problemas ecológicos da proteção dos animais e do meio ambiente, do planejamento do trânsito e da construção de cidades, ou de problemas referentes à política de imigração, da proteção de minorias étnicas e culturais, ou, em geral, de problemas da cultura política – então é o caso de se pensar em discursos de auto-entendimento, que passam pelos interesses e orientações valorativas conflitantes, e numa forma de vida comum que traz reflexivamente à consciência concordâncias mais profundas.

Entretanto, em sociedades complexas e até mesmo sob condições ideais, nem sempre essas duas alternativas estarão abertas, especialmente quando se constata que todas as regulamentações tocam de várias maneiras diferentes interesses, sem que se possa fundamentar um interesse universalizável ou a primazia inequívoca de um determinado valor. Nesses casos, resta a alternativa de negociações que exigem evidentemente a disposição cooperativa de partidos que agem voltados ao sucesso³⁰. *Negociações* naturais ou não-reguladas apontam para compromissos aceitáveis pelos participantes sob três condições. Tais compromissos prevêem um arranjo que é: a) vantajoso para todos; b) que exclui pingentes que se retirem da cooperação; c) exclui explorados que investem na cooperação mais do que ganham com ela. Processos de negociação são adequados para situações nas quais não é possível neutralizar as relações de poder, como é pressuposto nos discursos racionais. Os compromissos obtidos em tais negociações contêm um acordo que equilibra interesses conflitantes. Enquanto um acordo racionalmente motivado se apóia em argumentos que *convencem da mesma maneira* todos os partidos, um compromisso pode ser aceito por diferentes partidos por razões *diferentes*. É verdade que a corrente discursiva de uma formação racional da vontade romperia com o elo de um tal

30 J. Elster (*The Cement of Society*. Cambridge, 1989, 50) define da seguinte maneira a ocasião para negociações: “Bargaining occurs when there are several cooperative arrangements and the parties have conflicting preferences over them”.

compromisso, caso o princípio do discurso não pudesse valer, ao menos indiretamente, em tais negociações.

Isso não é possível diretamente, no seio das próprias negociações, porque os partidos introduzem na interação um poder de negociação que vem acompanhado de ameaças e promessas, que pode extrair da linguagem utilizada em comum as energias ilocucionárias e limitar o uso da linguagem à obtenção estratégica de efeitos perlocucionários: *"To bargain is to engage in communication for the purpose of 'forcing' or 'inducing' the opponent to accept one's claim. To achieve this end, bargainers rely on threats and promises that will have to be executed outside the assembly itself. Bargaining power does not derive from the 'power of the better argument', but from material resources, manpower and the like. Statements asserted in a process of bargaining are made with the claim to being credible, in the sense that bargainers must try 'to make' their opponents 'believe', that the threats and promises would actually be carried out"*³¹. Por isso, o caminho do princípio do discurso, que deve garantir um consenso não-coercitivo, é indireto, desdobrando-se através de procedimentos que *regulam* as negociações sob pontos de vista da imparcialidade. Desta maneira, o poder de negociação não-neutralizável deve ser disciplinado, ao menos através de uma distribuição igual entre os partidos. Se a negociação de compromissos decorrer conforme procedimentos que garantem a todos os interesses iguais chances de participação nas negociações e na influência recíproca, bem como na concretização de todos os interesses envolvidos, pode-se alimentar a suposição plausível de que os pactos a que se chegou são conformes à equidade.

Tais procedimentos definem a consideração simétrica dos interesses de cada participante como um problema da *combinação* entre governantes, não como problema do entendimento entre participantes do discurso, que fazem uso de sua liberdade comunicativa, tomando posição em relação a pretensões de

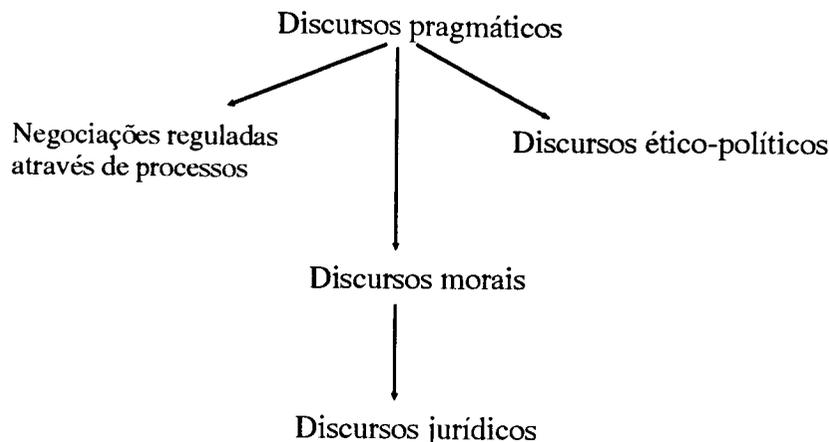
validade criticáveis, a fim de *convencer-se* reciprocamente da correção de seus argumentos. Porém, se olharmos as coisas pelo ângulo normativo, uma formação equitativa de compromissos não se sustenta por si mesma. Pois as condições procedimentais, que conferem aos compromissos faticamente selados a suposição de equidade, precisam ser justificadas em discursos morais. Além do mais, as negociações só são permitidas e exigidas quando estão em jogo interesses particulares, não generalizáveis, o que nos remete novamente a discursos morais, onde isto pode ser examinado³². Negociações equitativas não destroem, pois, o princípio do discurso, uma vez que o pressupõem.

Dado que a formação de compromissos não pode substituir discursos morais, não se pode reduzir a formação política da vontade à formação de compromissos. *Mutatis mutandis*, isso vale também para discursos ético-políticos. Pois seus resultados têm de ser ao menos compatíveis com princípios morais. Uma autocompreensão fundamentalista privilegiária, por exemplo, decisões valorativas, em cuja luz são preferidas regulamentações não-igualitárias. Somente nas condições do pensamento pós-metafísico os discursos ético-políticos podem levar a regulamentações que são *per se* do interesse simétrico de todos os membros. Por conseguinte, para que o princípio do discurso seja levado em conta por todos sem exceção, é preciso supor a combinabilidade de todos os programas negociados ou obtidos discursivamente com aquilo que pode ser justificado moralmente. No modelo do procedimento, a formação política racional da vontade apresenta-se como uma rede de discursos e negociações que podem ser retroligados entre si por várias sendas. O seguinte caminho revela *indiscutivelmente* certas transferências:

32 HABERMAS, J. *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*. Frankfurt a/M. 1973, 153ss.; *Id.* "Die Utopie des guten Herrschers", in: *id. Kleine politische Schriften*, I-IV. Frankfurt a/M., 1981, 44ss.

31 ELSTER, J. *Arguing and Bargaining*. Manuscrito, 1991, 3.

Um modelo do processo da formação política racional da vontade.



A formação política da vontade culmina em decisões sobre políticas e leis, que precisam ser formuladas na linguagem do direito. Isso implica, no final das contas, um controle das normas, quando se examina a possibilidade de os novos programas se encaixarem no sistema jurídico vigente. O legislador político só pode utilizar suas autorizações de normatização jurídica para a fundamentação de programas de leis compatíveis com o sistema de direitos e acopláveis ao *corpus* das leis vigentes. Sob esse *aspecto jurídico*, todas as resoluções têm que ser submetidas a um exame de coerência. Pois a unidade do direito precisa ser resguardada, por razões da sua própria segurança. Como ainda veremos, num Estado de direito instituído é possível ir além e submeter o próprio controle de normas, realizado pelo legislador, a uma revisão através de um tribunal que controla as leis emitidas, sob o ponto de vista da conformidade com a constituição³³.

33 Tal circunstância revela que os discursos éticos e morais, que são componentes formais da formação política da vontade, distinguem-se dos discursos éticos e morais do dia-a-dia, não somente através da institucionalização conforme o direito. Os

III. Princípios do Estado de direito e lógica da divisão dos poderes.

1

Partindo destas considerações preparatórias, é possível reunir as diferentes meadas da argumentação, a fim de fundamentar os princípios para uma organização política do poder público sob pontos de vista da teoria do discurso. O direito constitui o poder político e vice-versa; isso cria entre ambos um nexu que abre e perpetua a possibilidade latente de uma instrumentalização do

pontos de vista éticos e morais, que se introduzem na fundamentação de normas do direito pelo caminho da legislação, obtêm validade na pretensão de legitimidade do direito, porém eles não implodem a forma do direito. Os resultados das consultas éticas e morais do legislador, canalizados na forma do direito, têm um sentido transformado, *especificamente circunscrito*, que não se encontra em resultados análogos dos discursos éticos e morais do dia-a-dia. Isso se torna patente nos discursos éticos, os quais, quando conduzidos na perspectiva da primeira pessoa do singular, referem-se à questão existencial de minha conduta de vida autêntica. Tais conselhos clínicos são endereçados a pessoas naturais, não a sujeitos do direito. Também os discursos do dia-a-dia, conduzidos na perspectiva do “nós”, seja de uma determinada comunidade de comunicação histórica ou de uma comunidade ilimitada, levam a recomendações ou mandamentos que se dirigem a pessoas naturais, individuadas nos contextos de suas respectivas histórias de vida. Ao contrário, as leis que regulam o comportamento dirigem-se a pessoas do direito, individuadas somente através de sua liberdade de arbítrio. Conforme já verificamos ao analisarmos a forma do direito, as condições do direito atingem os “aspectos exteriores” de matérias que necessitam de regulação. A partir daí, é possível explicar, por exemplo, a diferença entre o quinto mandamento do Decálogo e as determinações do direito penal sobre delitos de assassinato, mesmo que os *conteúdos morais* de ambas as regulações não sejam completamente estranhos.

direito para o emprego estratégico do poder. A idéia do Estado de direito exige em contrapartida uma organização do poder público que obriga o poder político, constituído conforme o direito, a se legitimar, por seu turno, pelo direito legitimamente instituído. É verdade que o código do direito e o código do poder precisam completar-se mutuamente, para que possam preencher suas respectivas funções. No entanto, essas relações de troca alimentam-se de uma normatização legítima do direito, a qual, conforme vimos, tem parentesco com a formação do poder comunicativo. Com isso, o conceito do poder político se diferencia. No sistema da administração pública concentra-se um poder que precisa regenerar-se a cada passo a partir do poder comunicativo. Por esta razão, o direito não é apenas constitutivo para o código do poder que dirige o processo de administração: Ele forma simultaneamente o *medium* para a transformação do poder comunicativo em administrativo. Por isso, é possível desenvolver a idéia do Estado de direito com o auxílio de princípios segundo os quais o direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este último é novamente transformado em poder administrativo pelo caminho do direito legitimamente normatizado.

Dado que a formação discursivamente estruturada da opinião e da vontade do legislador político deve realizar-se em formas de comunicação nas quais a pergunta “o que devemos fazer?” pode ser respondida racionalmente de várias maneiras, eu desenvolvo os princípios do Estado de direito na perspectiva da institucionalização jurídica da rede de discursos e negociações que acabei de apresentar simplifadamente no modelo do processo.

No princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder do Estado vem do povo, o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem ao encontro da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos. Esse princípio forma a charneira entre o sistema dos direitos e a construção de um Estado de direito. Interpretado pela teoria do discurso (a), o princípio da soberania popular implica: (b) o princípio da ampla garantia legal do indivíduo, proporcionada através de uma justiça independente; (c) os princípios da legalidade da administração e

do controle judicial e parlamentar da administração; (d) o princípio da separação entre Estado e sociedade, que visa impedir que o poder social se transforme em poder administrativo, sem passar antes pelo filtro da formação comunicativa do poder.

ad (a) Na linha da teoria do discurso, o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente. Quando se considera essa prática como um processo destinado a resolver problemas, descobre-se que ela deve a sua força legitimadora a um *processo democrático* destinado a garantir um tratamento racional de questões políticas. A aceitabilidade racional dos resultados obtidos em conformidade com o processo explica-se pela institucionalização de formas de comunicação interligadas que garantem de modo ideal que todas as questões relevantes, temas e contribuições, sejam tematizados e elaborados em discursos e negociações, na base das melhores informações e argumentos possíveis. Esta institucionalização jurídica de determinados processos e condições da comunicação torna possível um emprego efetivo de liberdades comunicativas iguais e simultaneamente estimula para o uso pragmático, ético e moral da razão prática, ou seja, para a compensação eqüitativa de interesses. Além disso, o princípio da soberania do povo pode ser considerado diretamente sob o aspecto do poder. A partir deste ângulo, ele exige a transmissão da competência legislativa para a totalidade dos cidadãos que são os únicos capazes de gerar, a partir de seu meio, o poder comunicativo de convicções comuns. Ora, a decisão fundamentada e obrigatória sobre políticas e leis exige, de um lado, consultas e tomadas de decisão *face to face*. De outro lado, nem todos os cidadãos podem “unir-se” no nível de interações simples e diretas, para uma tal prática exercitada em comum. O *princípio parlamentar* da criação de corporações deliberativas representativas oferece uma saída alternativa. A composição e o modo de trabalhar dessas corporações parlamentares têm que ser regulamentados, por seu turno, sob pontos de vista da lógica de distribuição de tarefas. Por isso, o modo de escolha, o *status* dos deputados (imunidade,

mandato livre ou não, formação de minorias), bem como o modo de decisão nas corporações (princípio da maioria, leituras repetidas), inclusive a organização do trabalho (formação de comissões), levantam questões de princípio. Estas têm que ser reguladas à luz do princípio do discurso, de tal modo que os pressupostos comunicativos necessários para discursos pragmáticos, éticos e morais, de um lado, e as condições de negociações equitativas, de outro lado, possam ser preenchidas satisfatoriamente.

Da lógica dos discursos resulta também o princípio do *pluralismo político* e a necessidade de complementar a formação da opinião e da vontade parlamentar, bem como os partidos políticos, através de uma formação informal da opinião na esfera pública política, aberta a todos os cidadãos. Após Kant, John Stuart Mill e John Dewey analisaram o princípio da publicidade e o papel que uma opinião pública informada deveria desempenhar no controle do parlamento³⁴. O conteúdo do princípio da soberania popular só se esgota através do *princípio que garante esferas públicas autônomas* e do *princípio da concorrência entre os partidos*. Ele exige uma estruturação discursiva das arenas públicas nas quais circulações comunicativas, engrenadas anonimamente, se soltam do nível concreto das simples interações. Uma formação informal da opinião, que prepara a formação política da vontade influenciando nela, não é sobrecarregada pela institucionalização de uma deliberação entre pessoas presentes que buscam uma tomada de decisão. Tais arenas precisam ser protegidas por direitos fundamentais, levando em conta o espaço que devem proporcionar ao fluxo livre de opiniões, pretensões de validade e tomadas de posição; não podem, todavia, ser organizadas como corporações.

ad (b) As comunicações políticas dos cidadãos estendem-se a todos os assuntos de interesse público; porém elas desaguam, no final das contas, nas decisões de corporações legislativas. A formação política da vontade visa a uma legislação, porque ela, de

um lado, só interpreta e configura o sistema dos direitos que os cidadãos se reconheceram mutuamente através de leis e porque, de outro lado, o poder organizado do Estado, que deve agir como uma parte em função do todo, só pode ser organizado e dirigido através de leis. A competência legislativa, que fundamentalmente é atribuída aos cidadãos em sua totalidade, é assumida por corporações parlamentares, que *fundamentam* leis de acordo com um processo democrático. Leis formam a base para pretensões jurídicas individuais; estas resultam da *aplicação* de leis a casos singulares, seja pelos caminhos da administração, seja pelo caminho auto-executivo. Tais pretensões podem ser reclamadas judicialmente; daí resulta a garantia dos caminhos do direito e o *princípio da garantia de uma proteção jurídica individual ampla*.

Certamente a divisão das competências da legislação e da aplicação do direito em dois diferentes poderes do Estado, independentes entre si a nível pessoal e institucional, não se deu por si mesma. A Atenas clássica fornece apenas um dos muitos exemplos de como reuniões populares ou parlamentos se reservam funções jurisdicionais. É certo que razões pragmáticas sugerem uma separação entre o poder legislativo e o judiciário, tão logo a configuração dogmática do direito e a cientificização da jurisprudência acarreta uma ampla profissionalização da prática de decisão judicial. Porém, do ponto de vista normativo e da sistemática jurídica, há outros argumentos decisivos. Em primeiro lugar, a diferença lógica e argumentativa entre fundamentação e aplicação de normas reflete-se nas formas comunicativas de discursos de fundamentação e de aplicação, que precisam ser institucionalizados juridicamente, de diferentes maneiras. Em discursos jurídicos de aplicação, é preciso decidir qual das normas tidas como válidas, numa situação dada, e cujas características são descritas da forma mais completa possível, é adequada. Esse tipo de discurso exige, de um lado, uma constelação de papéis, na qual os partidos (e, conforme o caso, autoridades políticas mediadoras) podem apresentar todos os aspectos litigiosos de um caso a um juiz, como representante imparcial da comunidade; de outro lado, uma distribuição de competências segundo a qual o tribunal tem que fundamentar seu julgamento perante uma esfera pública jurídica, em

34 Sobre J. St. Mill, cf. HELLESNES, J. "Toleranz und Dissens", in: *Zeitschrift für Philosophie*, 40 (1992), 245-255; sobre J. Dewey, cf. agora: WESTBROOK, R. B. *Dewey and American Democracy*. Ithaca, 1991.

princípio ilimitada. Ao passo que nos discursos de fundamentação há apenas participantes. De outro lado, a fim de impor suas decisões – e a execução do direito – a justiça apela para os meios de repressão do aparelho do Estado, passando a dispor, ela mesma, de um poder administrativo. Por esta razão, a justiça precisa ser separada da legislação e impedida de uma autoprogamação. Desta maneira se explica o *princípio da ligação da justiça ao direito vigente*.

Além do mais, do princípio da proteção do direito e dos direitos fundamentais da justiça resultam todos os demais princípios para a especificação de tarefas, do modo de trabalho e a garantia do *status* de uma justiça independente, a qual deve aplicar o direito de tal maneira que estejam garantidas simultaneamente a segurança do direito e a aceitabilidade racional das decisões judiciais³⁵.

ad (c) O princípio da legalidade da administração esclarece o sentido nuclear da divisão dos poderes³⁶. Superando uma diferenciação funcional, que se explica a partir da lógica da argumentação que introduz uma diferença entre fundamentação de normas e aplicação de normas, a diferenciação institucional que se expressa na constituição de poderes separados tem por finalidade amarrar a aplicação do poder administrativo ao direito normatizado democraticamente, de tal modo que o poder administrativo só se regenera a partir do poder comunicativo produzido conjuntamente pelos cidadãos. Sob este aspecto, já consideramos a ligação que existe entre a justiça – que não pode prescindir das realizações do executivo – e a lei. O mesmo vale para a relação entre o poder legislativo e o executivo, que se encontra sob a *reserva da lei*. A reserva da lei faz com que estatutos, ordens, prescrições e medidas

que contradizem uma lei, sejam nulos. O *primado da lei* legitimada num processo democrático significa, do ponto de vista cognitivo, que a administração não pode interferir nas premissas que se encontram na base de suas decisões. Praticamente isso significa que o poder administrativo não pode interferir em processos de normatização do direito e da jurisdição.

O emprego do poder administrativo pelo legislador e pela justiça só não causa preocupações na medida em que esse poder possibilita a institucionalização de discursos correspondentes. Enquanto o poder administrativo é consumido para a instalação, organização e aplicação do direito, opera à maneira de *condições possibilitadoras*. Quando, porém, a administração assume outras funções, que não as administrativas, há uma submissão de processos da legislação e da jurisprudência sob *condições limitadoras*. Tais intervenções ferem os pressupostos comunicativos de discursos legislativos e jurídicos, estorvando os processos de entendimento dirigidos pela argumentação, que são os únicos capazes de fundamentar a aceitabilidade racional de leis e decisões judiciais. Por isso, a autorização do executivo para a promulgação de normas jurídicas necessita de uma norma especial, conforme ao direito administrativo. Esse direito administrativo faz valer o *princípio da proibição da arbitrariedade no interior do Estado*³⁷.

A constituição de um poder executivo também faz com que os direitos à liberdade, resultantes do direito a iguais liberdades subjetivas de ação, adquiram o sentido *adicional de direitos liberais de defesa*, de sujeitos de direito, privados e autônomos, em relação ao aparelho do Estado. Os direitos que os cidadãos inicialmente se atribuem na dimensão horizontal de interações-cidadão-a-cidadão precisam estender-se, a partir do momento em que se constituiu um poder executivo, à dimensão vertical das relações dos cidadãos com o Estado. Esses direitos “liberais” em sentido mais estrito formam, inclusive, do ponto de vista histórico, o núcleo das declarações dos direitos humanos. Deles nasceu o sistema dos direitos – inicialmente fundado num

35 DENNINGER, E. *Staatsrecht*. Hamburg, 1973, vol. I, 101ss.; HESSE, K. *Gründzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg. 1990, 76ss. e 213ss. ; KRIELE (1975), 104ss.

36 SCHMIDT-ASSMANN, E. “Der Rechtsstaat”, in: ISENSEE, J. e KIRCHHOFF, P. *Handbuch des Staatsrechts*. vol. I, Heidelberg, 1987, parág. 24, 987-1043.

37 KUNIG, Ph. *Das Rechtsstaatsprinzip*. Tübinga, 1986, 312ss.

direito racional!³⁸. A elaboração do controle parlamentar da administração, especialmente o sistema dos *tribunais administrativos*, aponta na mesma direção; ambos complementam o controle-*ex-ante* do legislador através de um controle-*ex-post*. Em princípio, qualquer ato administrativo, decretado ou recusado, pode ser transformado em objeto de uma ação anulativa, contestatória ou cominatória. Além disso, o tribunal constitucional abre para certos sujeitos de direito (eventualmente também para associações) que se sentem prejudicados pelas intervenções do executivo (ou por terceiros), o caminho do recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*).

ad (d) Na tradição do direito constitucional alemão, o princípio da separação entre Estado e sociedade foi interpretado concretamente, no sentido de um Estado constitucional liberal. Entretanto, esse princípio significa em geral a garantia jurídica de uma autonomia social que atribui a cada um, enquanto cidadão, as mesmas chances de utilizar-se de seus direitos políticos de participação e de comunicação. Por conseguinte, esse princípio não coincide plenamente com o modelo do Estado de direito burguês, que se limita a garantir a segurança interna e externa, transferindo todas as demais funções para uma sociedade econômica auto-regulada, liberada de regras do Estado, na expectativa de que as relações vitais justas se produzam espontaneamente a partir do jogo livre entre suas finalidades subjetivas e decisões preferenciais, passando pela autonomia do indivíduo singular, garantida pelo direito privado!³⁹.

Em sua versão abstrata, o princípio da separação entre Estado e sociedade exige uma sociedade civil, portanto relações de associação, além de uma cultura política suficientemente desacoplada

38 Cf. as contribuições clássicas in: SCHNUR, R. (Ed.) *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*. Darmstadt, 1964.

39 GRIMM, D. *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt a/M., 1987; BÖCKENFÖRDE, E. W. (Ed.). *Staat und Gesellschaft*. Darmstadt, 1976; SUHR, D. "Staat - Gesellschaft - Verfassung", in: *Der Staat*, 17 (1978), 369s; BÖCKENFÖRDE, E. W. *Recht, Staat, Freiheit*. Frankfurt a/M., 1991.

de estruturas de classe. Ainda terei ocasião de retomar essa relação problemática entre poder social e democracia. A sociedade civil precisa amortecer e neutralizar a divisão desigual de posições sociais de poder e dos potenciais de poder daí derivados, a fim de que o poder social possa impor-se na medida em que *possibilita, sem restringir*, o exercício da autonomia dos cidadãos. Eu emprego a expressão "poder social" como medida para a possibilidade de um ator impor interesses próprios em relações sociais, mesmo contra as resistências de outros. O poder social tanto pode possibilitar como restringir a formação do poder comunicativo. No primeiro caso, há condições materiais necessárias para uma assunção autônoma de liberdades comunicativas ou de ação, formalmente iguais. Em negociações políticas, por exemplo, os partidos envolvidos têm que conseguir credibilidade para suas promessas ou ameaças através do poder social. No segundo caso, a disposição sobre o poder social abre a chance de influenciar no processo político, o qual consegue precedência para interesses próprios, para além do espaço dos direitos de igualdade dos cidadãos. Através deste modo interventor, empresas, organizações e associações conseguem, por exemplo, transformar o seu poder social em político, seja diretamente, através da influência na administração, ou indiretamente, através de intervenções e manobras na esfera pública política!⁴⁰.

Organizatoriamente, o princípio segundo o qual deve-se bloquear uma intervenção direta do poder social no poder administrativo encontra sua expressão no princípio da responsabilidade democrática de detentores de cargos políticos em relação aos eleitores e aos parlamentos. Deputados têm que se expor periodicamente a novas eleições: a responsabilidade do governo e dos ministros para com suas próprias decisões e para com os serviços públicos dependentes de suas diretrizes correspondem aos direitos de controle e de exoneração da representação popular.

A idéia segundo a qual o poder do Estado pode elevar-se acima das forças sociais como um *pouvoir neutre* sempre foi

40 Cf. meu prefácio a: HABERMAS, J. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. Frankfurt a/M., 1990, 11-50.

ideologia⁴¹. Entretanto, um processo político *que resulta* da sociedade civil tem que adquirir uma parcela de autonomia em relação a potenciais de poder ancorados na estrutura social (poder das associações, modo de financiamento do partido), a fim de que o sistema não se degrade, assumindo a forma de um partido entre outros partidos, seja no papel do poder executivo, seja como poder de sanção. Assim existe, por exemplo, o perigo de que o Estado, na medida em que participa de arranjos corporativistas, lance fora a pretensão de realizar justiça política através da implantação de um direito legitimamente normatizado. O princípio da separação entre Estado e sociedade conserva uma grande atualidade também em relação a novas tendências no direito penal (como é o caso do *bargaining* no processo penal)⁴².

Os princípios do Estado de direito, desenvolvidos de a) até d) se juntam numa arquitetônica construída sobre a seguinte idéia: a organização do Estado de direito deve servir, em última instância, à auto-organização política autônoma de uma comunidade, a qual se constituiu, com o auxílio do sistema de direitos, como uma associação de membros livres e iguais do direito. As instituições do Estado de direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrar expressão em programas legais, circular em toda a sociedade através da aplicação racional, da implementação administrativa de programas legais e desenvolver sua força de integração social - através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos. Ao se organizar o Estado de direito, o

41 Especialmente uma ideologia difundida na Escola de Carl Schmitt. Cf., por exemplo, WEBER, W. *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*. Stuttgart, 1951; FORSTHOFF, E. *Der Staat der Industriegesellschaft*, Munique, 1971

42 Sobre a substituição do direito penal do Estado através de combinações privadas, conf. NAUCKE, W. "Versuch über den aktuellen Stil des rechts", in: *Schriften der H. Ehlers-Akademie*, 19, 1986.

sistema de direitos se diferencia numa ordem constitucional, na qual o *medium* do direito pode tornar-se eficiente como transformador e amplificador dos fracos impulsos sociais e integradores da corrente de um mundo da vida estruturado comunicativamente. Neste ponto, gostaria de destacar dois aspectos: de um lado, o Estado de direito institucionaliza o uso público das liberdades comunicativas (2); de outro lado, ele regula a transformação do poder comunicativo em administrativo (3).

2

No âmbito da formação política racional da vontade, e dependendo do tipo de questionamento, os discursos e as negociações preenchem diferentes papéis na lógica da argumentação. Eles se realizam em formas de comunicação correspondentes: e estas, por seu turno, têm que ser institucionalizadas juridicamente, caso se queira garantir a pretensão dos cidadãos em relação ao exercício de seus direitos de participação política. O conceito de institucionalização refere-se diretamente a um comportamento esperado do ponto de vista normativo, de tal modo que os membros de uma coletividade social sabem qual comportamento eles podem estimular, em que circunstâncias e quando. No entanto, podem ser institucionalizados também procedimentos que determinam as regras segundo as quais uma cooperação deve transcorrer, a fim de dominar certas tarefas. Normas de procedimento regulam, por exemplo, a conclusão de tratados, a fundação de uma associação ou a votação em corporações auto-administradas. Consultas parlamentares ou controvérsias sobre tarifas também são organizadas com o auxílio de normas do direito processual.

Negociações revelam uma forma especial de comunicação. Porém, aqui, não existe uma forma interior da argumentação que corresponda à forma exterior da comunicação. Os procedimentos destinados a garantir a equidade dos possíveis compromissos, regulam, entre outras coisas, o direito à participação, a escolha dos delegados e, com isso, a composição das delegações; em certos casos, eles abrangem matérias como a condução, o turno e a duração da negociação, o tipo de temas e contribuições, a permis-

são de sanções, etc. Essas e outras questões semelhantes são reguladas, levando-se em conta que todos os interesses podem ser considerados simetricamente e que todos os partidos detêm o mesmo poder, sendo que a troca de argumentos visa à persecução possivelmente racional de preferências próprias. Processos de compromisso devem evitar que estruturas assimétricas de poder e potenciais de ameaça injustamente distribuídos prejudiquem o êxito das negociações. Um segundo perigo nasce, quando os processos de compromisso encontram aplicação em questões morais ou éticas, de tal modo que essas questões são imperceptivelmente *redefinidas* como questões estratégicas. Por mais difícil que seja a institucionalização desse tipo de negociação, os processos de compromisso sempre se referem à regulamentação de interações estratégicas. Disso se distinguem os tipos de procedimento que regulam discursos – como é o caso, por exemplo, do processo judicial.

Aqui o processo jurídico se defronta com procedimentos de argumentação ou “processos” inteiramente diferentes, obedecendo a uma lógica própria. Ainda teremos que detalhar melhor, no modelo do processo judicial, o modo como ordens processuais possibilitam e institucionalizam discursos de aplicação, sem conseguir normatizar a argumentação enquanto tal. Elas definem, protegem e estruturam os espaços nos quais devem acontecer argumentações. Devido ao seu elevado grau de racionalidade, a prática da decisão judicial constitui o caso mais bem analisado de uma interligação entre dois tipos de procedimento, ou seja, entre o procedimento jurídico institucionalizador e um processo de argumentação que se subtrai, em sua estrutura *interna*, à institucionalização jurídica. Neste cruzamento de procedimentos, se revela que o universo do direito pode abrir-se, a partir de dentro, para argumentações, através das quais argumentos pragmáticos, éticos e morais têm acesso à linguagem do direito, sem suspender, de um lado, o jogo da argumentação e sem detonar, de outro lado, o código jurídico. A inserção do discurso em processos jurídicos não toca, é verdade, na sua lógica interna, porém a institucionalização do processo submete os discursos a determinadas limitações temporais, sociais e objetivas. Normas de procedimento regulam, por exemplo, a participação em processos de formação da opinião e da vontade, dirigidos argumentativamente, bem como a distribuição de papéis nesse processo, o leque temático e o seu próprio fluxo. Desta

maneira, os meios do direito são introduzidos reflexivamente, a fim de que discursos que normatizam o direito e os que o aplicam possam ser esperados socialmente em determinados lugares e em épocas determinadas.

Devido ao seu conteúdo idealizador, os pressupostos comunicativos gerais de argumentações só podem ser preenchidos de modo aproximado. Para julgar na perspectiva dos participantes, é necessário que os pressupostos pretensiosos da comunicação estejam suficientemente preenchidos, pois não existe um critério autônomo situado fora do processo. Isto constitui uma razão suficiente para manter aberta a possibilidade de rever as opiniões provisoriamente fundamentadas, à luz de novas informações e argumentos. O processo jurídico compensa esse falibilismo, na medida em que garante decisões inequívocas, obrigatórias e de acordo com o prazo. Pois, no processo jurídico, pode-se controlar, na perspectiva de um observador, se as normas do processo foram mantidas. Desde modo, a obrigatoriedade social de um resultado obtido conforme o processo, tomada de empréstimo ao direito, entra no lugar de uma racionalidade procedimental, apenas imanente, isto é, assegurada somente através da forma da argumentação. A institucionalização jurídica também tem o sentido de enxertar nos discursos e em sua racionalidade procedimental incompleta uma justiça processual quase pura, nas palavras de Rawls. Por este caminho, a lógica da argumentação não é silenciada, e sim, colocada a serviço da produção de decisões que têm força de lei.

A *regra da maioria*, segundo a qual questões específicas são decididas em tribunais colegiados, em parlamentos ou órgãos de autonomia administrativa, constitui um bom exemplo para um aspecto importante de uma regulamentação jurídica de processos de deliberação. A regra da maioria mantém uma relação interna com a busca da verdade, na medida em que a decisão tomada com maioria forma apenas uma cesura numa discussão em andamento, fixando de certa maneira o resultado provisório de uma formação discursiva da opinião. A partir daí, a decisão da maioria tem que surgir sob a premissa de que os objetos do conflito foram abordados de maneira qualificada, isto é, sob os pressupostos comunicativos de um discurso correspondente. Somente então pode-se considerar o seu conteúdo como o resultado racionalmente moti-

vado, porém falível, de uma argumentação que foi suspensa em relação às coerções institucionais de decisão – podendo ser retomada em princípio. As reservas contra decisões da maioria, que têm conseqüências irreversíveis, apóiam-se na interpretação segundo a qual a minoria inferiorizada só dá o seu consentimento e a autorização para a maioria, se ficar assegurada a possibilidade de que ela possa vir a conquistar a maioria no futuro, na base de melhores argumentos, podendo assim modificar a decisão ora tomada. Assim, por exemplo, o voto de uma minoria discrepante, que é ajuntado à fundamentação de uma resolução judicial em última instância, tem o sentido de fixar argumentos que poderiam convencer, em casos semelhantes, a maioria de um futuro colégio de juizes⁴³. Todavia, quando se trata de questões materiais (porém nem sempre em questões pessoais), as decisões discursivamente elaboradas da maioria não extraem *per se* sua força legitimadora da modificabilidade das condições de maioria⁴⁴; esta é, todavia, uma condição necessária para que a regra da maioria não subtraia a força legitimadora de um processo de argumentação que deve fundamentar a suposição da correção de decisões falíveis. Dependendo da matéria, é bom qualificar a maioria. Em geral, as decisões da maioria são limitadas por meio de uma proteção dos direitos fundamentais das minorias; pois os cidadãos, no exercício de sua autonomia política, não podem ir contra o sistema de direitos que constitui esta mesma autonomia⁴⁵. Quando se trata de compromissos, a regra da maioria desempenha um outro papel; em negociações, os resultados das votações fornecem indicadores para uma distribuição de poder, dada num certo contexto⁴⁶.

43 GUGGENBERGER, B. e OFFE, C. (Eds.). *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie*. Opladen, 1984.

44 GLUSY, Ch. “Das Mehrheitsprinzip im demokratischen Staat”, in: GUGGENBERGER, OFFE (1984), 61-82.

45 FRANKENBERG, G. e RÖDEL, U. *Von der Volkssouveränität zum Minderheitenschutz*. Frankfurt a/M., 1981

46 VARAIN, H. J. “Die Bedeutung des Mehrheitsprinzips”, in: GUGGENBERGER, OFFE (1984), 56: “Muitas dessas maiorias

O processo democrático que institucionaliza as formas comunicativas necessárias para uma formação política racional da vontade tem que satisfazer simultaneamente a diferentes condições da comunicação. A legislação realiza-se numa rede complexa de processos de entendimento e de práticas de negociação. Não obstante, os discursos pragmáticos e jurídicos – que aparecem no início e no final de nosso modelo processual⁴⁷ – podem ser tidos como uma coisa de especialistas. Se prescindirmos da organização da afluência e da elaboração dessas informações, o equilíbrio equitativo de interesses, o auto-entendimento ético e a fundamentação moral de regras são especialmente relevantes para o caráter racional de deliberações parlamentares. A formação política da opinião e da vontade, ultrapassando o nível pragmático, onde se procura saber o que *podemos fazer* em função de tarefas concretas, precisa esclarecer, em primeira linha, três questões, a saber: a que subjaz à formação de compromissos, onde se discute a *possibilidade de harmonizar entre si* preferências concorrentes; a questão ético-política acerca de nossa identidade pessoal e dos ideais que *acalentamos* realmente; e a questão prático-moral que nos leva a inquirir sobre o modo de *agir* para sermos justos. Em negociações nas quais se ponderam interesses, pode formar-se uma vontade geral *agregada*; em discursos hermenêuticos de auto-entendimento, uma vontade geral *autêntica*; em discursos morais de fundamentação e aplicação, uma vontade *autônoma*. Nesses discursos e negociações, os argumentos decisivos não são do mesmo tipo. A isso correspondem diferentes formas de comunicação, nas quais a argumentação se desenrola. À primeira vista, todas essas formas de comunicação revelam estruturas superficiais semelhantes, igualitárias. Porém uma abordagem diferenciada revela estruturas profundas que exigem o preenchimento de condições distintas em cada caso. Isso se mostra nas conseqüências que cada uma das

são apenas alianças temporárias... Porém, todas podem dissolver-se e unir-se, formando novas maiorias. A decisão da maioria constitui, pois, uma forma especial de expressão da vontade.

47 Cf. acima Cap. IV, seção II, (3).

formas de comunicação acarreta para a compreensão do *sistema representativo* e, em geral, para a relação entre parlamento e opinião pública.

Os deputados são geralmente escolhidos em eleições livres, iguais e secretas. Tal procedimento tem um sentido diretamente esclarecedor para a delegação de representantes, aos quais é conferido um mandato para *negociar compromissos*. Pois a participação numa prática de negociação regulada equitativamente exige a representação simétrica de todos os atingidos; ela deve garantir que os interesses e orientações valorativas tenham o mesmo peso nas negociações. O mandato para discutir tarifas, por exemplo, é circunscrito de modo muito preciso, ao passo que o mandato de representantes do povo permanece razoavelmente indeterminado, mesmo que se considere as negociações parlamentares exclusivamente sob o ângulo do equilíbrio de interesses; pois eleições políticas gerais, das quais resultam as representações populares, produzem um amplo feixe de interesses ou generalização de valores. E, enquanto nós considerarmos como função da política o equilíbrio dos interesses atuais, representados por mandatários eleitos, a discussão clássica sobre mandato obrigatório e não-obrigatório, ou seja, sobre a compreensão de uma vontade popular empírica ou hipotética, perde o seu ponto de referência.

Uma diferença entre a vontade popular empírica e a hipotética pode manifestar-se, quando as preferências que entram no processo político não são mais vistas como simples dados, e sim, como petições acessíveis à troca de argumentos, modificáveis através do discurso⁴⁸. Junto com a lógica que habita na formação política da opinião e da vontade, entra em jogo um momento da razão que modifica o sentido da representação. Quando deputados são eleitos como participantes de discursos conduzidos representativamente ou no lugar de outros, a escolha não tem inicialmente o significado de uma delegação do poder da vontade. A limitação social de

corporações representativas encontra-se, nesse momento, numa singular tensão com o livre acesso que os discursos conduzidos representativamente teriam que promover devido aos pressupostos comunicativos em que se baseiam.

Discursos ético-políticos têm que preencher condições comunicativas para um auto-entendimento hermenêutico de coletividades. Eles devem possibilitar uma autocompreensão autêntica e conduzir para a crítica ou fortalecimento de um projeto de identidade. O consenso no qual desagua uma autoconscientização coletiva bem-sucedida não é expressão de uma combinação – como no caso de um compromisso negociado – nem pura e simples convicção racionalmente motivada – como é o caso do acordo sobre questões de fato ou de justiça, obtido discursivamente. Nele se manifestam simultaneamente duas coisas: o autoconhecimento e a decisão para uma forma de vida. Para que isso aconteça, é necessário o preenchimento de certas condições de uma comunicação não-deformada sistematicamente, as quais protegem os participantes contra repressões, sem arrancá-los de seus genuínos contextos de experiências e de interesses. Discursos de auto-entendimento exigem a convivência reflexiva, corajosa e disposta a aprender com as próprias tradições culturais, formadoras da identidade. Em nosso contexto, é especialmente importante saber que, nos processos de autopersuasão, não pode haver não-participantes; em princípio, as tomadas de posição em termos de sim/não não podem ser delegadas a terceiros. *Todos* os membros têm que poder tomar parte no discurso, mesmo que os modos sejam diferentes. Cada um deve ter basicamente as mesmas chances de tomar posição, dizendo “sim” ou “não” a todos os proferimentos relevantes. Por isso, esses discursos que, por razões técnicas, têm que ser conduzidos representativamente não podem ser interpretados segundo o modelo do lugar-tenente, pois eles constituem apenas o foco ou ponto central organizado da circulação social comunicativa de uma esfera pública geral não-organizável. A participação simétrica de todos os membros exige que os discursos conduzidos representativamente sejam porosos e sensíveis aos estímulos, temas e contribuições, informações e argumentos fornecidos por uma esfera pública pluralis-

48 FRAENKEL, E. “Die repräsentative und plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat”, in: *id. Deutschland und die westlichen Demokratien*. Frankfurt a/M., 1991, p. 153-203.

ta, próxima à base, estruturada discursivamente, portanto diluída pelo poder.

Conseqüências semelhantes resultam dos pressupostos comunicativos de *discursos morais*, sob os quais cada participante pode assumir as perspectivas de todos os outros. Quem participa de argumentações morais tem que partir da idéia do preenchimento suficiente dos pressupostos pragmáticos necessários para uma prática de entendimento pública, acessível a todos e livre de coerção interna e externa, os quais admitem apenas a força racionalmente motivadora do melhor argumento. A improbabilidade da existência real dessa forma comunicativa impõe a realização advocatícia dos discursos de fundamentação moral. Isso, porém, não significa um alívio para a composição e o caráter das corporações que instauram discursos de fundamentação representativos. Pois, neles, a representatividade significa que a escolha dos deputados abre espaço para um espectro amplo de possíveis perspectivas de interpretação, introduzindo a autocompreensão de grupos marginais que têm suas próprias cosmovisões. Nas discussões morais, ao contrário das ético-políticas, o círculo dos possíveis atingidos não se limita aos membros da própria coletividade. O ponto de vista moral, sob o qual políticas e leis são submetidas a um delicado teste de generalização, exige uma abertura incondicional das deliberações institucionalizadas para o fluxo de informações, para a pressão dos problemas e o potencial de estímulo da opinião pública não-organizada. Ao mesmo tempo, o ponto de vista moral transcende as fronteiras de qualquer comunidade jurídica concreta, introduzindo uma distância em relação ao etnocentrismo da vizinhança mais próxima.

O equilíbrio político de interesses exige a escolha de delegados encarregados das tarefas de formação de compromissos; o modo de escolha deve cuidar para que haja uma representação equitativa de situações de interesses e de preferências dadas. Auto-entendimento coletivo e fundamentação moral exigem, ao contrário, a escolha de participantes, em discursos conduzidos representativamente; o modo de escolha precisa garantir uma inclusão de todas as perspectivas de interpretação relevantes, mediada através de decisões pessoais. Além disso, da lógica dos discursos da justiça e do

auto-entendimento resultam argumentos normativamente cogentes para abrir a formação institucionalizada, porém porosa, da opinião e da vontade política aos círculos informais da comunicação política geral. No quadro de uma discussão de princípios do Estado de direito, trata-se do significado constitucional de um *conceito normativo de esfera pública*⁴⁹. A formação política da vontade, organizada em formas de um poder político legislativo, destruiria a base civil de seu próprio funcionamento racional, caso ela tapasse as fontes espontâneas das esferas públicas autônomas e se encapsulasse em relação ao fluxo de temas, contribuições, informações e argumentos, que flutuam livremente numa esfera pré-política estruturada igualitariamente. As corporações parlamentares devem trabalhar sob os parâmetros de uma opinião pública que, de certo modo, é destituída de sujeito, a qual, porém, não pode formar-se num vácuo, uma vez que pressupõe, como pano de fundo, uma cultura política liberal. Quando o sistema dos direitos explicita as condições sob as quais os cidadãos podem reunir-se numa associação de membros livres e iguais do direito, então se reflete na cultura política de uma população o modo como ela compreende intuitivamente o sistema dos direitos no seu contexto histórico e vital. Para se transformarem numa força impulsionadora do projeto dinâmico da realização de uma associação de livres e iguais, os princípios do Estado de direito devem situar-se no contexto da história de uma nação de cidadãos e ligar-se aos motivos e aos modos de sentir e de pensar deles!⁵⁰.

Neste modelo de comunicação, a *relação entre parlamento e esfera pública* não se apresenta da mesma maneira que na visão clássica da democracia representativa ou plebiscitária. Segundo o princípio *stat pro ratione voluntas*, a *teoria plebiscitária* toma como

49 HABERMAS, J. "Soberania do povo como processo. Um conceito normativo da esfera pública". Cf. segundo volume do presente trabalho.

50 TAYLOR, Ch. "The Liberal-Communitarian Debate", in: ROSENELUM, N. (Ed.). *Liberalism and the Moral Life*. Cambridge, Mass. 1989, 176ss. Sobre o conceito "nação de cidadãos", cf. HABERMAS, J. "Cidadania e identidade nacional" in: *id. Direito e democracia*, 2º vol.

ponto de partida a noção voluntarista, segundo a qual existe uma vontade popular hipotética, a qual expressa o respectivo interesse comum e que, no entanto, converge, sob condições de autodeterminação democrática, com a vontade popular empírica. De outro lado, a *teoria da representação*, invertendo o dito de Hobbes: *auctoritas non veritas facit legem*, parte da idéia racionalista segundo a qual o bem comum hipotético só pode ser estabelecido deliberativamente no nível das corporações representativas separadas da vontade popular empírica. C. Schmitt integrou ambas as versões em sua reconstrução ideal-típica do parlamentarismo burguês. Ele entende a força plebiscitária de uma vontade popular supostamente homogênea como a raiz da qual brota a formação discursiva da opinião e da vontade do parlamento: “*O parlamento do Estado constitucional burguês é ... o lugar no qual acontece uma discussão pública das opiniões políticas. Maioria e minoria, partido do governo e oposição, buscam a resolução correta através da discussão de argumentos e contra-argumentos. Enquanto o parlamento representa a razão e a cultura nacional, e enquanto a inteligência do povo se reúne nele, pode surgir uma discussão genuína, isto é, pode surgir no discurso e contra-discurso público a vontade geral genuína do povo, como uma ‘volonté générale’.* O povo não pode discutir por si mesmo..., ele só pode aclamar, votar e dizer ‘sim’ ou ‘não’ às perguntas que lhe são apresentadas”. Disso resulta, segundo ele, o pensamento principal do parlamentarismo: “*O parlamento representa a nação inteira enquanto tal e, nesta qualidade e em discussões e deliberações públicas, promulga leis, isto é, normas racionais, justas e gerais, que determinam e regulam a inteira vida política!*”⁵¹ •

O curioso é que C. Schmitt julga poder apoiar esta sua tese numa frase de Marx, cujo teor, no entanto, é o contrário. Pois Marx sabe naturalmente que o primitivo liberalismo não tinha a intenção de *reservar* a discussão pública para as corporações parlamentares: “*O regime parlamentar vive da discussão, como pode impedir a discussão? ... A disputa dos oradores na tribuna*

*provoca a luta dos garotos da imprensa, o clube de debates no parlamento completa-se necessariamente através dos clubes de debates nos salões e nos bares ... O regime parlamentar entrega tudo à decisão das maiorias, como poderiam as maiorias querer decidir só no parlamento? Se vós tocais violino nos pináculos do Estado, o que há de estranho se embaixo eles dançam?”*⁵². Por isso E. Fraenkel, apoiando-se em argumentos empíricos e numa teoria liberal do processo político constitucional, pode objetar contra C. Schmitt que a formação discursiva da opinião e da vontade não se limita, de forma nenhuma, aos parlamentos. Porque as circulações comunicativas nos diferentes níveis da esfera pública política, dos partidos políticos e das associações, das corporações parlamentares e dos governos, estão articuladas, influenciando-se mutuamente⁵³.

Esse pensamento só pode ser desenvolvido num modelo comunicativo que se distancia das representações concretistas que vêem no povo uma entidade. Por isso, ele procura interpretar *de modo estruturalista* o engate da formação institucional da opinião e da vontade na formação informal da opinião que acontece em esferas públicas mobilizadas culturalmente. Esse engate não pode dar-se através da homogeneidade do povo ou da identidade da vontade popular, nem através da identidade de uma razão à qual se atribui a capacidade de *descobrir* um interesse geral homogêneo que estaria na base de tudo⁵⁴. A interpretação da teoria do discurso não se afina com as interpretações clássicas. Quando a soberania comunicativamente diluída dos cidadãos se faz valer no poder dos

51 SCHMITT, C. *Verfassungslehre*. Berlim, 1928, 315s.

52 MARX, K. *Der 18. Brumaire des Louis Napoleon*. Berlim, 1953, 61.

53 FRAENKEL, E. “Parlament und öffentliche Meinung”, in: FRAENKEL (1991), 209: “A teoria da ‘representação virtual’ e a utopia da ‘volonté générale’ distanciam-se da moderna idéia de uma interdependência entre parlamento e opinião pública, tidos como componentes autônomos, porém inseparáveis...”.

54 Cf. minha crítica a C. Schmitt in: HABERMAS, J. “Die Schrecken der Autonomie”, in: *id. Eine Art Schadensabwicklung*. Frankfurt a/M., 1987, 101-114.

discursos públicos que resultam de esferas públicas autônomas e *procedem democraticamente*, tomando forma em resoluções de corporações legislativas *politicamente responsáveis*, não se sufoca o pluralismo das convicções e interesses, o qual é liberado e reconhecido em compromissos e decisões da maioria. A unidade de uma razão inteiramente procedimentalizada se recolhe então na estrutura discursiva de comunicações públicas. Ela não legitima nem isenta de coerção nenhum consenso que não tenha passado pela reserva falibilista e que não tenha sido exercitado na base anárquica de liberdades comunicativas não-circunscritas. No cambaleio dessa liberdade não há mais pontos fixos além do próprio processo democrático - um procedimento cujo sentido já está contido no sistema dos direitos.

3

A clássica divisão de poderes é explicada através de uma diferenciação das funções do Estado: enquanto o legislativo fundamenta e vota programas gerais e a justiça soluciona conflitos de ação, apoiando-se nessa base legal, a administração é responsável pela implementação de leis que necessitam de execução. Ao decidir autoritariamente no caso particular o que é direito e o que não é, a justiça elabora o direito vigente sob o ponto de vista normativo da estabilização de expectativas de comportamento. A realização administrativa elabora o conteúdo teleológico do direito vigente, na medida em que este confere forma de lei a políticas e dirige a realização administrativa de fins coletivos. Sob pontos de vista da lógica da argumentação, os discursos jurídicos servem para a aplicação de normas, ao passo que a racionalidade da atividade administrativa é assegurada através de discursos pragmáticos.

Em certas circunstâncias (levando-se em conta fontes limitadas, prazos, relutâncias de aceitação e outras restrições), estes (discursos pragmáticos) são talhados para a escolha das tecnologias e das estratégias apropriadas para a concretização dos valores e fins existentes na legislação: *“Administration is the process of realizing stated values in a world of contingent facts. The legitimating ideals of administration are accuracy and efficiency. Ad-*

*ministrators are to discover and undertake those actions that will be instrumental to the achievement of specified ends, without, of course, forgetting that no particular goal or end exhausts the collective demand for a good life. Administrators are to do the job assigned in a cost-effective fashion. Because values are specified, administration is oriented toward facts – some concrete or historical ‘What is the world like?’, some probabilistic ‘What actions in that world will cause it to conform to the goals that have been stated?’. Answering these sorts of questions implies an investigative turn of mind. Doing so efficiently generally requires division of labor and hierarchical control – in short, bureaucracy ... It surely makes a difference to the maintenance of the possibility of liberal autonomy and to democratic participation that officials have discretion bound by stated and general policies, structured by hierarchical authority, exercised in a procedurally regular fashion, and reviewed for rough conformity to some paradigm of instrumental rationality”!*⁵⁵ • No direito comunal alemão, a divisão funcional de poderes, fundada na lógica da argumentação, implica uma determinação administrativa de tarefas que foge aos padrões, tanto da burocracia ministerial, que prepara as leis, como das corporações de auto-administração, uma vez que ela se inspira no tipo de administração “referido” exclusivamente aos meios e às matérias. Ora, a realização profissional dessa função constitui um componente importante da legitimação da administração no Estado de direito democrático. Contudo, a sua legitimação não se esgota aí.

Pois, na perspectiva da teoria do poder, a lógica da divisão dos poderes só faz sentido, se a separação funcional garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao comunicativo. Para que os cidadãos politicamente autônomos possam ser considerados autores do direito, ao qual estão submetidos enquanto sujeitos privados, é necessário que o direito legitimamente estatuído por eles determine

55 MASHAW, J. L. *Due Process in the Administrative State*. New Haven, 1985, 230.

a *direção* da circulação do poder político. Para isso contribui, por exemplo, a nível de governo, a autorização do pessoal dirigente através dos eleitores, em votações gerais; contribui especialmente o princípio de conformidade à lei, de uma administração que deve estar submetida ao controle parlamentar e judicial. O controle refere-se a dois aspectos da atividade administrativa: ao caráter profissional da execução da lei e à observância das atribuições normativas que a legalidade da execução e, com isso a reserva da lei, garantem para intervenções administrativas. A racionalidade de um cumprimento competente de tarefas por parte de especialistas não protege contra uma auto-autorização *paternalista* e uma autoprogramação dos órgãos executivos⁵⁶. A lógica da distribuição de poderes não exige apenas que a passagem da administração para o estágio de uma execução profissional de suas tarefas seja feita sob premissas que não estão sob o seu controle, pois o poder executivo deve ficar limitado à *aplicação* do poder administrativo no quadro das leis.

Essa ligação da administração à lei não pode ser confundida com uma outra espécie de mecanismo limitador do poder. A divisão regional e funcional do poder administrativo numa administração estruturada de modo federativo, bem como a subdivisão do executivo em administrações especiais e universais seguem o modelo de “checks and balances” – da distribuição do poder no interior de uma divisão funcional de poderes, já realizada. Esta distribuição do poder administrativo está acoplada apenas indiretamente à lógica da divisão de poderes, a saber, na medida em que a descentralização do aparelho administrativo tem efeitos de blo-

56 Sobre esse modelo de administração expertocrática, cf. MASHAW (1985), 19: “By virtue of constant exposure to a single type of problem, as well as by selection of personnel with specialized training the administrative agency could bring to bear an expertise that generalist courts and generalist legislatures could rarely hope to match. Although the agency may not have the requisite scientific knowledge or technical expertise to effect final solutions at the inception of its operations, the expertise model of administration imagines that over time experience and research will produce increasingly sound administrative judgements”.

queio, de retardamento e de moderação, que abrem a administração em geral a controles externos.

Se o direito deve ser normativamente fonte de legitimação e não simples meio fático da organização do poder, então o poder administrativo tem que ser retroligado ao poder produzido comunicativamente. Essa retroligação do poder administrativo teleológico ao poder comunicativo, que produz o direito, pode realizar-se através de uma divisão funcional dos poderes, porque a tarefa do Estado de direito democrático consiste, não apenas em distribuir equilibradamente o poder político, mas também em despi-lo de suas formas de violência através da racionalização. A domesticação jurídica do poder político natural não pode, no entanto, ser entendida como disciplinação de um poder contingente da vontade, incontrolável em sua substância. Ao contrário, ela dissolve essa substância e a transporta para um “domínio das leis”, no qual se expressa apenas a auto-organização da comunidade jurídica politicamente autônoma. O ponto mais interessante do direito racional que opera com a idéia rousseauiana e kantiana da autodeterminação é a união entre razão prática e vontade soberana, a qual liberta o poder político de tudo aquilo que é apenas natural, conformando o exercício do poder político ao exercício da autonomia política dos cidadãos.

Por esta razão, o *conceito de lei* constitui o elemento básico nas construções jurídicas do Estado de direito burguês. Quando se entende a lei como uma norma geral que obtém validade através do assentimento da representação popular, num procedimento caracterizado pela discussão e pela esfera pública, nela se unem dois momentos: o do poder de uma vontade formada intersubjetivamente e o da razão do processo legitimador. A lei democrática passa então a ser caracterizada através da “combinação da arbitrariedade de decisões judiciais com a não-arbitrariedade de seus pressupostos procedimentais”⁵⁷. O que garante a justiça da lei é a gênese democrática e não os princípios jurídicos *a priori*, aos quais o direito deveria corresponder. “A justiça da lei é garantida através do processo especial de seu surgimen-

57 MAUS, I. “Zur Theorie der Institutionalisierung bei Kant”, in: GÖHLER, G. et al. (Eds.). *Politische Institutionen im gesellschaftlichen Umbruch*. Opladen, 1990, 358ss.

to”!58 Com isso não se ameaça a primazia da constituição perante a legislação; pois uma constituição, que configura e interpreta o sistema dos direitos, não contém “nada mais do que os princípios e condições do processo legislativo que não pode ser interrompido”!59.

Todavia, a divisão liberal dos poderes apóia-se numa interpretação estreita desse conceito de lei. Ela caracteriza a lei através de princípios semânticos gerais e abstratos e considera preenchido o princípio da legalidade da administração, quando a execução administrativa se limitar rigorosamente a uma concretização do conteúdo normativo geral, de modo adequado às circunstâncias. Na linha dessa interpretação, a lei não deve a sua legitimidade ao processo democrático, mas à sua forma gramatical. O encurtamento semântico propõe uma interpretação da divisão de poderes, seguindo uma lógica de subsunção. Segundo esta linha, a ligação do legislativo à constituição e a ligação do executivo à lei medir-se-ia pela subordinação lógica dos conteúdos normativos mais específicos aos mais gerais: medidas, estatutos e decretos têm que subsumir-se à lei, do mesmo modo que as leis simples se subordinam à norma constitucional. Nesta ótica, a lógica da divisão de poderes poderia ser operacionalizada com o auxílio de relações de inclusão. Tal explicação, ao mesmo tempo econômica e elegante, que manteve até hoje sua força sugestiva, levantou objeções que não se dirigem, em primeira linha, à lógica da divisão dos poderes, mas à sua *interpretação liberal*.

Pois o esquema clássico da divisão dos poderes perde sua atualidade, à medida que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais, assumindo a forma de programas finalísticos. Também estas leis materializadas surgem, via de regra, como normas gerais, formuladas sem nomes próprios e dirigidas a muitos destinatários indeterminados. Elas contêm, todavia, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados ou concretos, finalidades que servem de

58 MAUS (1978), 15.

59 MAUS (1990), 374s. Sobre a passagem do direito material para o procedimental em Kant cf. tb. MAUS, I. *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*. Frankfurt a/M., 1992, 148ss.

medida, que abrem à administração um amplo espaço de opinião. Como consequência do desenvolvimento que culminou no intervencionismo estatal, foram se materializando espaços cada vez mais amplos do direito; por isso, uma administração planejadora, executora e configuradora não pode mais restringir-se à implementação técnica de normas gerais e suficientemente determinadas, sem levar em conta questões normativas. Esse desenvolvimento, muito bem fundamentado e discutido na Alemanha⁶⁰, vale também para os EUA e outros países semelhantes: “*When Congress requires the newer administrative agencies, under statutes such as the Water Quality Act, the Airs Quality Act, the Consumer Product Safety Act, the Occupational Safety and Health Act, the Motor Vehicle Safety Act, or the Toxic Safety Act, to make trade-offs between the need for public health or safety and the need for employment, product diversity, and a vibrant economy, it seems clear the administrators must make value choices that outrun any definition of technical or professional competence. Administrative discretion to choose among competing social values thus undermines the ... transmission belt ... model of administrative legitimacy*”⁶¹.

Esse tipo de objeções revela que o princípio da legalidade da administração, no modelo da execução de leis gerais, não está formulado de maneira suficientemente abstrata, em dois sentidos: em primeiro lugar, os princípios do Estado de direito têm que ser colocados como independentes em relação a qualquer ordem jurídica histórica e em relação a qualquer *forma concreta de institucionalização*. Neste nível da análise, no qual eu me movimento até hoje, só se trata das institucionalizações necessárias em geral, não da concretização dos princípios em instituições políticas dadas. A constituição de diferentes poderes do Estado e a separação abstrata de suas funções não significa, entretanto, a diferenciação de um igual número de organizações. Por isso, uma certa reação ao espaço alargado de opiniões de burocracias socialistas se traduziu na tentativa de

60 MAUS, I. “Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen”, *in: id.* (1986), 277-331.

61 MASHAW (1985), 22.

embutir novas formas de participação e de estruturas do discurso no decurso da decisão administrativa, a fim de afastar o perigo de uma autoprogramação indesejável. Os clientes atingidos obtiveram novos direitos procedimentais em relação aos funcionários: “*Rather than imposing new decisional criteria or priorities on administrators, courts required that decisions be taken only after listening to the views or evidence presented by interests that traditionally had not been presented in the administrative process. All of these techniques tended to broaden, intensify or redefine the participation of affected parties in the administrative process*”⁶². Certamente a introdução de processos de escuta, em forma de tribunal, e de outras formas de participação no processo administrativo, evocou novos perigos, que Mashaw aborda sob os tópicos “overintrusion” e “underprotection”. No entanto, essa crítica também se apóia em medidas normativas, extraídas da lógica da divisão dos poderes.

Os princípios, no entanto, têm que ser formulados de maneira suficientemente abstrata, e não apenas fora das formas cambiantes de sua institucionalização. Também o conceito semântico da norma geral, ao qual a lógica da divisão dos poderes foi amarrada, continua prejulgando em demasia. A função de charneira, preenchida pela lei, na construção do Estado de direito que divide os poderes, não pode ser explicada suficientemente sob pontos de vista semânticos. O olhar tem que dirigir-se mais aos discursos e negociações nos quais se forma a vontade do legislador e ao potencial de argumentos pelos quais as leis se legitimam. Na perspectiva da teoria do discurso, as funções da legislação, da justiça e da administração podem ser diferenciadas de acordo com as formas de comunicação e potenciais de argumentos correspondentes. Leis regulam a transformação do poder comunicativo em administrativo, na medida em que surgem de acordo com um procedimento democrático, no qual fundam uma proteção do direito garantido por tribunais independentes e no qual *subtraem* da administração implementadora o tipo de argumentos normativos portadores das resoluções legislativas e das decisões judiciais. Esses argumentos normativos fazem parte de um universo no qual

o legislativo e a jurisprudência distribuem entre si o trabalho de fundamentação das normas e o da sua aplicação. Uma administração limitada a discursos pragmáticos não pode mover nada *nesse* universo com contribuições próprias; ao mesmo tempo, ela extrai dele as premissas normativas que ela precisa colocar na base de suas próprias decisões teleológicas informadas empiricamente.

Do ponto de vista da lógica da argumentação, a separação entre as competências de instâncias que fazem as leis, que as aplicam e que as executam, resulta da *distribuição das possibilidades de lançar mão de diferentes tipos de argumentos* e da subordinação de formas de comunicação correspondentes, que estabelecem o modo de tratar esses argumentos. Somente o legislador político tem o poder ilimitado de lançar mão de argumentos normativos e pragmáticos, inclusive os constituídos através de negociações equitativas, isso porém, no quadro de um procedimento democrático amarrado à perspectiva da fundamentação de normas. A justiça não pode dispor arbitrariamente dos argumentos enfeixados nas normas legais; os mesmos argumentos, porém, desempenham um papel diferente, quando são aplicados num discurso jurídico de aplicação que se apóia em decisões consistentes e na visão da coerência do sistema jurídico em seu todo. A administração não constrói nem reconstrói argumentos normativos, ao contrário do que ocorre com o legislativo e a jurisdição. As normas sugeridas amarram a persecução de fins coletivos a premissas estabelecidas e limitam a atividade administrativa no horizonte da racionalidade pragmática. Elas autorizam as autoridades a escolher tecnologias e estratégias de ação, com a ressalva de que não sigam interesses ou preferências próprias – como é o caso de sujeitos do direito privado.

As palavras “legislador”, “justiça” e “administração” sugerem uma compreensão demasiado concreta, determinada pelas formas de institucionalização, que falseia o nível de abstração da teoria do discurso, no qual esboçamos as *funções* da legislação, da aplicação e da execução. Para avaliar as formas concretas de institucionalização de princípios que resultam da lógica da divisão dos poderes, é preciso adotar os pontos de vista abstratos da disposição sobre diferentes tipos de argumentos e da subordinação de formas de comunicação correspondentes. Na medida em que, por exemplo, a implementação de programas teleológicos sobrecarrega a administra-

62 MASHAW (1985), 26s.

ção com tarefas relacionadas com o aprimoramento do direito e com a aplicação da lei, a base de legitimação das estruturas administrativas tradicionais não é mais suficiente. Então a lógica da divisão dos poderes precisa ser realizada em estruturas modificadas - por exemplo, através da introdução de formas de comunicação e de participação correspondentes ou através do estabelecimento de processos judiciais ou parlamentares, de processos da formação de compromissos, etc.⁶³. Tratarei melhor disso no último capítulo.

63 A auto-administração comunal, por exemplo, proíbe a subordinação linear de princípios do Estado de direito sob formas correspondentes de sua realização organizatória. Tal administração não pode, como é sabido, ser espremida no esquema clássico da divisão dos poderes. Sob pontos de vista jurídicos, a introdução da auto-administração comunal na administração geral do Estado só pode dar-se porque “o direito comunal é, em sua essência, direito de organização, encontrando-se, pois numa relação de interdependência com o direito de organização da nação” (CZYBULKA, D. *Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung*. Heidelberg, 1989, 195). Entretanto, se considerarmos as coisas sob o ponto de vista funcional, a descentralização de autorizações abrangentes possibilita um entrelaçamento organizatório de funções do Estado, a qual está em consonância com a lógica da divisão de poderes. Mesmo que as comunidades não disponham de uma competência legisladora, apenas de uma autonomia regulamentadora. A legitimação através de eleições gerais e referidas a pessoas, a forma parlamentar de formação da vontade, a participação de leigos, etc., possibilitam aos participantes das comunidades uma influência forte sobre os programas e sobre o processo de uma administração universal. Por isso, é difícil impor o princípio da separação entre Estado e sociedade. Tal organização não é imune à pressão informal exercida por pessoas ou grupos poderosos. O exemplo da auto-administração comunal lembra apenas que os princípios do Estado de direito não podem ser copiados diretamente no nível organizatório das instituições políticas ou no do processo político. Entretanto, nem todos os fenômenos que falam contra o esquema clássico de divisão dos poderes fornecem objeções contra a lógica da divisão de poderes.

V. INDETERMINAÇÃO DO DIREITO E RACIONALIDADE DA JURISPRUDÊNCIA

Introduzimos o sistema dos direitos e os princípios do Estado de direito sob o enfoque do direito racional. O fato de termos passado da perspectiva da teoria do contrato para a da teoria do discurso não implica numa mudança do nível de abstração. As referências fortuitas e ilustrativas aos sistemas jurídicos da Alemanha e dos Estados Unidos pretendem lembrar apenas que os princípios do Estado de direito e os direitos fundamentais, apesar de serem determinados *in abstracto*, só são encontráveis em constituições históricas e sistemas políticos. Eles são interpretados e incorporados em ordens jurídicas concretas, através do direito constitucional ou da realidade constitucional das instituições e processos políticos. Tudo isso é objeto da ciência política e do direito do Estado internacional comparado, os quais atingem indiretamente o nosso tema. Ordens jurídicas concretas não representam apenas variantes distintas da realização dos mesmos direitos e princípios; nelas refletem-se também diferentes paradigmas jurídicos. Com isso, tenho em mente as concepções exemplares de uma comunidade jurídica a respeito da seguinte pergunta: de que modo o sistema de direitos e os princípios do Estado de direito podem ser realizados no contexto da respectiva sociedade?

Um paradigma jurídico não consegue explicar o modo como os princípios do direito e os direitos fundamentais preenchem contextualmente as funções que lhes são atribuídas normativamente, a não ser que lance mão de um modelo de sociedade contemporânea. Um “modelo social do direito” (Wieacker) contém implicitamente uma teoria social do sistema jurídico; portanto, uma imagem que esse sistema constrói acerca de seu ambiente

social. A partir daí, o paradigma do direito esclarece o modo como os direitos fundamentais e os princípios do Estado de direito devem ser entendidos e realizados no quadro de tal modelo. O direito formal burguês e o direito materializado do Estado social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na moderna história do direito, continuando a ser fortes concorrentes. Interpretando a política e o direito à luz da teoria do discurso, eu pretendo reforçar os contornos de um terceiro paradigma do direito, capaz de absorver os outros dois. Eu parto da idéia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito. Antes de entrar na discussão propriamente dita dos paradigmas, eu gostaria de retomar, nos dois capítulos seguintes, o princípio da filosofia do direito que preparei, introduzindo o sistema dos direitos e dos princípios do Estado de direito na linha de uma teoria do discurso, e torná-lo plausível sob pontos de vista da teoria do direito, portanto no enforque de um sistema jurídico *em sentido mais estrito*.

Para sistemas jurídicos modernos, recomenda-se uma dupla delimitação. Ao direito, enquanto sistema de ação, podemos subordinar a totalidade das interações reguladas através de normas. Luhmann, por exemplo, define o direito, neste *sentido mais amplo*, como o sistema social parcial, especializado na estabilização de expectativas de comportamento. Ele se compõe de todas as comunicações sociais formuladas tendo como referência o direito¹. Ora, o sistema de direitos *em sentido mais estrito* ultrapassa essa concepção. Ele abrange todas as interações, também as que não se orientam pelo direito, podendo produzir direito novo e reproduzi-lo enquanto tal. Para a institucionalização do sistema jurídico neste sentido, necessita-se da auto-aplicação do direito através de regras secundárias que constituem e transmitem as competências da normatização, da aplicação e da imposição do direito. Os “poderes” do Estado, da legislação, da justiça e da administração distinguem-se de acordo com essas funções.

1 LUHMANN, N. *Ausdifferenzierung* (1981), 35ss.

Se considerarmos as coisas pelo lado empírico, constataremos que há várias instituições envolvidas nessa produção e reprodução do direito em sociedades como a nossa, que preenchem simultânea e respectivamente várias funções. No Estado democrático de direito, compete à legislação política a função central. Dela participam, não somente partidos, eleitorado, corporações parlamentares e governo, mas também a prática de decisão dos tribunais e das administrações, na medida em que estes se autoprogramam. A função da aplicação de leis não é assumida apenas por instâncias da jurisdição no horizonte da dogmática jurídica e da esfera pública jurídica, mas também, implicitamente, por administrações. A função de execução das leis é exercida pelo governo e pela administração, indiretamente também por tribunais. Uma parte dessas funções jurídicas é delegada pelos órgãos do Estado a corporações privadas ou semipúblicas.

Eu incluo no sistema jurídico em sentido amplo os sistemas de ação regulados juridicamente, no interior dos quais surge uma esfera nuclear da produção privada e autônoma de atos jurídicos, constituída através de um direito reflexivo, contra decursos de ação dirigidos por normas jurídicas materiais. Além do mais, há uma estratificação entre os domínios de ação organizados formalmente, os constituídos com forma jurídica e os que apenas superficialmente têm forma jurídica, os quais são regulados primariamente por instituições situadas fora do direito. Em domínios organizados formalmente, como é o caso da economia ou do aparelho do Estado, todas as interações são conduzidas pelo direito e referidas a ele, inclusive na perspectiva do ator, ao passo que, em domínios como o da família ou da escola, os atores tomam consciência do direito apenas em caso de conflito².

Essas poucas indicações são suficientes para uma localização grosseira do sistema jurídico em sentido estrito. É uma teoria discursiva do direito precisa comprovar-se, inicialmente, nesse nível. Ora, a *teoria do direito*, ao contrário das teorias filosóficas

2 Antes da irrupção do conflito, eles não têm uma “consciência do direito” em relação à proteção dos próprios interesses.

da justiça, movimenta-se nos limites de ordens jurídicas concretas. Extrai os seus dados do direito vigente, de leis e casos precedentes, de doutrinas dogmáticas, de contextos políticos da legislação, de fontes históricas do direito, etc. Ao contrário da filosofia, a teoria do direito não pode desprezar os aspectos resultantes do nexo interno entre direito e poder político, principalmente a questão da permissão jurídica para o emprego da força legítima por parte do Estado³. De outro lado, a teoria do direito, unindo-se à dogmática jurídica, privilegia a perspectiva jurídica. Isso se explica a partir do valor posicional funcional da jurisdição no interior do sistema jurídico mais estreito. Uma vez que todas as comunicações a nível do direito apontam para pretensões reclamáveis judicialmente, o processo judicial constitui o ponto de fuga para a análise do sistema jurídico. A escolha desta perspectiva de pesquisa significa apenas uma determinação metódica, não uma restrição da análise no âmbito da jurisdição. A teoria do direito abrange, não somente a legislação e a administração, portanto todos os sistemas parciais que se ocupam reflexivamente da produção e reprodução do direito, mas também o sistema jurídico, em sentido mais amplo. Ela se distingue da dogmática jurídica através da pretensão de produzir uma teoria da ordem jurídica em sua totalidade. E, nisso, ela leva em conta as perspectivas dos outros participantes, ao introduzir na própria perspectiva de esclarecimento, que é a do jurista especializado, os papéis do legislador político, da administração e dos membros do direito (enquanto clientes ou cidadãos)⁴. Ao analisarmos o conceito de direito de Ronald Dworkin, que o considera um *medium* para a garantia da integridade da sociedade como um todo, iremos

3 Sob este ponto de vista, R. Dworkin faz a distinção entre “law” e “justice”, direito legal e justiça: “Justice is a matter of the correct or best theory of moral and political rights... Law is a matter of which supposed rights supply a justification for using or withholding the collective force of the state because they are included in or implied by actual political decisions of the past”. (DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge, Mass. 1986, 97).

4 Cf. DREIER, R. *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*. Tübinga, 1975; MACCORMICK, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, 1978.

descobrir que nela também vem à tona a autocompreensão coletiva dos membros do direito. No entanto, a teoria do direito continua sendo, em primeira linha, *teoria da jurisdição* e do discurso jurídico.

A tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas. Discutirei inicialmente quatro interpretações exemplares do direito, que prevêem diferentes soluções para o problema da racionalidade da jurisdição (Seção I). É bastante interessante a proposta de Ronald Dworkin, que projeta as suposições de racionalidade da prática de decisão judicial no nível de uma reconstrução racional do direito vigente. Ele coloca sua teoria sob o enfoque de exigências ideais, as quais desencadearam uma viva discussão (Seção II). As objeções de F. Michelman contra o princípio solipsista de Dworkin abrem o caminho para um teoria intersubjetivista do discurso jurídico. Entretanto, a tese defendida nesse contexto, segundo a qual o discurso jurídico tem que ser visto como um caso especial de aplicação do discurso moral, não faz jus à relação complexa entre justiça e legislação (Seção III).

I. Hermenêutica, realismo e positivismo.

1

Uma teoria da justiça diretamente normativa e que, ao tentar justificar princípios para a construção de uma sociedade bem ordenada, opera num plano situado acima das instituições e tradições existentes, tem que enfrentar o problema da relação entre idéia e realidade. Ora, aquilo que constitui o problema final para uma teoria já pronta, passa a ser o problema inicial de uma teoria do direito que opera no âmbito do direito vigente. Vimos como a tensão entre facticidade e validade se introduz na categoria do direito, manifestando-se nas duas dimensões da validade jurídica. O direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica; de outro lado, os processos racionais da normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das

expectativas de comportamento assim estabilizadas - as normas *merecem* obediência jurídica e devem poder ser seguidas a qualquer momento, inclusive por respeito à lei. No nível da prática da decisão judicial, as duas garantias precisam ser resgatadas simultaneamente. Não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidi-las obrigatoriamente perante o tribunal, pelo caminho da ação. Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente. E, uma vez que ambas nem sempre estão de acordo, é necessário introduzir duas séries de critérios na prática da decisão judicial.

De um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. E aí o direito vigente aparece como um emaranhado intransparente de decisões pretéritas do legislador e da justiça ou de tradições do direito consuetudinário. E essa história institucional do direito forma o pano de fundo de toda a prática de decisão atual. Na positividade do direito refletem-se também as contingências desse contexto de surgimento. De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. Os julgamentos dos juízes, que decidem um caso atual, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, pretendem validade à luz de regras e princípios legítimos. Nesta medida, as fundamentações têm que emancipar-se das contingências do contexto de surgimento. E a passagem da perspectiva histórica para a sistemática acontece explicitamente, quando a justificação interna de um juízo, apoiada em premissas dadas preliminarmente, cede o lugar à justificação externa das próprias premissas⁵. As decisões judiciais,

5 WROBLEWSKI, J. "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", in: *Rechtstheorie*, 5, 1974.

do mesmo modo que as leis, são "criaturas da história e da moral: o direito de propriedade, que um indivíduo tem na sociedade burguesa, depende não somente da prática, mas também da justiça de suas instituições políticas"⁶.

O problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a *segurança jurídica* e a *correção*. Quando se parte da idéia de que a opção do direito natural, que simplesmente subordinava o direito vigente a padrões suprapositivos, não está mais aberta, oferecem-se três alternativas para o tratamento dessa questão central da teoria do direito, a saber: (a) a da hermenêutica jurídica; (b) a do realismo; (c) a do positivismo jurídico.

(a) A hermenêutica jurídica teve o mérito de contrapor ao modelo convencional, que vê a decisão jurídica como uma subsunção do caso sob uma regra correspondente, a idéia aristotélica de que nenhuma regra pode regular sua própria aplicação⁷. Um estado de coisas conforme a regras só se constitui a partir do momento em que é descrito em conceitos de uma norma a ele aplicada, ao passo que o significado da norma é concretizado pelo fato de ela encontrar aplicação num estado de coisas especificado por regras. Uma norma "abrange" seletivamente uma situação complexa do mundo da vida, sob o aspecto da relevância, ao passo que o estado de coisas por ela constituído jamais esgota o vago conteúdo significativo de uma norma geral, uma vez que também o faz valer de modo seletivo. Essa descrição circular caracteriza um problema metodológico, a ser esclarecido por toda teoria do direito.

A hermenêutica propõe um modelo processual de interpretação. A interpretação tem início numa pré-compreensão valorativa que estabelece uma relação preliminar entre norma e estado de coisas, abrindo o horizonte para ulteriores relacionamentos. A pré-compreensão, inicialmente difusa, torna-se mais precisa à medida em que, sob a sua orientação, a norma e o estado de coisas se

6 DWORKIN, R. *Bürgerrechte ernstgenommen*. Frankfurt a/M., 1960.

7 GADAMER, H. G. *Wahrheit und Methode*. Tübinga, 1960.

constituem ou concretizam reciprocamente⁸. A hermenêutica tem uma posição própria no âmbito da teoria do direito, porque ela resolve o problema da racionalidade da jurisprudência através da inserção contextualista da razão no complexo histórico da tradição. E, nesta linha, a pré-compreensão do juiz é determinada através dos *topoi* de um contexto ético tradicional. Ele comanda o relacionamento entre normas e estados de coisas à luz de princípios comprovados historicamente. A racionalidade de uma decisão deve medir-se, em última instância, pelos *standards* dos costumes que ainda não se coagularam em “normas”, pelas “sabedorias jurisprudenciais que antecedem a lei”⁹. A hermenêutica, desdobrada em teoria do direito, mantém a pretensão de legitimidade da decisão judicial. A indeterminação de um processo de compreensão circular pode ser reduzida paulatinamente pela referência a princípios. Porém, esses princípios só podem ser legitimados a partir da história efetiva da forma de vida e do direito, na qual o próprio juiz se radica de modo contingencial.

(b) O recurso a um *ethos* dominante, aprimorado por interpretações, não oferece, é verdade, uma base convincente para a validade de decisões jurídicas, em meio a uma sociedade pluralista, na qual diferentes situações de interesses e de forças religiosas concorrem entre si. O que para um vale como *topos* comprovado historicamente é, para o outro, pura ideologia ou preconceito. As teorias jurídicas realistas reagem a esse estado de coisas. Elas não contestam o valor descritivo da metodologia hermenêutica, porém chegam a uma outra avaliação da pré-compreensão que comanda o processo de interpretação. Nos processos de seleção da prática de decisão judicial, aparecem determinantes extrajurídicos, que podem ser explicados através de análises empíricas. Tais fatores externos explicam como os juízes preenchem o seu espaço de

decisão; eles permitem também *prever* histórica, psicológica ou sociologicamente, as decisões judiciais. As conseqüências céticas desse princípio são evidentes. Na medida em que o resultado de um processo judicial pode ser explicado pelos interesses, pelo processo de socialização, pela pertença a camadas, por enfoques políticos e pela estrutura da personalidade dos juízes, por tradições ideológicas, constelações de poder ou por outros fatores dentro e fora do sistema jurídico, a prática de decisão não é mais determinada internamente através da seletividade de procedimentos, do caso e do fundamento do direito. A lógica própria do direito, já amolecida na visão da hermenêutica jurídica, ou seja, relativizada através da inserção numa tradição, desaparece agora por completo, sob uma descrição “realista” do processo de aplicação do direito.

Na visão do realismo legal, da Escola do direito livre e da jurisprudência de interesses¹⁰, não é possível fazer uma distinção clara entre direito e política, lançando mão de características estruturais. Contudo, se for possível descrever os processos jurídicos de decisão do mesmo modo que os processos de poder políticos, então não faz mais sentido o postulado segundo o qual a segurança do direito deve ser garantida através de decisões consistentes, na base de um sistema de normas suficientemente determinadas. A produção jurídica do passado perde seu domínio sobre decisões atuais, porque estas dependem amplamente da decisão do juiz. A pretensão de legitimidade do direito pode, quando muito, preservar seu sentido, caso o juiz, imitando o político, tome suas decisões voltado ao futuro e inspirando-se em orientações axiológicas que ele tem como racionais. O direito passa a valer, então, como um instrumento do controle do comportamento a ser acionado para fins racionais, isto é, fins políticos fundamentados utilitaristicamente de acordo com o bem-estar econômico¹¹. As escolas realistas submeteram a representação idealista dos participantes do processo, segundo a qual todos (ou

8 HASSEMER, W. “Juristische Hermeneutik”, in: *ARSP*, 72, 1986, 195ss; cf. tb. NEUMANN, U. *Juristische Argumentationslehre*. Darmstadt, 1986, 54ss.

9 ESSER, J. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tubinga, 1964, 182; *id.* *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Kronberg, 1972.

10 ELLSCHEID, G., e HASSEMER, W. (Eds.). *Interessenjurisprudenz*. Darmstadt, 1974.

11 Sobre o realismo jurídico americano cf. SUMMERS, R. S. *Instrumentalism and American Legal Theory*. Ithaca, 1982.

a maioria) dos casos podem ser decididos correta e consistentemente na base do direito vigente, a uma crítica dissuasiva, na perspectiva do observador. De outro lado, porém, a prática da decisão judicial não tem como operar sem suposições idealizadoras. A revocação não-dissimulada da garantia da segurança do direito significa que a jurisdição precisa renunciar, em última instância, à pretensão de estabilizar as expectativas de comportamento, que é a função do direito. Os realistas não conseguem explicar como é possível combinar a capacidade funcional do sistema jurídico com a consciência dos especialistas participantes, a qual é radicalmente cética em termos de direito.

(c) O positivismo jurídico pretende, ao contrário, fazer jus à função da estabilização de expectativas, sem ser obrigado a apoiar a legitimidade da decisão jurídica na autoridade impugnável de tradições éticas. Ao contrário das escolas realistas, os teóricos Hans Kelsen e H. L. A. Hart elaboram o sentido normativo próprio das proposições jurídicas e a construção sistemática de um sistema de regras destinado a garantir a consistência de decisões ligadas a regras e tornar o direito independente da política. Ao contrário dos hermeneutas, eles sublinham o fechamento e a autonomia de um sistema de direitos, opaco em relação a princípios não-jurídicos. Com isso, o problema da racionalidade é decidido a favor da primazia de uma história institucional reduzida, purificada de todos os fundamentos de validade suprapositivos. Ora, uma regra básica, ou regra de conhecimento, de acordo com a qual pode ser decidido quais normas pertencem ou não ao direito vigente, permite subordinações precisas.

Quando pressupomos um sistema jurídico autônomo, que além disso se diferencia em regras primárias, determinadoras do comportamento, e secundárias, que reproduzem auto-referencialmente normas, a validade das prescrições jurídicas mede-se somente pela manutenção dos procedimentos juridicamente prescritos da normatização do direito. Essa legitimação através da legalidade do procedimento da normatização privilegia a procedência, ou melhor, o processo correto da positivação ou da resolução em detrimento da fundamentação racional do conteúdo de uma norma: regras são válidas porque podem ser proclamadas

conforme às regras pelas instituições competentes. A legitimação da ordem jurídica em sua totalidade é transportada para o início, isto é, para uma regra fundamental ou regra do conhecimento, a qual legitima tudo, sem ser, porém, passível de uma justificação racional; ela tem que ser assimilada faticamente como parte de uma forma de vida histórica, portanto conforme o costume. Hart procura explicar isso utilizando-se do conceito “jogo de linguagem”, de Wittgenstein. Do mesmo modo que a gramática de um jogo de linguagem, a regra do conhecimento está enraizada numa prática descrita a partir de fora como fato, a qual, porém, “é aceita” como auto-evidência cultural “e suposta como válida” pelos próprios participantes¹².

A ligação da validade do direito à sua gênese não permite uma solução simétrica do problema da racionalidade. A razão ou a moral são, de certo modo, subordinadas à história. Por isso, a interpretação positivista da prática de decisão judicial faz com que, no final das contas, a garantia da segurança jurídica eclipse a garantia da correção. A precedência da segurança jurídica revela-se no modo como o positivismo trata os “casos difíceis” (*hard cases*). Em tais casos, se revela de modo bastante claro o problema hermenêutico fundamental: como fundamentar a adequação de decisões seletivas inevitáveis? O positivismo aborda superficialmente esse problema e analisa suas conseqüências como sintomas de uma imprecisão inevitável de formulações da linguagem coloquial. Hart pensa que a carência interpretacional das normas jurídicas é resultado da estrutura aberta das linguagens naturais e chega a uma conclusão decisionista. Na proporção em que o direito vigente não é suficiente para a determinação precisa de um estado de coisas, o juiz deve decidir conforme seu próprio arbítrio. O juiz preenche o seu espaço de arbítrio através de preferências não

12 HART, H. L. A. *Der Begriff des Rechts*. Frankfurt a/M., 1973, 155: “A regra do conhecimento somente (existe) como prática complexa, normalmente coordenada, dos tribunais, funcionários e pessoas privadas, quando eles identificam o que é direito, com o auxílio de certos critérios. A existência da regra do conhecimento consiste neste tipo de facticidade”.

fundamentáveis juridicamente e às vezes orienta suas decisões por padrões morais, que não são mais cobertos pela autoridade do direito.

2

A teoria dos direitos, elaborada por Dworkin, pode ser entendida como a tentativa de evitar as falhas das propostas de solução realistas, positivistas e hermenêuticas, bem como de esclarecer, através da adoção de direitos concebidos deontologicamente, como a prática de decisão judicial pode satisfazer simultaneamente às exigências da segurança do direito e da aceitabilidade racional. Contra o realismo, Dworkin sustenta a possibilidade e a necessidade de decisões consistentes ligadas a regras, as quais garantem uma medida suficiente de garantia do direito. Contra o positivismo, ele afirma a possibilidade e a necessidade de decisões “corretas”, cujo conteúdo é legitimado à luz de princípios (e não apenas formalmente, através de procedimentos). No entanto, a referência hermenêutica a uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar o juiz à história de tradições autoritárias com conteúdo normativo; ao contrário, esse recurso obriga-o a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios. Tribunais decidem sobre que direitos “políticos” pertencem a quem; Dworkin tem em mente os direitos que gozam de validade positiva e merecem reconhecimento sob pontos de vista da justiça.

A tese segundo a qual tais direitos “existem” conta com uma razão prática incorporada na história e que, de certa forma, a atravessa. A razão prática emerge no ponto de vista moral e se articula numa norma fundamental, a qual exige a mesma consideração e o igual respeito por cada um. A norma fundamental de Dworkin coincide com o princípio kantiano do direito e com o primeiro princípio da justiça, de Rawls, segundo o qual cada um tem um direito a iguais liberdades de ação subjetivas. No entanto, Dworkin objeta contra Rawls, que, no estado primordial, os partidos somente podem unir-se em torno desse princípio, porque o direito fundamental à igual consideração e respeito já regula a

admissão dos partidos ao estado primordial, portanto para as condições do acordo racional em geral. Em Dworkin, a norma fundamental goza do *status* – não fundamentado – de um “direito natural ..., que todos os homens e todas as mulheres possuem, ... simplesmente porque eles são seres humanos dotados da capacidade de esboçar planos e fazer justiça”¹³. Se prescindirmos das conotações do direito natural, podemos tomar isso também como um esclarecimento do sentido deontológico de direitos fundamentais em geral. Esse sentido de validade comunica-se aos direitos “políticos” ou institucionalmente obrigatórios, proporcionando às pretensões jurídicas individuais um momento de incondicionalidade. Dworkin entende os direitos subjetivos como “trunfos” num jogo, no qual indivíduos defendem suas pretensões justificadas contra abusos gerados por finalidades coletivas: “Da definição de um direito segue que ele não pode ser suplantado por qualquer fim social. Nós podemos estatuir, a título de simplicidade, que não caracterizamos nenhum alvo político como um direito, caso ele não tenha um determinado peso em relação a fins coletivos”¹⁴. Nem todos os direitos subjetivos valem de forma absoluta, porém cada direito coloca barreiras ao cálculo do proveito e dos custos na realização de fins coletivos, os quais se justificam, em última instância, a partir do princípio do igual respeito por cada um.

A teoria dworkiniana dos direitos apóia-se na premissa segundo a qual há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência, porque o direito positivo assimilou inevitavelmente conteúdos morais. Essa premissa não causa nenhuma surpresa para uma teoria discursiva do direito, a qual parte da idéia de que argumentos morais entram no direito através do processo democrático da legislação – e das condições de equidade da formação do compromisso¹⁵. Mesmo assim, ela necessita de um esclarecimento, uma

13 DWORKIN (1984), 300.

14 DWORKIN (1984), 162.

15 ALEXY, R. “Zur Kritik des Rechtspositivismus”, in: DREIER, R. (Ed.). *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*. Stuttgart, 1990, 9-26; Contra isso cf. HOERSTER, N. *Verteidigung des Rechtspositivismus*. Frankfurt a/M., 1989.

vez que conteúdos morais, na medida em que são *traduzidos* para o código do direito, passam por uma transformação jurídica de seu significado.

Excursus sobre conteúdos morais do direito.

O significado jurídico de conteúdos morais e o campo de variação de seus pesos específicos emergem, de forma mais nítida, no âmbito de regras primárias que regulam o comportamento. Se adotarmos uma proposta de classificação de B. Peters e dividirmos essas regras não-procedimentais em mandamentos e proibições repressivas ou restitutivas, de um lado, e em “prêmios” e transferências, de outro lado¹⁶, veremos que os conteúdos morais atingem um amplo espectro de variação. Eles podem diluir-se até um mínimo, que consiste na expectativa geral de que se obedeça às normas do direito, mesmo sem levar em conta o conteúdo da norma. Um indício para o peso relativo do conteúdo moral pode ser visto na força das reações dos membros do direito contra as infrações da lei – seja nas desaprovações e censuras informais dos membros do direito, seja nas sanções impostas pelos tribunais. A categorização das penas (que vão do crime até a simples oposição à ordem), bem como a divisão em suportes fáticos do direito penal e do direito civil (que fundamentam pretensões de indenização), podem ser entendidas como escalonamento jurídico-dogmático do conteúdo moral. Os suportes fáticos elementares do direito penal, tais como assassinato, homicídio, lesão corporal, seqüestro, roubo, etc. são tidos como moralmente reprováveis, ao passo que a condenação à restituição de um prejuízo causado normalmente implica na desaprovação da ação, porém não em desprezo pelo réu.

O mesmo não se dá com reações em relação a prêmios ou custos que são repartidos levando-se em conta o comportamento, tais como subvenções, taxas, impostos diferenciados, etc. ou com reações em relação à transferência de rendimentos e de pagamentos, que são outorgados conforme critérios sociais, sem levar em conta o compor-

tamento. O direito do qual se revestem as políticas de câmbio e da transferência de recursos, da redistribuição e da preparação de bens coletivos dirige-se de modo neutro a destinatários que se supõem, em primeira linha, orientados por um cálculo de custos e de vantagens ou, numa palavra, pela “necessidade”. Malogros no controle do comportamento visado pelo legislador não são “repreensíveis”. Isso significa que o sentido de validade de normas jurídicas que contêm “prêmios” ou transferências é, de certo modo, “desmoralizado”. Todavia, tais normas jurídicas são partes integrantes de programas legais moralmente justificados. As medidas morais, que servem ao legislador para o julgamento de políticas correspondentes, impregnam o conteúdo do direito, em cujas formas essas políticas são executadas. Portanto, os argumentos de colocação de objetivos, que Dworkin distingue dos argumentos de princípios, podem ter relevância moral.

Uma posição intermediária entre regras carregadas moralmente e regras amplamente “desmoralizadas” é assumida pelas normas procedimentais intermediárias, as quais conferem determinadas competências a órgãos semipúblicos, tais como câmaras, universidades, associações profissionais, etc. Para o exercício dessas competências (por exemplo, conduzir lutas salariais, negociar compromissos, estabelecer regras de organização, etc.), existem procedimentos e prescrições que às vezes incluem também comportamentos moralmente relevantes, tais como deveres de informação e de cuidado, exclusão de meios de luta não permitidos, etc. Até no direito privado, o mote “fidelidade e fé” ou a responsabilidade em relação a conseqüências não-visadas de uma ação que fere o direito, desempenham um papel. É interessante notar que tais prescrições em relação à forma e ao procedimento não conseguem explicitar completamente nem recolher numa forma jurídica a substância moral daquilo que Durkheim exemplificou através dos fundamentos não-contratuais do contrato. Isso diz respeito principalmente à capacidade moral de julgar, a qual deve, senão iniciar, ao menos acompanhar a competência para a produção e aplicação de normas jurídicas. Essa interpretação pode parecer problemática para normas de autorização do núcleo do direito privado. No entanto, ela adquire uma certa plausibilidade

16 PETERS (1991), 278s.

com relação aos domínios nos quais competências políticas da criação do direito e da organização são delegadas a portadores, os quais, como no caso dos partidos do contrato de tarifas ou dos membros do conselho de administração, escolhidos conforme o direito constitucional da empresa, são “privados” apenas no nome.

Naturalmente a moral, no papel de uma *medida para o direito correto*, tem a sua sede primariamente na formação política da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública. Os exemplos apresentados para uma moral *no direito* significam apenas que certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade. Uma sobreposição dos conteúdos não modifica a diferenciação entre direito e moral, que se introduziu irreversivelmente no nível de fundamentação pós-convencional e sob condições do moderno pluralismo de cosmovisões. Enquanto for mantida a *diferença das linguagens*, a imigração de conteúdos morais para o direito não significa uma moralização do direito. Quando Dworkin fala de argumentos de princípios que são tomados para a justificação externa de decisões judiciais, ele tem em mente, na maioria das vezes, princípios do direito que resultam da aplicação do princípio do discurso no código jurídico. O sistema dos direitos e os princípios do Estado de direito são, certamente, devidos à razão prática, porém, na maioria das vezes, à figura especial que ela assume no princípio da democracia. O conteúdo moral de direitos fundamentais e de princípios do Estado de direito se explica pelo fato de que *os conteúdos* das normas fundamentais do direito e da moral, às quais subjaz o mesmo princípio do discurso, se cruzam.

3

Pouco importa o modo como Dworkin entende a relação entre direito e moral: sua teoria dos direitos exige uma compreensão deontológica de pretensões de validade jurídicas. Com isso ele rompe o círculo no qual se enreda a hermenêutica jurídica com seu recurso a *topoi* historicamente comprovados de um *ethos* transmitido. Dworkin interpreta o princípio hermenêutico de modo cons-

trutivista. A partir de uma crítica ao positivismo no direito, especialmente à sua tese da neutralidade (a) e à assunção de um sistema jurídico autônomo fechado (b) ele desenvolve suas idéias metódicas acerca de uma interpretação construtiva (c).

(a) Inicialmente, Dworkin contesta a idéia de uma legitimação do direito através da simples legalidade do procedimento que normatiza o direito. O discurso jurídico é independente da moral e da política, porém somente no sentido de que também os princípios morais e as finalidades políticas podem ser traduzidos para a linguagem neutra do direito e engatadas no código jurídico. Entretanto, por trás dessa uniformidade do código oculta-se um complexo sentido de validade do direito legítimo, o qual explica por que, no caso de decisões sobre princípios, os discursos jurídicos admitem argumentos de origem extralegal, portanto considerações de tipo pragmático, ético e moral, introduzindo-os em argumentos jurídicos.

Apoiando-se em casos precedentes, extraídos preferencialmente do direito americano e anglo-saxão, Dworkin analisa como os juízes controlam situações jurídicas indeterminadas através da referência sistemática ao pano de fundo de finalidades políticas e princípios morais. Eles conseguem chegar a decisões bem fundamentadas através da elaboração jurídica de argumentos fundamentais e de argumentos extraídos da determinação de objetivos. Tais justificações externas são possíveis, porque o próprio direito vigente já incorporou conteúdos teleológicos e princípios morais, assimilando os argumentos da decisão do legislador político. Estes podem reaparecer, de certo modo, nas decisões de princípio dos tribunais superiores. Todavia, na prática da decisão judicial, os argumentos de princípio gozam de primazia em relação aos argumentos de determinação de finalidade: os argumentos relativos à colocação de objetivos têm o seu lugar genuíno no processo de legislação, chegando, através dele, ao discurso jurídico. A jurisprudência está configurada segundo a aplicação de normas jurídicas estabilizadoras de expectativas; ela leva em conta determinações de objetivos legislativos à luz de princípios, pois “argumentos de princípio justificam uma decisão política na medida em que mostram que a decisão respeita ou garante um

determinado direito de um indivíduo ou de um grupo”¹⁷. Naturalmente, os objetivos políticos também são fundamentados, via de regra, através de princípios e direitos; porém somente os argumentos de princípio, orientados pelo sistema dos direitos, são capazes de conservar o nexos interno que liga a decisão no caso particular com a substância normativa da ordem jurídica em seu todo.

(b) Além disso, Dworkin explica a insuficiência da concepção jurídica que está na base da tese da autonomia de Hart, servindo-se da distinção entre “regra” e “princípio”. Regras são normas concretas, já determinadas para uma aplicação específica, como, por exemplo, as prescrições formais para a redação de testamentos; ao passo que os princípios jurídicos são gerais e carentes de interpretação (direitos humanos, igualdade de tratamento, etc.). Tanto as regras (normas), como os princípios, são mandamentos (proibições, permissões), cuja validade deontológica exprime o caráter de uma obrigação. A distinção entre esses tipos de regras não pode ser confundida com a distinção entre normas e determinação de objetivos. Princípios e regras não têm estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização - conforme é sugerido pela “ponderação dos bens” nas demais doutrinas metodológicas -, porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica¹⁸. Regras e princípios também servem como argumentos na fundamentação de decisões, porém o seu valor posicional na lógica da argumentação é diferente. Pois regras contêm sempre um componente “se”, que especifica condições de aplicação típicas da situação, ao passo que princípios, ou surgem com uma pretensão de validade não-específica, ou são limitados em sua esfera de aplicação através de condições muito gerais, em todo o caso carentes de uma interpretação. Pode-se explicar a partir daí a diferença característica entre regras e princípios no que tange à atitude de colisão, que Dworkin coloca em relevo. Só se pode

solucionar um conflito entre regras, introduzindo uma cláusula de exceção ou declarando uma das regras conflitantes como inválida. Ora, no conflito entre princípios, não se faz necessária uma decisão do tipo “tudo ou nada”. É certo que um determinado princípio goza de primazia, porém não a ponto de anular a validade dos princípios *que cedem o lugar*. Um princípio passa à frente de outro, conforme o caso a ser decidido. No desenrolar dos casos, estabelece-se entre os princípios uma ordem transitiva, sem que isso arranhe sua validade.

No entanto, o positivismo chega a uma falsa tese da autonomia, porque entende o direito como um sistema fechado de regras específicas de aplicação, as quais tornam necessária, em caso de colisão, uma decisão em termos de “tudo ou nada” por parte do juiz. Ora, a representação *unidimensional* do direito, como um sistema de regras destituído de princípios, impõe a seguinte conclusão: colisões entre regras geram uma indeterminação da situação jurídica, que só pode ser superada decisionisticamente. Entretanto, quando se admite princípios - e a justificação da aplicação de normas à luz de princípios - e se os reconhece como componentes *normais* do discurso jurídico, não temos mais o problema do fechamento do sistema de regras, nem o da não-solucionabilidade de conflitos de regras.

(c) Com a análise do papel desempenhado pelos argumentos de princípios e pelos argumentos de colocação de fins, na prática da decisão judicial, e com a descoberta de uma camada mais elevada de normas no próprio sistema jurídico, Dworkin capta o nível de fundamentação pós-tradicional do qual o direito positivado depende. Depois que o direito moderno se emancipou de fundamentos sagrados e se distanciou de contextos religiosos e metafísicos, não se torna simplesmente contingente, como o positivismo defende. Entretanto, ele também não se encontra simplesmente à disposição de objetivos do poder político, como um *medium* sem estrutura interna própria, como é defendido pelo realismo. O momento da indisponibilidade, que se afirma no sentido de validade deontológica dos direitos, aponta, ao invés disso, para uma averiguação racional - orientada por princípios - das “únicas decisões corretas”. No entanto, como esses princípios não são *topoi* historicamente comprovados, que podem ser extraí-

17 DWORKIN (1984), 146.

18 Cf. ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden, 1985 e Frankfurt a/M., 1986, 75ss. Cf. a crítica de GÜNTHER, K. *Der Sinn für Angemessenheit*. Frankfurt a/M., 1988, 268ss.

dos exclusivamente do contexto tradicional de uma comunidade ética, como pretende a hermenêutica jurídica, a prática de interpretação necessita de um ponto de referência que ultrapassa as tradições jurídicas consuetudinárias. Dworkin esclarece esse ponto de referência da razão prática de dois modos: *metodicamente*, lançando mão do processo da interpretação construtiva; e, *conteudisticamente*, através do postulado de uma teoria do direito que reconstrói racionalmente e conceitualiza o direito vigente.

Na história institucional de um sistema jurídico – do mesmo modo que na história da ciência –, é possível separar os aspectos externos dos que são acessíveis apenas internamente. Na perspectiva interna, colocações de problemas reconstruíveis lançam uma luz crítica sobre as argumentações realizadas historicamente; a partir daí é possível distinguir entre as tentativas produtivas e improdutivas, entre os erros e aporias de processos de aprendizagem, bem como destacar as respectivas soluções à luz de evidências contemporâneas. Dependendo do paradigma tomado, a retrospectiva revela outras linhas de reconstrução. No entanto, a escolha do paradigma não é arbitrária, uma vez que depende de uma situação hermenêutica inicial, que não está à nossa disposição. A pré-compreensão paradigmática não é incorrigível, uma vez que é testada e modificada no decorrer do próprio processo de interpretação. E, no final, a concepção da ciência ou do direito, que dirige a reconstrução, mantém uma certa força preconceitual, pois não é neutra. Por isso, ela tem que ser justificada teoricamente como o modelo que melhor faz jus à realidade da ciência ou do direito.

O modelo de Dworkin tem precisamente esse sentido: trata-se de um direito positivo, composto de regras e princípios, que assegura, através de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração. Fazendo uma referência à minha crítica a Gadamer¹⁹, Dworkin caracteriza seu procedimento hermenêutico-crítico como uma “interpretação construtiva” que explicita a racionalidade do processo de compreensão através da referência

19 HABERMAS, J. (1981), vol. I, 188-196; cf. tb. *Id. Zur Logik der Sozialwissenschaften*. Frankfurt a/M., 1982, 271ss.

a um paradigma ou a um “fim”: “*Constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong ... We would say, that all interpretation strives to make an object the best it can be, as an instance of some assumed enterprise, and that interpretation takes different forms in different contexts only because different enterprises engage different standards of value or success*”²⁰. Com o auxílio de tal procedimento da interpretação construtiva²¹, cada juiz deve, em princípio, poder chegar, em cada caso, a uma decisão idealmente válida, na medida em que ele compensa a suposta “indeterminação do direito”, apoiando sua fundamentação numa “teoria”. Essa teoria deve reconstruir racionalmente a ordem jurídica respectivamente dada de tal modo que o direito vigente possa ser justificado a partir de uma série ordenada de princípios e ser tomado, deste modo, como uma encarnação exemplar do direito em geral²².

II. Dworkin e a teoria dos direitos.

1

De que modo a prática da decisão judicial pode satisfazer, simultaneamente, ao princípio da segurança e da pretensão de legitimidade do direito? Dworkin entrega a solução do problema a uma

20 DWORKIN, R. *Law's Empire*, (1986), 52s.; cf. tb. neste texto a nota núm. 2, 419s.

21 Entre os poucos trabalhos que tentam relacionar o conceito de interpretação, de Dworkin, com a discussão europeia, especialmente com as idéias de Gadamer, Derrida e as minhas, merece ser citado HOY, D. C. “Interpreting the Law: Hermeneutical and Poststructuralist Perspectives”, in: *Southern California Law Review*, 58, 1985, 135-176; *id.* “Dworkin's Constructive Optimism vs. Deconstructive Legal Nihilism”, in: *Law and Philosophy*, 6, 1987, 321-356.

22 DWORKIN, (1984), 122; cf. *id.* *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass. 1985, Parte 2.

teoria pretensiosa, a qual permite, especialmente em casos difíceis, fundamentar as decisões singulares a partir do contexto coerente do direito vigente racionalmente reconstruído. Coerência é uma medida para a validade de uma declaração, a qual é mais fraca que a verdade analítica obtida através da dedução lógica, porém mais forte do que o critério da não-contradição. A coerência entre enunciados é produzida através de argumentos substanciais (no sentido de Toulmin), portanto através de argumentos que revelam a qualidade pragmática de produzir um acordo racionalmente motivado entre participantes da argumentação²³.

No discurso jurídico, há argumentos normativos típicos, os quais, em caso de colisão de regras, justificam a escolha da norma adequada a cada caso, à luz de princípios. Dworkin também se interessa por esses princípios, uma vez que eles possuem um conteúdo deontológico reconhecível, que os subtrai da contingência de derrogações e colocações arbitrárias. Quando, por exemplo, direitos fundamentais e princípios do Estado de direito são interpretados e aprimorados, ou quando outros conteúdos morais imigram para o direito positivo, “obtendo assim apoio dos decretos oficiais de instituições jurídicas”, uma modificação de tais prescrições jurídicas não pode tocar em seu conteúdo normativo. “Não faz sentido afirmar que princípios desse tipo são ‘rejeitados’ ou ‘conservados’”²⁴. É verdade que princípios não podem ser ontologizados em fatos morais; no entanto, eles têm, graças à sua força de justificação deontológica, um valor posicional na lógica da argumentação, o qual explica por que as fontes de fundamentação disponíveis no discurso jurídico são suficientes para ir além de justificativas internas e fundamentar as próprias premissas²⁵.

Segundo Dworkin, princípios jurídicos e determinações de objetivos políticos do legislador que combinam com tais princípios, põem à disposição os meios argumentativos para se reconstruir a massa do direito vigente durante o tempo que for preciso para que ele valha como normativamente justificado. Dworkin exige a construção de uma teoria do direito, não de uma teoria da justiça. A tarefa não consiste na construção filosófica de uma ordem social fundada em princípios da justiça, mas na *procura* de princípios e determinações de objetivos válidos, a partir dos quais seja possível justificar uma ordem jurídica *concreta* em seus elementos essenciais, de tal modo que nela se encaixem todas as decisões tomadas em casos singulares, como se fossem componentes coerentes. Dworkin sabe que, para desempenhar essa tarefa, é preciso pressupor um juiz cujas capacidades intelectuais podem medir-se com as forças físicas de um Hércules. O “juiz Hércules” dispõe de dois componentes de um saber ideal: ele conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação; ao mesmo tempo, ele tem uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos. Ambos os componentes traçam limites à construção da teoria. O espaço preenchido pela sobre-humana capacidade argumentativa de Hércules é definido, de um lado, pela possibilidade de variar a hierarquia dos princípios e objetivos e, de outro lado, pela necessidade de classificar criticamente a massa do direito positivo e de corrigir “erros”. Hércules deve descobrir a série coerente de princípios capaz de justificar a história institucional de um determinado sistema de direitos, “do modo como é exigido pela equidade”.

Porém, somente um sistema jurídico justo, resultado de um continuado processo de aprendizagem, poderia ser justificado completamente por este caminho: “*Por isso, Hércules precisa alargar sua teoria, ... para que uma justificação da história*

slavery is unjust. If there are such moral facts, then a proposition of law might rationally be supposed to be true even if lawyers continue to disagree about the proposition after all hard facts are known or stipulated” (DWORKIN, R. (1985), 138).

23 TOULMIN, ST. *Der Gebrauch von Argumenten*. Kronberg, 1975; TOULMIN, ST., RIEKE, R e JANIK, A. *An Intoduction to Reasoning*. Nova Iorque, 1979.

24 DWORKIN, (1984), 82.

25 “I mean only to suppose that a particular social institution like slavery might be unjust, not because people think it unjust, or have conventions according to which it is unjust ... but just because

*institucional possa provar que uma determinada parte desta história repousa sobre erros*²⁶. De outro lado, Hércules não pode equiparar o papel do teórico, que *reconstrói* o direito vigente, com o do legislador que o *constrói*. No entanto, nem todos os elementos de uma ordem jurídica têm o mesmo grau de obrigatoriedade; eles são acessíveis em diferentes medidas a uma avaliação sondante e corretora. Partindo da moldura constitucional e passando pelas normas particulares do direito constitucional, simples leis e direitos consuetudinários, até decisões de princípios, comentários e outras fontes do direito, cresce a contingência dos contextos de surgimento e, com isso, o espaço para uma avaliação retrospectiva modificada. Dworkin discute, de maneira convincente, os pontos de vista sob os quais, por exemplo, precedentes têm pesos diferentes para decisões atuais, de tal modo que Hércules “pode deixar fora de consideração uma determinada parte da história institucional”²⁷. Uma tal teoria reconstrutiva do direito deve ser suficientemente seletiva, a fim de permitir precisamente uma decisão correta, a qual define quais as pretensões que um partido pode fazer valer no quadro da ordem jurídica existente, o que equivale a dizer quais os direitos que lhe competem objetivamente. A teoria do juiz Hércules reconcilia as decisões racionalmente reconstruídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional no presente, ou seja, reconcilia a história com a justiça. Ela dissolve a “*tensão entre originalidade judicial e história institucional ... Juízes têm que emitir novos juízos sobre os partidos que se apresentam a eles, porém esses direitos políticos não se opõem às decisões políticas do passado, uma vez que as refletem*”²⁸.

2

Sobre o postulado de uma tal teoria do direito – que pretende harmonizar a positividade da ordem jurídica com a legitimidade de pretensões reclamáveis judicialmente e, deste modo, elaborar a

26 DWORKIN, (1984), 206.

27 DWORKIN, (1984), 203.

28 *Ibid.*, 153.

tensão entre facticidade e validade que brota na própria validade do direito – se estende a longa sombra de idealizações fortes. A teoria exige como autor um Hércules; essa atribuição irônica não dissimula as exigências ideais às quais a teoria tem que satisfazer. A proposta de Dworkin desencadeou uma ampla controvérsia. Esta gira em torno da seguinte questão: será que podemos entender as exigências ideais como expressão de uma idéia reguladora que os juízes têm que tomar como orientação, caso queiram fazer jus ao *telos* inscrito em toda a jurisprudência moderna – ou será que o ideal que eles tomam como medida do processo de decisão judicial é falso?

(a) O assim chamado Critical Legal Studies Movement (CLS) retoma questionamentos do Legal Realism, porém, seguindo Dworkin, não considera que as pesquisas críticas do direito devam ser reservadas aos observadores das ciências sociais, uma vez que ele mesmo as realiza na perspectiva participante do juiz²⁹. Os realistas tinham abalado as bases de três dogmas da teoria do direito, a saber: a suposição de que existem direitos; a suposição de que casos atuais podem ser decididos consistentemente em conformidade com o direito vigente; e, com isso, a suposição central de que os juízos dos tribunais são geralmente racionais, ou seja, determinados suficientemente através de vantagens legais, precedentes, doutrinas dominantes, etc. A teoria de Dworkin torna possível interpretar essas três suposições de um modo construtivista menos vulnerável. Os direitos indisponíveis manifestam um sentido deontológico, porque eles formam um peso maior do que os bens coletivos e determinações de objetivos políticos. E, para prepará-los, é preciso entrar em argumentações dirigidas pela

29 UNGER, R. M. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge, Mass., 1986; TRUBEK, D. M. e ESSER, J. P. “Critical Empiricism and American Critical Legal Studies”, in: LOERGES, Chr e TRUBEK, D. M. (Eds.) *Critical Legal Thought: An American-German Debate*. Baden-Baden, 1989; MINDA, G. “The Jurisprudential Movements of the 1980s”, in: *Ohio State Law Journal*, 50, 1989, 599-662; BOYLE, J. “The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought”, in: *Pennsylvania Law Review*, 133, 1985, 685-780.

teoria do direito. E pode dar-se o caso de que alguns elementos de direito vigente, especialmente decisões judiciais do passado, venham a ser desmascarados como erros. Somente um direito positivo justificado por princípios permite decisões corretas”. Na visão do CLS, esse recurso a um pano de fundo teórico expõe hoje o racionalismo renovado às objeções realistas.

Uma vez que os juízes, que são seres de carne e osso, ficam aquém da figura ideal de um Hércules, a recomendação de orientar-se por eles no trabalho diário nada mais é, na verdade, do que o reflexo do desejo de uma confirmação da prática de decisão, que sempre é determinada através de interesses, enfoque político, parcialidade ideológica ou outros fatores externos. Juízes escolhem princípios e objetivos, construindo a partir daí teorias jurídicas próprias, a fim de “racionalizar” decisões, isto é, dissimular preconceitos com os quais eles compensam a indeterminação do direito³⁰. Dworkin poderia responder a isso, explicando uma premissa deixada mais ou menos no escuro. Na medida em que os críticos podem realmente provar, apoiando-se em estudos de caso convincentes, que as decisões judiciais podem ser explicadas melhor a partir de fatores extralegais do que a partir da situação jurídica, os fatos falam contra a prática existente. Entretanto, a indeterminação interna do direito não resulta da estrutura do próprio direito, como os críticos pensam, e sim da recusa dos juízes em desenvolver a melhor teoria possível, bem como da história institucional de uma ordem jurídica, a qual é avessa, em maior ou menor medida, a uma reconstrução racional. A interpretação reconstrutiva só será bem-sucedida se a história, da qual uma ordem jurídica concreta surgiu, sedimentar, de alguma maneira, algum fragmento de “razão existente”. Por ser americano, Dworkin pôde apoiar-se num desenvolvimento constitucional contínuo que já dura mais de duzentos anos; por ser liberal, ele está inclinado a uma avaliação mais otimista, descobrindo processos de aprendizagem na maior parte do desenvolvimento jurídico americano. No entanto, mesmo quem não compartilha essa confiança ou se encontra noutros contextos políticos

30 ALTMAN, A. “legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin”, in: *Philosophy and Public Affairs*, 15, 1986, 202-235.

ou jurídicos, não precisa renegar a idéia reguladora incorporada no Hércules, uma vez que no direito vigente são encontráveis indícios históricos que permitem uma reconstrução racional.

Com o conceito da “integridade” Dworkin tenta explicar que *todas* as ordens jurídicas modernas apontam para a idéia do Estado de direito, proporcionando um ponto firme para a hermenêutica crítica na história institucional, mesmo que os vestígios deixados pela razão prática sejam muito esmaecidos. O princípio da “integridade” caracteriza o ideal político de uma comunidade, na qual os parceiros associados do direito se reconhecem reciprocamente como livres e iguais. É um princípio que obriga tanto os cidadãos como os órgãos da legislação e da jurisdição a realizar a norma básica da igual consideração e do igual respeito por cada um nas práticas e instituições da sociedade: “*It insists that people are members of a genuine political community only when they accept that their fates are linked in the following strong way: they accept that they are governed by common principles, not just by rules hammered out in political compromise*”³¹. Quando uma comunidade política se constitui enquanto tal, o ato constituinte da fundação significa que os cidadãos reconhecem mutuamente um sistema de direitos, o qual lhes garante autonomia privada e pública. Ao mesmo tempo, eles se atribuem reciprocamente a participação comum num processo político, que Dworkin descreve da seguinte maneira: “*it is a theater of debate about which principles the community should accept as a system*”. Nas exigências ideais feitas a uma jurisdição, reflete-se uma idéia reguladora, que o juiz encontra na constituição do país (ou em seus equivalentes): “*An association of principle is not automatically a just community; its conception of equal concern may be defective or it may violate rights of its citizens or citizens of other nations ... But the model of principle satisfies the conditions of a true community better than any other model of community that is possible for people who disagree about justice and fairness to adopt*”³².

31 DWORKIN (1986), 211.

32 *Ibid.*, 213s.

Com essa resposta a uma primeira rodada da crítica, as idealizações embutidas na teoria de Hércules são deduzidas de uma idéia reguladora que não é talhada diretamente conforme o problema da racionalidade, a ser solucionado pela jurisdição, uma vez que deriva de uma autocompreensão normativa das ordens do Estado de direito, inscritas na realidade constitucional. A obrigação do juiz, de decidir o caso singular à luz de uma teoria que justifique o direito vigente como um todo a partir de princípios, é reflexo de uma obrigação *precedente* dos cidadãos, confirmada através do ato de fundação da constituição, de proteger a integridade de sua convivência, orientando-se por princípios da justiça e respeitando-se reciprocamente como membros de uma associação de livres e iguais. Entretanto, esse ideal político poderia expressar uma falsa idealização. A prática constitucional poderia enganar-se sobre si mesma, trazendo conseqüências e sobrecarregando as instituições com tarefas cuja solução é impossível.

(b) Na próxima rodada, os críticos tentam provar que Dworkin atribui ao seu Hércules um programa *irrealizável*. Duncan Kennedy, por exemplo, pretende mostrar, num conhecido estudo, que o desenvolvimento americano do direito privado e da judicatura do direito privado gira em torno de dois princípios irreconciliáveis. De um lado, o princípio da autonomia contratual individual e, com isso, a visão social liberal de uma concorrência ordenada de pessoas privadas que agem teleologicamente; de outro lado, o princípio da proteção da confiança numa relação contratual reciprocamente obrigatória e, com isso, a visão contrária de uma associação que se apóia na solidariedade e na consideração recíproca³³. Protagonistas do CLS generalizam o resultado desta e de outras pesquisas semelhantes, transformando-o na tese segundo a qual o direito vigente é permeado por princípios e fins *opostos*; desta maneira, qualquer tentativa de reconstrução racional está fadada ao fracasso: “*Em última instância, a tese da indeterminação radical significa que o direito, enquanto sistema de regras, possui*

uma estrutura na qual não pode haver uma prática de decisão, nem mesmo idealizada, que garanta o tratamento igual, ou seja: justiça”³⁴.

Dworkin responde a essa objeção de modo sumário, observando que os críticos esquecem a diferença decisiva que existe entre princípios que colidem no caso singular e se contradizem mutuamente; caso contrário, eles teriam notado que o esforço teórico de Hércules só tem início no ponto onde os críticos encerram suas pesquisas históricas, precipitadamente generalizadas, com conclusões céticas sobre as regras³⁵. Klaus Günther torna mais precisa essa observação, apoiando-se na distinção entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação, pressuposta na lógica da argumentação.

Quando se parte do princípio de que, nos casos típicos para a jurisdição atual, não entram em jogo apenas regras específicas de aplicação, mas também princípios, é fácil mostrar por que existe uma grande possibilidade de colisões – não havendo, mesmo assim, uma incoerência profunda no sistema jurídico. Todas as normas vigentes são *naturalmente* indeterminadas, inclusive aquelas cujo componente “se” explicita a tal ponto as condições de aplicação, que elas somente podem encontrar aplicação em poucas situações típicas padronizadas e muito bem descritas (e podem encontrar aplicação sem dificuldades hermenêuticas). Constituem naturalmente exceções as normas que Dworkin caracteriza como “regras” e que, em casos de colisão, exigem uma decisão em termos de tudo ou nada. A coerência de um sistema de direitos é realmente ameaçada, quando regras conflitantes *desse* tipo prevêm para o mesmo caso de aplicação prescrições contraditórias e que pretendem ter a mesma validade. Todas as demais normas continuam indeterminadas com relação à sua situação, necessitando de interligações *suplementares* no caso concreto – e isso vale não somente para os direitos fundamentais e princípios do Estado

33 KENNEDY, D. “Form and Substance in Private Law Adjudication”, in: *Harvard Law Review*, 89, 1976, 168ss.

34 FRANKENBERG, G. “Der Ernst im Recht”, in: *Kritische Justiz*, 20, 1987, 304. Neste texto há mais referências bibliográficas.

35 DWORKIN, (1986), 271-275.

de direito, à luz dos quais o sistema jurídico pode ser justificado em sua totalidade. Eles só são aplicáveis *prima facie*, de tal modo que num discurso de aplicação, e especialmente aqui, é preciso examinar se eles podem encontrar aplicação numa situação concreta, ainda não prevista no processo de fundamentação – ou se eles, sem prejuízo de sua validade, têm que retroceder e se ocultar atrás de uma outra norma “mais apropriada”. Somente quando se conclui que uma norma válida é a única norma apropriada a um caso a ser decidido, ela fundamenta um juízo singular, que pode pretender ser correto. Que uma norma valha *prima facie* significa apenas que ela foi *fundamentada* de modo imparcial; para que se chegue à decisão válida de um caso, é necessária a *aplicação* imparcial. A validade da norma não garante por si só a justiça no caso singular.

A aplicação imparcial de uma norma fecha a lacuna que ficara aberta quando da sua fundamentação imparcial, devido à imprevisibilidade das situações futuras³⁶. Em discursos de aplicação, não se trata da validade e sim da *relação adequada* da norma à *situação*. Uma vez que toda a norma abrange apenas determinados aspectos de um caso singular, situado no mundo da vida, é preciso

36 GÜNTHER, K. “Ein normativer Begriff der Kohärenz. Für eine Theorie der juristischen Argumentation”, in: *Rechtstheorie*, 20, 1989, 168: “O simples uso coloquial desse predicado revela que, ao reconhecermos como ‘válida’ uma norma, não levamos em conta todas as situações concretas onde ela pode ser aplicada. Nós também consideramos válidas normas que sabidamente podem colidir, em certas situações, com interesses generalizáveis. Sabemos, por exemplo, que a norma segundo a qual ‘a promessa deve ser mantida’ colidirá, em determinadas situações, com esta outra norma: ‘ajuda ao teu próximo quando este se encontrar em necessidade’ (e poderíamos prever isso num discurso sobre a validade da norma em questão) ... No entanto, apesar da possibilidade previsível de sua colisão, nós não consideramos inválido nenhum dos dois mandamentos e, se um discurso sobre a validade de uma dessas duas normas chegasse a um resultado contrário, isso nos pareceria muito curioso”. Cf. tb. HABERMAS, J. *Erläuterungen zur Diskursethik*, 137ss.

examinar quais descrições de estados de coisas são significativas para a interpretação da situação de um caso controverso e qual das normas válidas *prima facie* é adequada à situação, apreendida em todas as possíveis características significantes: “*E aqui é supérfluo perguntar se os participantes do discurso dispõem primeiramente de uma descrição completa da situação e só então do conjunto de normas aplicáveis prima facie, ou se a descrição da situação só se mostra à luz de uma pré-compreensão de normas possivelmente aplicáveis ... Os participantes só saberão com que normas uma norma aplicável prima facie pode colidir, quando tiverem referido todas as características relevantes de uma descrição da situação a normas aplicáveis*”³⁷. O processo hermenêutico da aplicação de normas pode ser entendido como cruzamento entre descrição da situação e concretização da norma geral; em última instância, a equivalência de significado decide entre a descrição do estado de coisas que é um elemento da interpretação da situação, e a descrição do estado de coisas que fixa os componentes descritivos, portanto as condições de aplicação da norma. K. Günther traduz esse conjunto complexo para a fórmula simples segundo a qual a justificação de um juízo singular tem que apoiar-se na quantidade dos respectivos argumentos normativos, relevantes no âmbito de uma interpretação completa da situação³⁸.

Se entendêssemos a “colisão” das normas ponderadas no processo de interpretação como uma “contradição” no sistema de normas, estaríamos confundindo a “validade” de uma norma, justificada sob o aspecto da fundamentação, com a “adequação” de uma norma que é examinada sob o aspecto da aplicação. Da indeterminação de normas válidas, explicável pela lógica da argumentação, resulta, ao invés disso, o bom sentido metodológico de uma disputa de normas, as quais se candiditam *prima facie* para a aplicação: “*A colisão de normas não pode ser*

37 GÜNTHER, K. (1989), 175.

38 GÜNTHER, K. “Universalistische Normbegründung und Normanwendung”, in: HERBERGER, M. *et al.* (Eds.). *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, Cad. Supl. de ARSP, Num. 45, 1991.

reconstruída como um conflito de pretensões de validade, porque as normas colidentes ou as variantes de significação concorrentes só entram numa determinada relação mútua no âmbito de uma situação concreta. Um discurso de fundamentação tem que abstractir do problema da colisão, que depende da situação ...Para saber que outras normas ou variantes de significado são aplicáveis, é preciso entrar na respectiva situação”³⁹.

(c) A proposta elegante de Günther simplesmente desloca o sentido da coerência do sistema de direitos, justificada de um ponto de vista ideal. A postulada teoria do direito continua tendo como tarefa reconstruir racionalmente o direito vigente de tal modo que este permita uma decisão correta em cada nova situação de aplicação. Agora, porém, a teoria contém apenas tarefas para uma quantidade flexível de princípios e determinações de fins, a qual é inserida no respectivo discurso de aplicação segundo uma ordem transitiva e referida a um caso. As relações das normas válidas modificam-se, dependendo da constelação de características relevantes de um caso a ser decidido. Manifesta-se desta maneira a indeterminação de toda norma válida, porém, aplicável apenas *prima facie*, fruto da divisão de trabalho entre fundamentação e aplicação e da quantidade móvel e livre de princípios, os quais só podem entrar numa estrutura determinada de relações recíprocas, após a determinação inequívoca da relação com a situação da respectiva norma adequada: “*Se toda norma válida depende de uma complementação coerente através de todas as outras, numa situação de normas aplicáveis, então o seu significado se modifica em cada situação. E passamos a depender da história, uma vez que é ela que produz as situações imprevisíveis que nos obrigam a uma interpretação respectivamente diferente da quantidade de todas as normas válidas*”⁴⁰.

Aparentemente a teoria coerencial do direito só pode evitar a indeterminação que resultaria da estrutura contraditória do direito vigente, tornando-se ela mesma indeterminável. Será que tal teoria

pode dirigir uma prática de decisão destinada a garantir a segurança do direito? Já se objetou, contra a versão dworkiniana da teoria coerencial, que uma reconstrução racional de decisões passadas exige uma revisão, caso a caso, das decisões passadas, o que acarretaria uma interpretação retroativa do direito vigente. Esse “ripple effect argument”⁴¹ atinge especialmente a versão güntheriana da teoria coerencial de Dworkin, especialmente o “movimento ondulatório” para o qual o sistema de regras é transferido, caso a caso, por toda interpretação ulterior coerente. Parece que os aspectos surpreendentes de todo caso novo atraem a própria teoria para o turbilhão da história. A dúvida logo se manifesta: o legislador político tem que reagir de modo adaptador aos processos históricos, mesmo que o direito esteja aí para erigir barreiras de expectativas de comportamento estáveis contra a pressão da variação histórica.

Uma primeira resposta a esta objeção poderia ser dada através de uma problematização do conceito de segurança jurídica. Um sistema de direitos que não é formado apenas e *a fortiori* de “regras” que incluem procedimentos de aplicação, como pretende o positivismo, não pode garantir o mesmo grau de previsibilidade de decisões judiciais, obtido em programas condicionais. O conceito clássico de segurança jurídica, cujas implicações racionais foram analisadas, por exemplo, por Lon Fuller⁴², exige uma estrutura de regras que ultrapassa um sistema jurídico complexo e auto-referencial, construído com regras, princípios e determinações de fins. A segurança jurídica, apoiada sobre o conhecimento de expectativas de comportamento inequivocamente condicionadas, representa ela mesma um princípio que pode ser contraposto, *in casu*, a outros princípios. Em troca, a postulada teoria do direito possibilita unicamente decisões corretas, que garantem a seguran-

39 GÜNTHER, K. *Der Sinn für Angemessenheit*. Frankfurt a/M., 1988, 300.

40 GÜNTHER, (1989), 182.

41 KRESS, K. J. “Legal Reasoning and Coherence Theories: Dworkin’s Rights Thesis, Retroactivity, and the Linear Order of Decisions”, in: *University of California Law Review*, 72, (1984), 369-402.

42 SUMMERS, R. S., *Lon Fuller*, Standford, 1984, 27ss e 36ss.

ça jurídica *num outro nível*. Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários. Se considerarmos o direito vigente como um sistema de normas idealmente coerentes, então essa segurança, dependente do procedimento, pode preencher a expectativa de uma comunidade jurídica interessada em sua integridade e orientada por princípios, de tal modo que a cada um se garantem os direitos que lhe são próprios.

A seguinte proposta contém uma resposta mais completa ao problema da retroatividade⁴³. Se a decisão de um caso à luz de uma norma superior significa que um sistema de normas válidas é esgotado da melhor maneira possível, tendo-se em conta todas as circunstâncias relevantes; e, se esse sistema se encontra em constante movimento, porque as relações preferenciais podem modificar-se com cada nova situação que surge: então, a orientação por um ideal tão pretensioso irá sobrecarregar, via de regra, uma jurisdição profissionalizada. Por isso, a complexidade dessa tarefa é, de fato, reduzida através da *compreensão jurídica paradigmática* que prevalece num determinado contexto. No lugar dos ideais, entram os paradigmas, “*nos quais normas, que temos como válidas aqui e agora, foram trazidas para uma ordem transitiva. Dado que uma tal ordem pode ser construída sem relação com possíveis situações de aplicação, esses paradigmas contêm descrições generalizadas de situações de um determinado tipo. Nós normalmente lançamos mão de tais ordens mais ou menos sistematizadas, quando solucionamos casos de colisão típicos e previsíveis. Elas formam um pano de fundo contextual no qual nossas avaliações*

43 Neste contexto prescindindo de propostas institucionais, as quais, por exemplo, estendem a proibição de retroatividade no direito penal para modificações *que prejudicam* a jurisprudência. Cf. NEUMANN, U. “Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?”, *In: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 103 (1991), 331-356.

da situação e os correspondentes juízos morais prima facie estão embutidos. Juntamente com outro saber-de-orientação-cultural, esses paradigmas fazem parte da forma de vida na qual nós nos encontramos”⁴⁴. Exemplos históricos de tais ideologias do direito são os modelos sociais do direito formal burguês e do direito materializado pelo Estado socialista, que se cristalizam, no primeiro caso, em torno dos direitos subjetivos do participante privado do mercado e, no segundo caso, em torno das pretensões a realizações sociais de clientes de funcionários de um Estado de beneficência social. Tais paradigmas aliviam Hércules da supercomplexa tarefa de colocar “a olho” uma quantidade desordenada de princípios *aplicáveis* somente *prima facie* em relação com as características relevantes de uma situação apreendida do modo mais completo possível. A partir daí, as próprias partes podem prognosticar o desenlace de um processo, na medida em que o respectivo paradigma determina um pano de fundo de compreensão, que os especialistas em direito *compartilham* com todos os demais parceiros do direito.

Ora, é interessante constatar que o elemento capaz de aumentar a segurança do direito e de atenuar as exigências ideais que cercam a teoria do direito é o mais propenso à formação de ideologias. Os paradigmas se coagulam em ideologias, na medida em que se fecham sistematicamente contra novas interpretações da situação e contra outras interpretações de direitos e princípios, necessárias à luz de novas experiências históricas. Ainda teremos ocasião de apresentar exemplos. Paradigmas “fechados”, que se estabilizam através de monopólios de interpretação, judicialmente institucionalizados, e que podem ser revistos internamente, somente de acordo com medidas próprias, expõem-se, além disso, a uma objeção metódica, que recoloca em cena o ceticismo jurídico realista: ao contrário da exigida coerência ideal do direito vigente, as interpretações de caso coerentes permanecem, em princípio,

44 GÜNTHER, (1989), 182; cf. tb.: HABERMAS, J. “Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rudolf Wiethölter”, *in: Kritische Justiz*, 22, (1989), 138-156.

indeterminadas no interior de um paradigma jurídico *fixo*; pois elas concorrem com interpretações igualmente coerentes do mesmo caso em paradigmas jurídicos alternativos. Isso já é uma razão suficiente para que uma *compreensão procedimentalista do direito* delineie um nível no qual os paradigmas jurídicos, agora reflexivos, se abram *uns aos outros* e se *comprovem* na pluralidade de interpretações da situação. Retomarei esse tema no último capítulo.

III. Sobre a teoria do discurso jurídico.

1

As objeções até aqui levantadas contra o sentido e a viabilidade de uma teoria do direito ideal, capaz de proporcionar a melhor interpretação judicial dos direitos e deveres, da história institucional, da estrutura política e de uma comunidade constituída segundo o direito do Estado constitucional, partiram da premissa de que essa teoria possui um único autor – o respectivo juiz, que escolheu Hércules como seu modelo. Ora, as próprias respostas que Dworkin deu, ou poderia dar, a seus críticos levantam as primeiras dúvidas com relação à possibilidade de se manter esse princípio *monológico*. Pois o ponto de vista da integridade, sob o qual o juiz reconstrói racionalmente o direito vigente, é expressão de uma idéia do Estado de direito que a jurisdição e o legislador político *apenas tomam de empréstimo* ao ato de fundação da constituição e da prática dos cidadãos que participam do processo constitucional. Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos que legitima os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que a sua própria interpretação diverge de todas as outras: “*We want our officials to treat us as tied together in an association of principle, and we want this for reasons that do not depend on any identity of conviction among these officials ... Our reasons endure when judges disagree, at least in detail, because each judge still confirms and reinforces the principled character of our association by striving, in spite of the disagreement, to reach his own*

opinion”⁴⁵. Tais enunciados pressupõem que o juiz esteja altamente qualificado, seja por seus conhecimentos e habilidades profissionais, seja por suas virtudes pessoais, a representar os cidadãos e a garantir *interinamente* a integridade da comunidade jurídica. E, uma vez que cada juiz está convencido de que a sua teoria lhe permite chegar à *única* decisão *correta*, a prática da jurisdição deve garantir a socialização autônoma de cidadãos que se orientam por princípios: “The judge represents integrity – self-government – to the community, not of it ...”⁴⁶.

Precisamente o ponto de vista da integridade teria que libertar Hércules da solidão de uma construção teórica empreendida monologicamente. Dworkin, imitando Parsons, entende o direito como meio da integração social, mais precisamente, como um *medium* que permite manter a autocompreensão de uma comunidade solidária, numa forma por demais abstrata. Nas sociedades complexas, essas relações de reconhecimento mútuo, que se produzem em formas de vida concreta através do agir comunicativo, só se deixam generalizar abstratamente através do direito: “*I argued that a community of principles, which take integrity to be central to politics ... assimilates political obligations to the general class of associative obligations ... A general commitment to integrity expresses a concern by each for all ...*”⁴⁷. Entretanto, é possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática de argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros. O próprio Dworkin reconhece esse núcleo procedimental do princípio da integridade garantida juridicamente, quando vê o igual direito às liberdades subjetivas de ação fundadas no direito às mesmas liberdades comunicativas⁴⁸. Isso sugere que se ancorem as exigên-

45 DWORKIN, (1986), 264 (sublinhado por mim).

46 MICHELMAN, F. “The Supreme Court 1985 Term, Foreword: Traces of Self-Government”, in: *Harvard Law Review*, 100, (1986), 72s.

47 DWORKIN, (1986), 216.

cias ideais feitas à teoria do direito no ideal político de uma “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”⁴⁹, ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade.

O princípio monológico torna-se especialmente insustentável, quando se tem como necessários paradigmas jurídicos redutores de complexidade, como é o caso de Günther. Pois a pré-compreensão paradigmática do direito em geral só pode colocar limites à indeterminação do processo de decisão iniciado teoricamente e garantir uma medida suficiente de segurança jurídica, se for compartilhada intersubjetivamente por todos os parceiros do direito e se expressar uma autocompreensão constitutiva para a identidade da comunidade jurídica. Isso vale também, *mutatis mutandis*, para uma compreensão procedimentalista do direito, que conta antecipadamente com uma concorrência discursivamente regulada entre diferentes paradigmas. Por esta razão, é necessário um esforço cooperativo para enfraquecer a suspeita de ideologia que se levanta em relação ao pano de fundo de tal compreensão. O juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos. Nesse sentido, F. Michelman critica a concepção monológica de Dworkin acerca do processo de decisão judicial: “*What is lacking is dialogue. Hercules ... is a loner. He is much too heroic. His narrative constructions are monologous. He converses with no one, except through books. He has no encounters. He meets no otherness. Nothing shakes him up. No interlocutor violates the inevitable insularity of his experience and outlook. Hercules is just a man, after all. No one man or woman could be that. Dworkin has produced an apotheosis of appellate judging without attention to what seems the most universal and striking institutional characteristic of the appellate bench, its plurality*”⁵⁰.

48 DWORKIN, (1984), 440; cf. tb. GÜNTHER, (1988), 351ss.

49 Cf. o artigo homônimo in: HÄBERLE. *Die Verfassung des Pluralismus*. Frankfurt a/M., 1980, 79-105.

50 MICHELMAN, (1986), 76; cf. GÜNTHER, K. “Hero-Politics in Modern Legal Times”, in: *Institute for Legal Studies, Madison Law School, Series 4*, Madison, Wi. 1990.

Essa observação indica a saída mais próxima do dilema que consiste em ter que fazer jus, de um lado, à falibilidade de construções teóricas pretensiosas, sem deixar de prestar atenção, de outro lado, ao caráter profissional do processo de decisão judicial. Hércules poderia imaginar-se como parte de uma comunidade de interpretação de especialistas em direito e, neste caso, teria que orientar suas interpretações pelos *standards* da prática de interpretação reconhecidos na profissão: “*He is disciplined by a set of rules that specify the relevance and weight to be assigned to the material (e. g. words, history, intention, consequence), as well as by those that define basic concepts and that establish the procedural circumstances under which the interpretation must occur*”⁵¹. Com esta proposta, Owen Fiss tem em mente especialmente os princípios do processo e as máximas de interpretação constitutivos para o papel e a prática de uma jurisdição imparcial, e que devem garantir a independência da justiça, a limitação do arbítrio subjetivo, o respeito pela integridade das partes litigantes, a fundamentação por escrito e a elaboração do juízo, sua neutralidade, etc. Os *standards comprovados na profissão* devem garantir a objetividade e a controlabilidade intersubjetiva do juízo.

É verdade que o *status* dessas regras não deixa de ser problemático. De um lado, elas servem para a justificação procedimental da prática de decisão judicial, fundamentando a validade dos juízos jurídicos; de outro lado, a validade dos princípios do processo e das máximas de interpretação é legitimada através da referência a práticas e tradições comprovadas de uma cultura de especialistas, tributária da racionalidade e dos princípios de um Estado de direito: “*Legal interpretations are constrained by rules that derive their authority from an interpretative community that is itself held together by the commitment to the rule of law*”⁵². Na perspectiva do observador, tais *standards* têm apenas o *status* de um sistema de regras de uma ética profissional que se legitima a si mesma. Já no interior da mesma cultura do direito há várias subculturas em

51 FISS, O. “Objectivity and Interpretation”, in: *Stanford Law Review*, 34, 1982, 739-763.

52 FISS, (1982), 762.

conflito, pela escolha dos *standards* corretos. Na perspectiva interna, a autolegitimação fática de uma corporação que, de forma alguma, é homogênea não é suficiente para que sejam aceitos como válidos os princípios procedimentais que fundamentam a validade. Princípios do processo que garantem a validade dos resultados de uma prática de decisão, conforme ao procedimento, necessitam de uma fundamentação interna. Tampouco basta o recurso às regulamentações positivadas ao modo do direito processual; pois a racionalidade que, sem dúvida alguma, habita nas prescrições conformes ao direito do procedimento, é parte integrante do direito vigente carente de interpretação, ou seja, cuja interpretação objetiva está em questão. Para sair desse círculo, só mesmo uma reconstrução da prática de interpretação pelo caminho de uma teoria do direito, e não de uma dogmática do direito. A crítica à teoria do direito solipsista de Dworkin tem que situar-se no mesmo nível e fundamentar os princípios do processo na figura de uma *teoria da argumentação jurídica*, que assume o fardo das exigências ideais até agora atribuídas a Hércules.

2

Uma teoria da argumentação que se entrega a essa tarefa não pode limitar-se a um acesso lógico-semântico ao discurso jurídico⁵³. Por este caminho, é possível esclarecer as regras da inferência lógica, as regras semânticas e as da argumentação. E, na medida em que as últimas coincidem com as regras para passagens argumentativas não-triviais, analisadas por Toulmin, elas sugerem uma concepção pragmática⁵⁴. Argumentos são razões que resgatam, sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constatativos ou regulativos, movendo

53 ARNAUD, A. J., HILPINEN, R. e WRÓBLEWSKI, J. (Eds.). "Juristische Logik und Irrationalität im Recht", *Rechtstheorie*, Cad. Supl. 8, 1985.

54 TOULMIN, St., (1958); *id.*, RIEKE, R. e JANIK, A. *An Introduction to Reasoning*. Nova Iorque, 1976.

racionalmente os participantes da argumentação a aceitar como válidas proposições normativas ou descritivas. Uma teoria da argumentação que esclarece o papel e a construção de argumentos considera o jogo de argumentação sob o aspecto do produto e oferece, no pior dos casos, um ponto de partida para uma fundamentação dos passos da argumentação, que ultrapassam uma justificação interna de juízos do direito. Dworkin exigiu uma teoria abrangente para a justificação externa das premissas da decisão, a qual, como vimos, sobrecarrega os esforços solipsistas de cada juiz em particular. Por isso, se coloca agora a questão: será que as exigências ideais que cercam a teoria postulada não podem ser traduzidas em exigências ideais de um processo cooperativo da formação da teoria, isto é, de um discurso jurídico que satisfaz, tanto ao ideal regulativo da única decisão correta, quanto ao da falibilidade da prática concreta de decisão? Mesmo que esse problema não tenha sido solucionado, ele é levado a sério por uma teoria discursiva do direito, a qual analisa a aceitabilidade racional dos juízos dos juizes sob o ponto de vista da qualidade dos argumentos e da estrutura do processo de argumentação. Ela apóia-se num conceito forte de racionalidade procedimental, segundo o qual as qualidades constitutivas da validade de um juízo devem ser procuradas, não apenas na dimensão lógico-semântica da construção de argumentos e da ligação lógica entre proposições, mas também na dimensão pragmática do próprio processo de fundamentação.

A correção de juízos normativos não pode ser explicada no sentido de uma teoria da verdade como correspondência, pois direitos são uma construção social que não pode ser hipostasiada em fatos. "Correção" significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos. Certamente a validade de um juízo é definida a partir do preenchimento das condições de validade. No entanto, para saber se estão preenchidas, não basta lançar mão de evidências empíricas diretas ou de fatos dados numa visão ideal: isso só é possível através do discurso – ou seja, pelo caminho de uma fundamentação *que se desenrola* argumentativamente. Ora, argumentos substanciais jamais são "cogentes" no sentido de um raciocínio lógico (que não é suficiente, porque apenas explicita o

conteúdo de premissas), ou de uma evidência imediata (a qual não se encontra em juízos de percepção singulares e, mesmo que fosse, não deixaria de ser questionável). Por isso, não há um fim “natural” no encadeamento dos possíveis argumentos substanciais; não se pode excluir *a fortiori* a possibilidade de novas informações e melhores argumentos virem a ser aduzidos. Em condições favoráveis, nós só concluímos uma argumentação, quando os argumentos se condensam de tal maneira num todo coerente, e no horizonte de concepções básicas ainda não problematizadas, que surge um acordo não-coercitivo sobre a aceitabilidade da pretensão de validade controversa. A expressão “acordo racionalmente motivado” pretende fazer jus a esse resto de facticidade: nós atribuímos a argumentos a força de “mover”, num sentido não-psicológico, os participantes da argumentação a tomadas de posição afirmativas. Para apagar esse derradeiro momento de facticidade, seria preciso encerrar a série de argumentos de um modo não puramente fático. Ora, uma conclusão interna só pode ser atingida através de idealização: seja fechando circularmente a corrente de argumentos através de uma teoria, onde as razões se interligam sistematicamente e se apóiam mutuamente – como era o caso do conceito metafísico de sistema; seja aproximando a cadeia de argumentos de um valor-limite ideal – daquele ponto de fuga que Peirce caracterizara como “final opinion”⁵⁵.

Uma vez que o ideal absolutista da teoria fechada não é mais plausível sob condições do pensamento pós-metafísico, a idéia reguladora da “única decisão correta” não pode ser explicitada com o auxílio de uma teoria, por mais forte que ela seja. A própria teoria do direito, atribuída a Hércules, teria que ser vista como uma ordem de argumentos *por enquanto* coerentes, construída *provisoriamente*, a qual se vê exposta à crítica ininterrupta. A idéia de um processo interminável de argumentação, que se dirige em direção a uma linha-limite, implica, de outro lado, a especificação de

55 APEL, K. O. *Der Denkweg von Ch. S. Peirce*. Frankfurt a/M., 1975, 118ss.; *id.* “Sprache und Bedeutung, Wahrheit und normative Gültigkeit”, in: *Archiv di Filosofia*, 55, 1987, 51-88.

condições sob as quais ele pode visar uma meta, ao menos *in the long run*, e tornar possível o progresso cumulativo de um processo de aprendizagem. Tais condições procedimentais e pragmáticas garantem de modo ideal que todos os argumentos e informações relevantes sobre um tema, disponíveis numa determinada época, possam vir completamente à tona, isto é, possam desenvolver a força de motivação racional inerente a eles. O conceito de argumento é de natureza pragmática: para saber o que é um “bom argumento”, é preciso descobrir o papel que ele desempenha no interior de um jogo de argumentação, isto é, saber até que ponto ele, seguindo as regras desse jogo, pode contribuir para a solução do problema da aceitabilidade ou não-aceitabilidade de uma pretensão de validade controversa. O conceito amplo de uma racionalidade procedimental, abrangendo a dimensão pragmática de uma disputa regulada entre argumentos, permite *complementar* as características semânticas dos argumentos através das propriedades indiretamente constitutivas da validade de um arranjo, no qual se atualiza o potencial da motivação racional que os bons argumentos carregam consigo. A fresta de racionalidade que surge entre a força meramente plausibilizadora de um único argumento substancial ou de uma seqüência incompleta de argumentos, de um lado, e a incondicionalidade da pretensão à “única decisão correta”, de outro lado, é fechada *idealiter* (idealmente) através do procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade⁵⁶.

Quando desejamos convencer-nos mutuamente da validade de algo, nós nos confiamos intuitivamente a uma prática, na qual supomos uma aproximação suficiente das condições ideais de uma situação de fala especialmente imunizada contra a repressão e a desigualdade – uma situação de fala na qual proponentes e oponentes, aliviados da pressão da experiência e da ação, tematizam uma pretensão de validade que se tornou problemática e verificam, num enfoque hipotético e apoiados apenas em argumentos, se a pretensão defendida pelo proponente tem razão de ser. A intuição

56 Cf. meu excuroso sobre a teoria da argumentação, in: HABERMAS, J. *Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981, vol. 1, 44-71.

básica que ligamos a esta prática de argumentação caracteriza-se pela intenção de conseguir o assentimento de um auditório universal para um proferimento controverso, no contexto de uma disputa não-coercitiva, porém regulada pelos melhores argumentos, na base das melhores informações. É fácil descobrir por que o princípio do discurso promove esse tipo de prática para a fundamentação de normas e decisões valorativas. Para saber se normas e valores podem encontrar o assentimento racionalmente motivado de todos os atingidos, é preciso assumir a perspectiva, intersubjetivamente ampliada da primeira pessoa plural, a qual assume em si, de modo não-coagido e não-reduzido, as perspectivas da compreensão do mundo e da autocompreensão de todos os participantes. Para uma tal assunção ideal de papéis, praticada em comum e generalizada, recomenda-se a prática da argumentação. Como forma reflexiva do agir comunicativo, ela se caracteriza, por assim dizer, através de uma reversibilidade completa de todas as perspectivas dos participantes, *liberando* a intersubjetividade mais alta da coletividade deliberativa. Através disso, o universal concreto, hegeliano, é sublimado na forma de uma *estrutura* comunicativa purificada de todos os elementos substanciais.

Questões de aplicação de normas afetam a autocompreensão e a compreensão do mundo dos participantes, porém não do mesmo modo que os discursos de fundamentação. Nos discursos de aplicação, as normas, supostas como válidas, referem-se sempre aos interesses de todos os possíveis atingidos; no entanto, quando se trata de saber qual norma é adequada a um caso determinado, essas relações se retraem atrás dos interesses das partes imediatamente envolvidas. No seu lugar entram interpretações da situação, que dependem da autocompreensão e da compreensão diferencial do mundo do autor do delito e dos atingidos. Dessas diferentes interpretações da situação precisa emergir uma descrição do estado de coisas, já impregnado normativamente, que não passa simplesmente por alto as diferenças de percepção existentes. Aqui também se trata de um cruzamento de perspectivas de interpretação não-mediadas. Em discursos de aplicação, as perspectivas particulares dos participantes têm que manter, simultaneamente, o contato com a estrutura geral de perspectivas que, durante os discursos de

fundamentação, esteve atrás das normas supostas como válidas. Por isso, as interpretações de casos singulares, que são feitas à luz de um sistema coerente de normas, dependem da forma comunicativa de um discurso constituído de tal maneira, do ponto de vista social-ontológico, que as perspectivas dos participantes e as perspectivas dos parceiros do direito, representadas através de um juiz imparcial, podem ser convertidas umas nas outras. Essa circunstância explica também por que o conceito de coerência, utilizado para interpretações construtivas, é alheio a caracterizações semânticas, apontando para pressupostos pragmáticos da argumentação.

3

Na literatura correspondente desenham-se dois caminhos complementares. O primeiro parte de questões concretas da fundamentação jurídica de decisões e se eleva até uma teoria dos discursos jurídicos; não posso aprofundar esse ponto⁵⁷. O outro

57 No início Aulis Aarnio entende a legitimidade, uma das duas dimensões da validade do direito, como aceitabilidade racional (*The Rational as Reasonable*. Dordrecht, 1987); ele discute os diferentes tipos de normas do direito e estabelece uma hierarquia nestas categorias do direito vigente (61ss. e 78ss.): elas são “sources for information”. Em seguida, ele trata das regras do discurso, que devem ser seguidas pela interpretação; elas constituem as “sources of rationality”. Do mesmo modo que Dworkin, ele coloca o peso principal sobre a justificação externa das premissas da decisão, para as quais se exigem razões substanciais: princípios e colocações de objetivos (rightness reasons vs. goal reasons). Para a fundamentação desses princípios, no entanto, Aarnio não exige, como Parsons, a construção de uma teoria abrangente, apenas a coerência entre as condições de um discurso racional: “Justification procedure is essentially a dialogue. It is a succession of questions and answers on the basis of which different pro and contra arguments will be presented. The addressee can rationally accept the interpretation only if the justification results in a coherent cluster of statements and if this cluster fulfills (certain) criteria (especialmente critérios da ligação ao direito vigente). This is so, because the standards of legal reasoning

caminho conduz de cima para baixo. Robert Alexy inicia com uma análise das condições do processo dos discursos racionais em geral. As “regras da razão” trazem à tona as idealizações a serem feitas na dimensão temporal, social e material – tempo infinito, participação ilimitada e ausência completa de coerção. No discurso racional, nós supomos condições comunicativas as quais: previnem uma quebra não motivada da argumentação; garantem a liberdade da escolha de temas e a inclusão das melhores informações e argumentos, através do acesso universal à argumentação e da participação simétrica nela, com igualdade de chances; neutralizam qualquer coerção que possa influir sobre o processo de entendimento a partir de fora ou que decorra desse mesmo entendimento. A única “coerção” permitida é a obrigação da busca cooperativa da verdade⁵⁸. Para discursos prático-morais, Alexy introduz, como regra de fundamentação, uma versão do princípio kantiano de universalização. É possível mostrar que esse princípio de universalização está fundado nos pressupostos idealizadores da argumentação em geral⁵⁹. Quem deseja participar seriamente de

alone do not guarantee the coherence of the justificatory material. All reasons must also be used in a rational way” (AARNIO, (1987), 187). Para que os bons argumentos possam desenvolver toda a sua força racionalmente motivadora, torna-se necessário um fórum no qual todas as vozes relevantes encontrem eco. Aarnio descreve esse fórum, servindo-se do conceito “auditório ideal”, de Perelman. Para o discurso jurídico, é suficiente um auditório ideal particular, reduzido aos limites da comunidade de direito. Esse é composto pelas pessoas racionais, as quais se deixam determinar, em suas tomadas de posição sim/não, pela coerção não coercitiva do melhor argumento – isso no contexto de uma participação numa forma de vida.

58 ALEXY, R. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt a/M., 1978; cf. tb. HABERMAS, J. “Wahrheitstheorien”, in: *id. Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt a/M., 1984, 127-183.

59 HABERMAS, J. “Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm”, in: *id.* (1983), 53-126.

uma prática de argumentação tem que admitir pressupostos pragmáticos que o constroem a assumir um papel ideal, ou seja, a interpretar e a avaliar todas as contribuições em todas as perspectivas, também na de cada um dos outros virtuais participantes. Com isso, a ética do discurso recupera, de certa forma, a norma fundamental de Dworkin, ou seja, a do igual respeito e consideração.

Se aceitamos a compreensão deontológica do direito, de Dworkin, e seguimos as considerações da teoria da argumentação de autores como Aarnio, Alexy e Günther, temos que admitir duas teses. Em primeiro lugar, o discurso jurídico não pode mover-se auto-suficientemente num universo hermeticamente fechado do direito vigente: precisa manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas do direito. Em segundo lugar, a correção de decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo. Ora, seria natural encaminhar a teoria discursiva do direito conforme o modelo da ética do discurso, melhor elaborada. Entretanto, nem o primado heurístico dos discursos prático-morais, nem a exigência segundo a qual regras do direito não podem contradizer normas morais, permitem que se conclua, sem mais nem menos, que os discursos jurídicos constituem uma parte das argumentações morais. Contra essa “tese do caso excepcional”, de Alexy (defendida inicialmente de modo não-específico com relação a discursos de fundamentação e de aplicação⁶⁰), levantou-se uma série de objeções.

(a) Parece que as limitações específicas, que atingem o agir forense das partes ante o tribunal, não permitem que o evento do processo seja medido pelo discurso racional. As partes não estão obrigadas à busca cooperativa da verdade, uma vez que também

60 Em seu posfácio, Alexy faz uma distinção entre o aspecto da racionalidade do direito vigente e o da aplicação correta das normas tidas como fundamentadas, porém, acrescenta o seguinte: “Na pretensão à correção, levantada pelas decisões judiciais, estão contidos os dois aspectos”. ALEXY, (1990), 433.

podem perseguir seu interesse numa solução favorável do processo “introduzindo estrategicamente argumentos capazes de consenso”⁶¹. Contra isso é possível objetar, com grande plausibilidade, que todos os participantes do processo, por mais diferentes que sejam seus motivos, fornecem contribuições para um discurso, o qual serve, *na perspectiva do juiz*, para a formação imparcial do juízo. Somente essa perspectiva é constitutiva para a fundamentação da decisão⁶².

(b) Mais problemática é a indeterminação do processo do discurso; as condições procedimentais para argumentações em geral não são suficientemente seletivas para obter uma única decisão correta⁶³. Não levo em conta aqui essa objeção, na medida em que se refere à teoria do discurso em geral⁶⁴. Limito-me a uma crítica à indeterminação de discursos jurídicos. Alexy caracteriza-os como parte dos discursos prático-morais ligados ao direito vigente. E, em conformidade com isso, ele complementa as regras gerais do discurso através de regras e argumentos especiais, que assumem os pontos essenciais do cânon da prática de interpretação jurídica exercitada. Para refutar a tese da indeterminação, Alexy teria que mostrar que esses princípios processuais e máximas de interpretação – extraídas da prática e sistematizadas na doutrina dos métodos – apenas especificam as condições gerais do processo de discursos

prático-morais em relação à ligação com o direito vigente. Para satisfazer a essa exigência não basta fazer uma breve referência às semelhanças estruturais entre as regras e formas de argumentos aduzidos para os dois tipos de discurso⁶⁵.

(c) Alexy sabe que decisões jurídicas fundamentadas pelo discurso não podem ser “corretas” no mesmo sentido que juízos morais válidos: “A racionalidade da argumentação jurídica é sempre determinada através das leis, portanto relativa à racionalidade da legislação. Uma racionalidade ilimitada da decisão jurídica pressuporia a racionalidade da legislação”⁶⁶. E, enquanto esse pressuposto não for preenchido, a harmonia entre direito e moral, defendida por Alexy, tem uma desagradável conseqüência: ela não somente relativiza a correção de uma decisão jurídica, mas a coloca em questão enquanto tal. Pretensões de validade são codificadas de modo binário, não permitindo um mais ou menos: “*Pois o que distingue uma argumentação racional de uma lei irracional não é um menos e sim algo qualitativamente diferente da racionalidade material de uma decisão encontrada seguindo as regras do discurso prático racional*”⁶⁷. Para fugir a essa objeção, precisamos enfrentar, com Dworkin, a tarefa de uma reconstrução racional do direito vigente. Uma decisão jurídica de um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente.

(d) K. Günther assume esse conceito normativo de coerência. Como foi mostrado, ele considera, no discurso prático-moral, os aspectos da fundamentação e da aplicação para, a seguir, interpretar a argumentação jurídica como um caso especial do discurso de aplicação moral. Através disso, o discurso jurídico é aliviado do peso das questões de fundamentação. O “julgamento adequado” extrai sua correção da validade *pressuposta* das normas estabelecidas pelo legislador político. Todavia, os juízes não podem eximir-se de uma avaliação reconstrutiva das normas tidas como válidas, porque eles só podem solucionar colisões de normas se

61 NEUMANN, (1986), 85.

62 ALEXY, “Antwort auf einige Kritiker”, in: ALEXY (1990).

63 KAUFMANN, A. *Theorie der Gerechtigkeit*. Frankfurt a/M., 1984, 35ss.; *id.*, “Recht und Rationalität”, in: *Festschrift W. Maihofer*. Frankfurt a/M., 1986; *id.* *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*. Heidelberg, 1990, 28ss. e 35ss.; cf. tb. as contribuições de O. Winberger e R. Alexy in: MAIHOFER, W. e SPRENGER, G. (Eds.). *Praktische Vernunft und Theorien der Gerechtigkeit. Conferências do XV Congresso Mundial da JVR em Göttingen*, vol. 1, Stuttgart, 1993.

64 Cf. ALEXY. “Probleme und Diskurstheorie”, in: *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 43, 1989, 81-93; HABERMAS, *Erläuterungen zur Diskursethik*, 1991, 159-166.

65 ALEXY (1990), 352s.

66 ALEXY (1990), 351.

67 NEUMANN (1986), 90.

assumirem “que todas as normas válidas formam, em última instância, um sistema ideal e coerente, que permite apenas uma resposta correta para situação de aplicação”⁶⁸. Essa concepção contrafactual mantém o seu valor heurístico enquanto puder encontrar no mundo do direito vigente um fragmento de razão que lhe venha ao encontro. Se a razão – que sob este pressuposto já teria que estar agindo fragmentariamente na legislação política de Estados democráticos de direito – fosse *idêntica* à razão kantiana, que legisla moralmente, nós não poderíamos confiar na possibilidade de reconstrução da ordem jurídica vigente, permeada de contingências. Porém a legislação política não se apóia somente, e nem em primeira linha, em argumentos *morais*, mas também em argumentos de outras proveniências.

Quando nos apoiamos numa teoria procedimental, a legitimidade de normas jurídicas mede-se pela racionalidade do processo democrático da legislação política. Como já foi mostrado, esse processo é mais complexo que o da argumentação moral, porque a legitimidade das leis não se mede apenas pela correção dos juízos morais, mas também pela disponibilidade, relevância, pertinência e escolha de informações, pela fecundidade da elaboração das informações, pela adequação das interpretações da situação e pelas colocações de problemas, pela racionalidade de decisões eleitorais, pela autenticidade de valorações fortes, principalmente pela equidade dos compromissos obtidos, etc. É verdade que discursos jurídicos podem ser analisados seguindo o modelo de discursos morais, pois, em ambos os casos, se trata da lógica de aplicação de normas. Porém a dimensão de validade mais complexa das normas do direito proíbe equiparar a correção de decisões jurídicas à validade de juízos morais e, nesta medida, considerá-la como um caso especial de discursos morais. As máximas de interpretação e princípios jurídicos, canonizados na metodologia, só serão atingidos satisfatoriamente por uma teoria do discurso, quando tivermos conseguido analisar melhor do que até hoje a

68 GÜNTHER (1989), 182.

rede de argumentações, negociações e comunicações políticas, na qual se realiza o processo de legislação⁶⁹.

4

A tese do caso especial, defendida numa ou noutra versão, é plausível sob pontos de vista heurísticos; porém ela sugere uma falsa subordinação do direito à moral, porque ainda não está totalmente liberta de conotações do direito natural. A tese pode ser superada a partir do momento em que levamos a sério a diferenciação paralela entre direito e moral, a qual surge no nível pós-convenicional de fundamentação. Neste momento, o princípio do discurso tem que assumir uma feição suficientemente abstrata, ao passo que o princípio da moral e da democracia resultam, entre outras coisas, da especificação do princípio do discurso em relação a diferentes tipos de normas de ação. Estas regulam, num caso, interações simples e informais; no outro, relações interacionais entre pessoas jurídicas que se entendem como portadoras de direitos. Em consonância com isso, os discursos pressupostos pelo princípio do discurso ramificam-se, de um lado, em argumentações morais e, de outro lado, em discursos políticos e jurídicos, institucionalizados conforme o direito, incluindo questões morais relacionadas a normas jurídicas. O sistema dos direitos, que assegura ao mesmo tempo a autonomia privada e pública de parceiros do direito, é interpretado e configurado no processo democrático da legislação e em processos da aplicação imparcial do direito. Essa estratégia conceitual traz duas conseqüências.

Evita-se, em primeiro lugar, que os discursos especializados na fundamentação e aplicação de leis tenham que ser introduzidos posteriormente, como casos especiais de discursos morais de fundamentação e de aplicação. Não é mais preciso limitar os discursos

69 Neste sentido, é preciso concordar com ALEXY (1990), 352: “Para atingir uma teoria do discurso jurídico, capaz de englobar essas condições (da racionalidade da legislação), seria necessário passar da teoria do discurso racional prático para uma teoria da legislação e, desta, para uma teoria normativa da sociedade”.

jurídicos através de uma restrição lógica dos conteúdos morais. Eles não constituem casos especiais de argumentações morais, ligados ao direito vigente, limitados, por isso, a uma parte daquilo que é moralmente permitido ou necessário. Eles são, ao invés disso, referidos *naturalmente* ao direito gerado democraticamente e institucionalizados juridicamente, na medida em que não se trata do trabalho de reflexão da dogmática jurídica. Com isso se torna claro, em segundo lugar, que discursos jurídicos - dadas as suas formas de comunicação - não se referem somente a normas jurídicas, por estarem *inseridos* no próprio sistema de direitos. Pois, do mesmo modo que os processos democráticos no âmbito da legislação, assim também as ordens dos processos judiciais no âmbito da aplicação do direito, devem compensar a falibilidade e a certeza da decisão que resultam do fato de que os pressupostos comunicativos pretensiosos de discursos racionais só podem ser preenchidos aproximativamente.

O conteúdo da tensão entre a legitimidade e a positividade do direito é controlada na jurisdição como um problema da decisão correta e, ao mesmo tempo, consistente. A mesma tensão se renova, porém, no próprio nível pragmático da prática da decisão judicial, porque as exigências ideais feitas ao processo de argumentação têm que ser harmonizadas com as restrições impostas pela necessidade de regulamentação fática. Em compensação, o direito tem que ser aplicado a si mesmo através de formas de organização, a fim de não produzir apenas competências da jurisdição em geral, e sim introduzir discursos jurídicos como componentes de processos judiciais. As ordens dos processos judiciais institucionalizam a prática de decisão judicial de tal modo que o juízo e a fundamentação do juízo podem ser entendidos como um jogo de argumentação, programado de uma maneira especial. Por outro lado, os processos jurídicos cruzam-se com os argumentativos, sendo que a instauração jurídico-processual de discursos jurídicos não pode intervir no âmago da lógica da argumentação. O direito processual não regula a argumentação jurídico-normativa enquanto tal, porém assegura, numa linha temporal, social e material, o quadro institucional para decorrências comunicativas não-circunscritas, que obedecem à lógica de discursos de aplicação. Eu

gostaria de esclarecer isso sinteticamente, lançando mão do direito civil e penal da Alemanha⁷⁰.

Tomemos, em primeiro lugar, as restrições sociais e temporais da evolução do processo. Mesmo que não haja, legalmente, nenhuma duração máxima para processos, há prazos (especialmente nas instâncias dos tribunais de revisão e de apelação) que impedem que questões conflitivas sejam tratadas de modo dilatatório e fora do direito. Além disso, a distribuição dos papéis sociais no processo produz uma simetria entre a promotoria e a defesa (no processo penal), ou entre a acusação e o acusado (no processo civil). E, durante a condução das negociações, o tribunal pode assumir, de diferentes maneiras, o papel do terceiro imparcial - levantando ativamente provas ou observando de modo neutro. Durante a instância da prova, os ônus da prova são regulados de modo mais ou menos claro para os participantes do processo. O próprio processo da prova é estruturado de modo agonístico, como uma disputa entre partes que perseguem seus próprios interesses. Embora no processo penal o tribunal "por dever de ofício e para pesquisar a verdade, tenha que estender o levantamento de provas a todos os fatos e provas relevantes para a decisão" (Parag. 244, alínea 2), os papéis da participação no processo são definidos de tal maneira que o levantamento de provas não está estruturado discursivamente no sentido de uma busca cooperativa da verdade. Porém, como acontece no processo do júri anglo-saxão, os espaços da ação estratégica estão organizados de tal forma que possivelmente todos os fatos relevantes para a constituição do estado de coisas são tematizados. O tribunal apóia neles a sua avaliação dos fatos e seu julgamento jurídico.

O ponto mais interessante de todo o processo aparece, quando se consideram as restrições materiais às quais o desenvolvimento do processo está submetido. Essas servem para a delimitação institucional de um espaço interno para o livre evoluir de argumentos em discursos de aplicação. Os procedimentos a serem mantidos, até a abertura de um processo principal, definem o objeto de

70 Eu devo agradecer a Klaus Günther pelas indicações que seguem.

disputa, para que o processo possa concentrar-se em casos claramente delimitados. Sob o pressuposto metódico de uma separação entre questões de fato e de direito, a aceitação de provas, encenada como interação entre presentes, serve à constatação de fatos e à segurança de meios de prova. Apesar da relação circular entre normas jurídicas e estados de coisas, entre variantes de interpretação e relações com fatos, a apreciação jurídica não é tematizada, permanecendo atrás dos bastidores. O curioso é que o tribunal desenvolve a seguir, e *internamente*, nos dois tipos de processo, a apreciação das provas e a avaliação jurídica, portanto sem necessitar de um processo especial. O discurso jurídico, no qual os fatos “provados” ou “tidos como verdadeiros” são julgados normativamente, só é abrangido, sob aspectos objetivos, pelo direito processual, na medida em que o tribunal tem que “apresentar” e “fundamentar” o seu juízo perante os participantes do processo e da esfera pública. A fundamentação consiste nos fatos e nos argumentos da decisão: “Nos próprios argumentos da decisão, o tribunal fornece um pequeno resumo das considerações sobre as quais se apóia a decisão numa relação jurídica e fática” (Parag. 313, alin. 3). Aqui se encontra também a apreciação das provas, ao lado de alegações jurídicas⁷¹. As regras do processo não regulam, pois, os argumentos permitidos, nem o prosseguimento da argumentação; porém eles garantem espaços para discursos jurídicos que se transformam no objeto do processo, porém somente no resultado. O resultado pode ser submetido a um reexame pelo caminho das instâncias.

A auto-reflexão institucionalizada do direito serve à proteção individual do direito sob o duplo ponto de vista da justiça no caso singular, bem como da uniformidade da aplicação do direito e do aperfeiçoamento do direito: “A *finalidade dos meios jurídicos* consiste inicialmente em *conseguir decisões corretas e, por isso, justas*, no interesse das partes, *através da revisão das decisões promulgadas*. A simples possibilidade da revisão obriga, além

71 ARENS, P. *Zivilprozessrecht*. 4^a ed. Munique, 1988, 219, núm. 338.

disso, os tribunais a uma *fundamentação cuidadosa*. Porém o fim dos meios jurídicos não se esgota nisso. Existe também um *interesse geral* num sistema eficiente de meios jurídicos. A proibição da auto-ajuda só pode ser realizada de modo efetivo, quando as partes têm certas garantias de obter uma decisão correta. Além disso, o cortejo de instâncias, com sua *concentração da jurisdição* em tribunais cada vez mais altos até chegar ao tribunal supremo, leva à *uniformização* absolutamente necessária e ao *aperfeiçoamento do direito*. Esse interesse público não desempenha o mesmo papel nos meios singulares do direito. Ele é muito mais pronunciado na revisão do que na apelação⁷². O interesse público na uniformização do direito destaca uma característica pregnante na lógica da jurisprudência: O tribunal tem que decidir cada caso particular, mantendo a coerência da ordem jurídica em seu todo.

Resumindo tudo, podemos constatar que as ordens processuais regulam, de forma mais ou menos estrita, a tomada de provas, concentrada no desenrolar da ação, possibilitando às partes um trato limitadamente estratégico com o direito, enquanto o discurso jurídico do tribunal se desenrola num vácuo do direito processual, de tal modo que a produção do juízo fica reservada unicamente à competência profissional do juiz: “Sobre o resultado da tomada de provas o tribunal decide segundo seu convencimento livre, formulado a partir da síntese do litígio” (Parag. 261, StPO). Na medida em que o discurso jurídico nasce no próprio processo, deve ficar isento de influências externas.

72 ARENS (1988), 346s, núm. 381.

VI. JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO: SOBRE O PAPEL E A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

A teoria de Dworkin serviu como fio condutor para analisarmos o problema da racionalidade da jurisdição, cujas decisões devem satisfazer, simultaneamente, a critérios da segurança do direito e da aceitabilidade racional. Reinterpretamos essa teoria construtiva do direito vigente, seguindo o modelo procedimentalista, ou seja, transpusemos as exigências idealizadoras, que acompanham a formação da teoria, para o conteúdo idealizador de pressupostos pragmáticos necessários do discurso jurídico. No entanto, ainda não foi resolvida a seguinte questão: de que modo tal prática de interpretação, que procede construtivamente, pode operar no âmbito da divisão de poderes do Estado de direito, sem que a justiça lance mão de competências legisladoras (o que a faria soterrar a ligação estrita que deve haver entre a administração e a lei)?

Ora, a prática de decisão está ligada ao direito e à lei, e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente. E esta depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de legislação, o qual, sob condições da divisão de poderes no Estado de direito, não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito. Ora, o discurso político e a prática da legislação constituem, sob pontos de vista do direito constitucional, um tema importante da dogmática jurídica; mesmo assim, uma teoria do direito, que leva em conta discursos jurídicos, só se abre a eles na perspectiva da jurisprudência. E, a partir do momento em que pretendemos analisar a relação problemática entre justiça e legislação, na perspectiva da teoria do direito, a autorização para exercitar o controle judicial da constitucionalidade (*Verfassungs-*

gerichtbarkeit) oferece-se como um ponto de referência metódico, institucionalmente palpável. A existência de tribunais constitucionais não é auto-evidente. Tais instituições não existem em muitas ordens do Estado de direito. E, mesmo onde eles existem – eu me restrinjo aqui à República Federal da Alemanha e aos Estados Unidos – há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões. E tais controvérsias constituem um indício da necessidade de clarificação, resultante do enfeixamento *institucional de funções*, que são nitidamente diferenciadas numa teoria da constituição.

Gostaria de destacar alguns aspectos desta discussão. A crítica à jurisdição constitucional é conduzida quase sempre em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça; e, nesta medida, ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes. Todavia, esse problema coloca-se sob diferentes aspectos e de modos distintos. Refiro-me a três discursos, dos quais o primeiro constitui uma introdução à disputa sobre paradigmas, que retomarei no último capítulo; o segundo desenvolve a abordagem metodológica do capítulo anterior; o terceiro discurso prepara a controvérsia, a ser desenvolvida no próximo capítulo, sobre uma compreensão do processo político à luz de uma teoria do discurso.

Sob o primeiro aspecto, a crítica à prática de decisão do tribunal constitucional, especialmente na República Federal da Alemanha, apóia-se numa interpretação liberal do clássico esquema de divisão de poderes. Para explicar a ampliação de funções da justiça, praticamente inevitável, porém perigosa do ponto de vista normativo, uma vez que sobrecarrega o tribunal constitucional com tarefas de uma legislação concorrente, a crítica apóia-se no desenvolvimento do Estado liberal de direito que se transforma no Estado intervencionista e do bem-estar social (Seção I). Sob o segundo aspecto, o debate sobre a indeterminação do direito prossegue tendo em vista a jurisprudência dos valores do Tribunal Constitucional Federal. A crítica volta-se contra uma autocompreensão metodológica que se forma no tribunal, que equipara a orientação por princípios com a comparação entre bens (Seção II).

Sob o terceiro aspecto, o papel do tribunal constitucional consiste, especialmente nos Estados Unidos, em proteger o procedimento democrático da legislação; trata-se da renovação de uma compreensão republicana, portanto não-instrumental, do processo político em seu todo (Seção III).

I. Dissolução do paradigma liberal do direito.

1

Os tribunais constitucionais preenchem normalmente várias funções ao mesmo tempo. E, mesmo que as suas diferentes competências convirjam na tarefa de decidir autoritariamente questões de interpretação da constituição e, desta maneira, de proteger a coerência da ordem jurídica, o enfeixamento destas competências no quadro de uma instituição, sob pontos de vista de uma teoria constitucional, não é pura e simplesmente cogente. Se tomarmos como exemplo o Tribunal Federal Constitucional, poderemos distinguir três esferas de competência: as disputas entre os órgãos (inclusive as controvérsias entre a União e os Estados), o controle da constitucionalidade de normas jurídicas (nosso interesse estará dirigido especialmente às leis) e os recursos constitucionais. A competência para recursos constitucionais e para o controle concreto de normas (portanto para casos nos quais os tribunais inferiores interrompem um processo a fim de consultar sobre a constitucionalidade de uma norma a ser aplicada, levando em conta o caso concreto) é problemática, ao menos sob pontos de vista da divisão de poderes. Aqui o tribunal constitucional funciona no sentido da uniformização do direito. Mesmo sem prejuízo de sua autorização para declarar a importância de leis, ele constitui, no sistema da jurisdição, estruturado hierarquicamente e ao lado dos tribunais federais superiores, uma espécie de órgão máximo que assume tarefas de reflexão e autocontrole. De modo semelhante, cabe ao governo, na qualidade de órgão máximo do executivo, a tarefa do autocontrole da administração. A decisão constitucional de litígios entre órgãos, em sentido mais amplo, pode ser mais problemática. Essa competência atinge a separação de funções do

Estado, porém se justifica, plausivelmente, a partir da necessidade técnico-constitucional de solucionar conflitos entre os órgãos estatais que dependem de um entrosamento. Não obstante, a lógica da divisão dos poderes não pode ser ferida pela prática de um tribunal que não possui os meios de coerção para impor suas decisões contra uma recusa do parlamento e do governo. A concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato de normas. E, para saber se uma lei decidida pelo parlamento é conforme à constituição, ou ao menos, não contradiz a configuração coerente do sistema dos direitos, esta questão é submetida a um reexame judicial. Até à votação, esta é uma questão que o parlamento tem que decidir. É sempre útil considerar se o reexame desta decisão parlamentar também poderia dar-se na forma de um autocontrole do legislador, organizado em forma de tribunal, e institucionalizado, por exemplo, numa comissão parlamentar que inclui juristas especializados. Tal internalização da auto-reflexão sobre decisões próprias teria a vantagem de levar o legislador a manter presente, durante as suas deliberações, o conteúdo normativo de princípios constitucionais. Este se perde, por exemplo, quando o exercício parlamentar *redefine* questões éticas e morais, transformando-as em questões negociáveis, isto é, capazes de compromisso. Nesta linha, se a diferenciação institucional auto-referencial de um processo de controle de normas, fosse da competência do parlamento, talvez pudesse contribuir para o incremento da racionalidade do processo de legislação. Ela é até recomendada, quando se toma como ponto de partida, no sentido de nossas análises, que a divisão de poderes visa submeter, em primeiro lugar, a administração ao poder gerado comunicativamente.

Na visão da teoria do discurso, a lógica da divisão de poderes exige uma assimetria no cruzamento dos poderes do Estado: em sua atividade, o executivo, que não deve dispor das bases normativas da legislação e da justiça, subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a possibilidade de uma inversão dessa relação, ou seja, uma supervisão dos outros dois poderes através do executivo. Por isso, quem segue C. Schmitt e proclama o presidente do Reich, ou seja, o ponto mais alto do executivo, como

“guarda da constituição”, transforma o sentido da divisão de poderes no Estado democrático em seu contrário¹. A lógica da divisão de poderes, fundamentada numa teoria da argumentação, sugere que se configure *auto-reflexivamente* a legislação, de modo idêntico ao da justiça e que se a revista com a competência do autocontrole de sua própria atividade. O legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontraram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei. De outro lado, o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador. Por isso, não é inteiramente destituído de sentido reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial. A transmissão dessa competência para um tribunal constitucional implica uma fundamentação complexa. Pois “o discurso sobre os direitos fundamentais antecede-os, não se ligando, por isso, às decisões tomadas no processo legislativo. Isso significa que o mais importante fator de ligação para a argumentação jurídica geral, isto é, a lei simples e relativamente concreta, não é encontrada no discurso. No seu lugar entram as determinações dos direitos fundamentais, muito abstratas, abertas e carregadas de ideologia”². Alexy refere o “discurso dos direitos fundamentais” a todos os domínios da jurisdição constitucional. Somente no caso do controle abstrato de normas, temos um desligamento explícito da validade de leis com força de direito - mesmo que seja apenas de modo pontual.

Em sua controvérsia com C. Schmitt, H. Kelsen se pronunciara pela institucionalização de um tribunal constitucional, lançando mão de argumentos políticos, compreensíveis para a época

1 SCHMITT, C. *Der Hüter der Verfassung*. Tubinga, 1931. Em sua crítica mordaz, H. Kelsen mostrou que essa proposta é consequência da guinada de C. Schmitt rumo ao “Estado total”: KELSEN, H. “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?”, in: *Justiz*, VI, 1931, 576-628.

2 ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden, 1985, 501.

de então, e de argumentos da teoria do direito. C. Schmitt não conseguira aceitar a idéia de que o controle abstrato de normas era uma questão de aplicação de normas e, com isso, uma operação genuína da prática de decisão judicial, porque somente “regras gerais podem ser comparadas entre si, porém não subsumidas umas às outras, ou aplicadas umas às outras”. Não haveria umnexo entre norma e fatos³. A isso Kelsen podia objetar que o objeto do controle não é o conteúdo de uma lei problemática e sim a constitucionalidade de sua criação: “Os fatos a serem subsumidos sob a norma constitucional, quando se trata das decisões sobre a constitucionalidade de uma lei, não constituem a norma ..., e sim a produção da norma”⁴. Esse argumento certamente seria procedente se pudéssemos interpretar o controle de normas em geral de modo procedimental, o que ainda teremos que examinar. Pois o argumento decisivo se encontra no plano político-jurídico: “Uma vez que nos casos mais importantes de transgressão da constituição o parlamento e o governo passam a ser partes litigantes, recomenda-se apelar para uma terceira instância para decidir o conflito, a qual esteja acima dessa oposição, impossibilitada ela mesma de exercer o poder, a qual divide essencialmente a constituição entre o governo e o parlamento. Isso confere inevitavelmente um certo poder a tal instância. Porém o fato de atribuir a um órgão o simples poder de controlar a constituição não é o mesmo que fortalecer ainda mais o poder de um dos dois portadores principais do poder, conferindo-lhe o controle da constituição”⁵.

Pouco importa o modo como nos posicionamos em relação à questão da institucionalização adequada dessa interpretação da constituição, que diz respeito diretamente à atividade do legislativo: a concretização do direito constitucional através de um controle judicial da constitucionalidade serve, em última instância, para a clareza do direito e para a manutenção de uma ordem jurídica coerente.

3 SCHMITT (1931), 42.

4 KELSEN (1931), 590.

5 KELSEN (1931), 609.

Num discurso apoiado em direitos fundamentais, entra em cena o tribunal constitucional – e outros tribunais –, quando se trata da aplicação do direito vigente, e não apenas quando se trata do controle posterior de leis já promulgadas pelo parlamento. Pouco importa se, no caso singular, há colisão entre vários direitos fundamentais, ou se simples leis colidem com outros direitos fundamentais à luz de um direito fundamental: em muitos casos e em todos os níveis da jurisprudência, entram em jogo princípios que envolvem uma interpretação construtiva do caso particular, no sentido de Dworkin. Todavia, o tribunal constitucional só tem a ver com casos de colisão; suas decisões têm quase sempre o caráter de decisões sobre princípios. Por isso, na autorização constitucional para o exercício da jurisdição – e tendencialmente em outros tribunais superiores –, se acumula e se agudiza a problemática da “indeterminação do direito”, à qual já aludimos. (Numa resolução do dia 14 de fevereiro de 1973, o Tribunal Constitucional Federal tomou a ofensiva e tratou dessa problemática com relação à Lei Fundamental, art. 20, al. 3): “O direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Em certas circunstâncias, pode haver um ‘mais’ de direito em relação aos estatutos positivos do poder do Estado, que tem a sua fonte na ordem jurídica constitucional como uma totalidade de sentido e que pode servir de corretivo para a lei escrita; é tarefa da jurisdição encontrá-lo e realizá-lo em suas decisões”⁶. E, logo em seguida, se afirma que a interpretação correta deve ser “encontrada”, isto é, elaborada numa “argumentação racional”. Outras formulações, que atribuem ao tribunal constitucional a função do desenvolvimento do direito através do “encontro criativo do direito”, deixam entrever, contudo, uma autocompreensão problemática do tribunal. K. Hesse enfrenta esse ponto com a observação ousada, justificada de acordo com as considerações do capítulo anterior: “Certamente as decisões da jurisdição constitucional contêm um momento de configuração criativa. Porém toda interpretação revela um caráter criativo. Ela continua sendo interpretação, mesmo quando serve para a resposta de questões do direito constitucional e quando ela tem como objeto normas da dimensão e da abertura das normas

6 BVerGE 34, 269, p. 304.

do direito constitucional. A concretização de tais normas pode reservar dificuldades maiores do que as das prescrições mais detalhadas; todavia, isso não muda o fato de que, em ambos os casos, se trata de processos estruturalmente análogos”⁷. Nesta visão, as competências amplas do Tribunal Constitucional Federal não constituem necessariamente uma ameaça à lógica da divisão de poderes.

2

Os críticos, apoiados mais em considerações históricas ou metódicas, constataam no Estado de direito e no desenvolvimento do sistema jurídico em geral, um deslocamento preocupante dos pesos entre parlamentos e tribunais constitucionais. Autores como E. W. Böckenförde, E. Denninger e D. Grimm⁸ enaltecem a situação constitucional de uma ordem jurídica e política global, que não garante apenas proteção jurídica individual abrangente, como também o bem-estar social e a segurança dos cidadãos, assumindo conseqüentemente uma espécie de garantia contra os riscos de diminuição de *status* sociais, ou seja, de retorno a um estado inicial de separação entre Estado e sociedade, descrito de modo ideal típico. Na linha desse modelo liberal de sociedade, a constituição deveria fazer uma separação entre a esfera de uma sociedade econômica, livre do Estado, na qual os indivíduos buscam sua felicidade e seus próprios interesses de forma autônoma e privada, e a esfera estatal da persecução do bem comum – “em todo caso não era função da constituição combinar a esfera do bem individual e do bem comum sob uma idéia de conteúdo mais abrangente”⁹. Tarefas e objetivos do Estado continuavam

7 HESSE (1990), 219.

8 BÖCKENFÖRDE, E. W. (1991); DENNINGER, E. *Der gebändigte Leviathan*. Baden-Baden, 1990; GRIMM, D. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt a/M., 1991.

9 DENNINGER, D. “Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe”, in: Denninger (1990), 159.

entregues à política; na compreensão liberal, eles não eram objeto da normatização do direito constitucional. A isso corresponde a compreensão dos direitos fundamentais como direitos de defesa, referidos ao Estado. Uma vez que eles fundamentam apenas pretensões dos cidadãos contra o Estado, que se omite em relação a eles, valem “imediatamente”. Isso significa um condicionamento relativamente claro da jurisdição. Ora, o legislador criou uma situação jurídica fácil de compreender. Pois ele podia limitar-se a garantir a ordem pública, a prevenir abusos da liberdade na economia, bem como circunscrever claramente, através de leis gerais e abstratas, as possibilidades de intromissão da administração do Estado e de seus espaços de configuração.

No modelo liberal, a ligação estrita da justiça e da administração à lei resulta no clássico esquema da divisão de poderes, que deveria disciplinar, através do Estado de direito, o arbítrio do poder estatal absolutista. A distribuição das competências entre os poderes do Estado pode ser entendida como cópia dos eixos históricos de decisões coletivas: A prática de decisão judicial é entendida como agir orientado pelo passado, fixado nas decisões do legislador político, diluídas no direito vigente; ao passo que o legislador toma decisões voltadas para o futuro, que ligam o agir futuro, e a administração controla problemas que surgem na atualidade. Esse modelo parte da premissa segundo a qual a constituição do Estado de direito democrático deve repelir primariamente os perigos que podem surgir na dimensão que envolve o Estado e o cidadão, portanto nas relações entre o aparelho administrativo que detém o monopólio do poder e as pessoas privadas desarmadas. Ao passo que as relações horizontais entre as pessoas privadas, especialmente as relações intersubjetivas, não têm nenhuma força estruturadora para o esquema liberal de divisão dos poderes. Nisso se encaixa a representação positivista do direito, que o tem na conta de um sistema de regras fechado recursivamente.

Quando se parte desse modelo, a ordem jurídica materializada do Estado social – a qual não consiste apenas, e em primeira linha, em programas condicionais claramente delineados, pois inclui objetivos políticos e uma fundamentação em princípios – pode aparecer como um abalo, ou melhor, como uma corrupção da

arquitetônica constitucional. Comparada à tese positivista da separação, a materialização do direito carrega atrás de si uma “remoralização”, a qual *afrouxa* a ligação linear da justiça às vantagens do legislador político, na medida em que a argumentação jurídica se abre em relação a argumentos morais de princípio e a argumentos políticos visando à determinação de fins. As normas de princípio, que ora perpassam a ordem jurídica, exigem uma interpretação construtiva do caso concreto, que seja sensível ao contexto e referida a todo o sistema de regras. Nos domínios da ação não-formalizada, a possibilidade de contextualização de uma aplicação de normas, dirigida à totalidade da constituição, pode fortalecer a liberdade e a responsabilidade dos sujeitos que agem comunicativamente; porém, no interior do sistema de direito, ela significa um crescimento de poder para a justiça e uma ampliação do espaço de decisão judicial, que ameaça desequilibrar a estrutura de normas do Estado clássico de direito, às custas da autonomia dos cidadãos¹⁰. Orientada por normas fundamentais, a jurisprudência precisa voltar seu olhar, normalmente dirigido para a história institucional da ordem jurídica, para problemas do presente e do futuro. Ingeborg Maus teme, de um lado, que a justiça intervenha em competências legislativas para as quais ela não possui uma legitimação democrática e que ela promova e confirme, de outro lado, uma estrutura jurídica flexível, a qual vem ao encontro da autonomia dos aparelhos do Estado - de tal modo que a legitimação democrática do direito também pode ser solapada por este lado.

Críticos cuidadosos como Böckenförde, Denninger e Maus, decifraram, nas decisões do Tribunal Constitucional Federal, uma dogmática implícita dos direitos fundamentais, a qual faz jus ao fato de que o sistema de direitos não pode mais ser garantido na base tradicional de uma sociedade econômica liberada, que se reproduz espontaneamente através das decisões particulares autônomas privadas, devendo, ao invés disso, ser concretizado através das realizações de um Estado que dirige reflexivamente, que prepara infra-estruturas e afasta perigos, que regula, possibilita e

10 MAUS, I. “Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts”, in: *Rechtstheorie*, 20, 1989, 191-210.

compensa. Nas sociedades complexas, com sistemas parciais diferenciados horizontalmente e interligados, o efeito protetor dos direitos fundamentais não atinge apenas o poder administrativo, mas também o poder social de organizações superiores. Além do mais, o efeito protetor não pode mais ser entendido como algo meramente negativo, como defesa contra ataques, uma vez que fundamenta também pretensões a garantias positivas. Por isso, as decisões do Tribunal Constitucional Federal qualificam os direitos fundamentais como *princípios de uma ordem jurídica geral*, cujo conteúdo normativo estrutura o sistema de regras em seu todo. A partir daí, a dogmática alemã dos direitos fundamentais ocupa-se principalmente com o “conteúdo essencial” dos direitos intocáveis e as simples leis; com “os limites imanentes dos direitos humanos”, que atingem também os direitos público-subjetivos absolutamente válidos; com a “irradiação” dos direitos fundamentais para todas as esferas do direito; com os encargos da ação, deveres de proteção e de prevenção do Estado, que podem ser inferidos do caráter jurídico objetivo dos direitos fundamentais, como princípios elementares de ordem; finalmente, com a “proteção dinâmica do direito fundamental” e com o processo que liga o conteúdo subjetivo e objetivo do direito fundamental.

Não posso entrar aqui nesta discussão complexa¹¹. No entanto, está fora de dúvida que existe uma mudança na conceitualização dos direitos fundamentais, que se reflete na jurisprudência constitucional - uma mudança nos princípios de uma ordem jurídica que

11 HUBER, Hans. “Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen” (1955), in: *id. Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht*. Berna, 1971, 157ss.; HÄBERLE, P. “Grundrechte im Leistungsstaat”, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, 30, 1972, 43-131; *Id.* (ed.) *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Darmstadt, 1976; BÖCKENFÖRDE, E. W. “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, 1529ss.; RIDDER, H. *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*. Opladen, 1975; PREUSS, U. K. *Die Internalisierung des Subjekts*. Frankfurt a/M., 1979.

garantem a liberdade e a legalidade da intervenção, que sustentam os direitos de defesa e transportam inexplicavelmente o conteúdo de direitos subjetivos de liberdade para o conteúdo jurídico objetivo de normas de princípio, enérgicas e formadoras de estruturas. A essa mudança correspondem, sob pontos de vista metodológicos, “conceitos-chave do direito constitucional” (Denninger), tais como, por exemplo, o princípio da proporcionalidade, a reserva do possível, a limitação de direitos fundamentais imediatamente válidos, através dos direitos fundamentais de terceiros, a proteção dos direitos fundamentais através de organização e procedimentos, etc. Em caso de colisão, eles servem para relacionar diferentes normas, tendo em vista a “uniformidade da constituição”: “*Com o desenvolvimento dos conceitos-chave relacionais, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu e destacou – no interior de certos limites – a estrutura ‘aberta’ da constituição da Lei Fundamental*”¹². É possível compreender, em parte, esses conceitos-chave, nascidos da própria prática de decisão, como princípios procedimentais, nos quais as operações da interpretação construtiva do caso singular, exigida por Dworkin, se refletem, tendo como referência a totalidade de uma ordem jurídica reconstruída racionalmente. Apesar dos detalhes severos de sua crítica, Denninger chega a uma avaliação global positiva: “Com o desenvolvimento dos ‘conceitos-chave’, o Tribunal Constitucional Federal criou, ao lado das figuras jurídicas “clássicas” da constituição escrita, um instrumentário altamente sensível, cuja estrutura conceitual e grau de complexidade da estrutura dos problemas colocados, especialmente daqueles que exigem a mediação entre o nível micro (nível da ação individual) e o nível macro (nível dos sistemas), parece adequado... É precisamente a estrutura relacional que capacita os conceitos-chave a formular problemas de direito constitucional num nível que permite evitar fixações unilaterais, seja no Estado que conserva o direito, seja no Estado social que planeja. Neste nível é possível ligar, em categorias amplas do direito constitucional, o Estado social que ‘realiza’ e ‘distribui’,

12 DENNINGER (1990), 176.

pelas vias do direito *administrativo*, ao Estado de direito que garante a propriedade”¹³.

3

Mesmo partindo de um diagnóstico semelhante, Böckenförde chega a um juízo totalmente diferente sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Enquanto Denninger constata uma *tendência*, apoiando-se em decisões singulares do tribunal, a qual poderia revelar a passagem perigosa do poder legal de feição liberal para um “poder na base de uma legitimidade sancionada judicialmente”, Böckenförde vê nisso um *dilema* inevitável. Ele é de opinião que a passagem do Estado parlamentar legislativo para o Estado de jurisdição constitucional será incontornável, caso não se consiga restaurar uma compreensão liberal do direito. E aí “*jurisdictio*” tem o sentido pré-moderno de um poder apoiado num direito suprapositivo atribuído ao governante político em sua qualidade de senhor supremo do tribunal, *precedendo*, pois, a disjunção feita no Estado de direito entre normatização e aplicação do direito: “*À luz da eficácia jurídico-objetiva dos direitos fundamentais chega-se – do ponto de vista tipológico – a uma aproximação entre a formação parlamentar do direito e a que se dá através do tribunal constitucional. A primeira é rebaixada, passando do nível originário da normatização para o da concretização, ao passo que a última é elevada, passando da aplicação interpretativa do direito para a da concretização criadora do direito... Desta maneira, a antiga diferença qualitativa entre legislação e jurisprudência desaparece. Ambas formam direito no modo da concretização e, ao mesmo tempo, concorrem nisso. Nesta relação de concorrência, o legislador dá o primeiro lance, porém o tribunal constitucional detém a primazia ... A questão envolvida aí é a da legitimação democrática do tribunal constitucional*”¹⁴. Böckenförde está convencido de que os princípios do Estado de direito podem ser

13 DENNINGER (1990), 174s.

14 BÖCKENFÖRDE, E. W. “Grundrechte als Grundsatznormen”, in: BÖCKENFÖRDE (1991), 189ss.

combinados com uma compreensão liberal dos direitos fundamentais, que os tem na conta de liberdades subjetivas de ação de pessoas jurídicas privadas frente ao Estado, válidas imediatamente; caso contrário, a separação funcional da justiça em relação à legislação e, com isso a substância democrática do Estado de direito, não pode ser mantida: “*Quem deseja manter a função do parlamento escolhido pelo povo, determinante para a formação do direito e evitar a remodelação progressiva da estrutura constitucional em benefício de um Estado jurisdicional apoiado na jurisdição constitucional, tem que aceitar também que os direitos fundamentais – reclamáveis judicialmente – são ‘apenas’ liberdades subjetivas em relação ao poder do Estado e não simultaneamente normas objetivas (obrigatórias) de princípios para todos os domínios do direito*”¹⁵.

Essa alternativa pode transformar-se num dilema inevitável, se interpretarmos normativamente o modelo liberal da separação entre Estado e sociedade. Neste caso, porém, estaríamos desconhecendo o seu valor posicional na discussão do direito constitucional. Pois o paradigma liberal do direito não é uma *descrição* simplificadora de um estado histórico inicial que poderíamos tomar *at face value*; ele caracteriza, ao invés, o modo como os princípios do Estado de direito poderiam ser realizados sob condições de uma sociedade econômica liberal, *aceita* hipoteticamente. Esse modelo depende dos princípios teóricos da economia política clássica, já implodidos pela crítica de Marx e que não atingem mais as sociedades pós-industriais desenvolvidas do tipo ocidental. Noutras palavras, os princípios do Estado de direito não podem ser confundidos com *uma* das suas interpretações históricas, ligada a um determinado contexto. O próprio Böckenförde nota essa diferença, ao comparar a interpretação de direitos fundamentais, enquanto direitos de defesa referidos ao Estado, com o conceito kantiano de direito. No paradigma liberal do direito, *reduz-se*

15 BÖCKENFÖRDE (1991), 194. Há críticos “de esquerda” do tribunal constitucional federal que chegam a idênticas conclusões neoformalistas; cf. neste sentido GRIMM, D. “Reformalisierung des Rechtsstaats?”, in: *Juristische Schulung*, Cad. 10, 1980, 704-709.

aquilo que, no entender de Kant, deveria garantir a compatibilidade da liberdade de cada um com as liberdades subjetivas iguais de todos, pois passa a ser tido como garantia da autonomia privada em oposição ao Estado: “*Interpretados como direitos de defesa, os direitos fundamentais consideram apenas a compatibilidade entre a liberdade do cidadão em particular e a do Estado, não a compatibilidade entre a liberdade de um e a do outro em geral, conforme uma lei geral da liberdade*”¹⁶. Se tomarmos o princípio kantiano do direito como medida, constataremos que somente a mudança de paradigmas do Estado social conseguiu atribuir validade aos conteúdos juridicamente objetivos dos direitos subjetivos da liberdade, os quais *sempre* estiveram contidos no sistema dos direitos. Com ele, a “proteção dos direitos fundamentais, garantida judicialmente, se transforma cada vez mais na tarefa de coordenar e de delimitar esferas de liberdade colidentes e pretensões de liberdade privadas”¹⁷.

A teoria do discurso faz-nos descobrir o caráter derivativo dos direitos de defesa referidos ao Estado: somente a constituição de um poder estatal pode fazer com que o direito a iguais liberdades subjetivas se *transmita também* à relação que os parceiros do direito, inicialmente socializados de modo horizontal, mantêm com o executivo do Estado. Direitos que brotam do acordo politicamente autônomo de membros do direito livremente associados têm apenas o sentido intersubjetivo de um estabelecimento de relações simétricas de reconhecimento recíproco. Na medida em que os indivíduos se atribuem reciprocamente esses direitos, adquirem a posição de sujeitos do direito ao mesmo tempo livres e iguais. Esse sentido, originariamente intersubjetivo, diferencia-se de acordo com conteúdos do direito subjetivo ou objetivo, porém somente em relação ao problema da juridificação do poder político (o qual é pressuposto normalmente para a constituição do código do direito). Todavia, a extinção gradual dos conteúdos do direito objetivo, de uma parte dos direitos fundamentais, depende de uma

16 BÖCKENFÖRDE (1991), 189.

17 DENNINGER (1990), 148.

determinada compreensão paradigmática do direito em geral. E esse se explica a partir da assunção de uma determinada situação histórica, mediada por uma teoria da sociedade, na qual a burguesia liberal procura obter clareza, a partir de sua situação de interesses, sobre o modo como os princípios do Estado de direito poderiam ser realizados. O paradigma liberal do direito representara uma solução eficiente para esse problema: nas circunstâncias históricas atuais, reconhecidas pelo próprio Böckenförde, ele exige uma resposta *diferente*.

É certo que o paradigma do direito fornecido pelo Estado social não consegue mais convencer plenamente. Mesmo assim, as dificuldades desse novo paradigma, que Böckenförde analisa com grande acuidade, não constituem razão suficiente para a restauração do antigo¹⁸. Nos Estados Unidos se assume com maior naturalidade os problemas enfrentados pela “Great Society”, resultantes dos programas da era *New-Deal* e da ampliação súbita das pretensões do Estado social, durante os anos 60 e 70. Essa “rights revolution” é entendida como desafio para se interpretar de modo novo os princípios do Estado de direito à luz de novas experiências históricas. Assim, por exemplo, C. R. Sunstein extrai das conseqüências, até certo ponto contraprodutivas dos programas do Estado social, a lição de que é preciso instaurar um novo consenso para saber como os princípios da constituição americana podem ser realizados sob condições de um Estado “regulatório”.

Como resultado de uma análise da jurisprudência da *Supreme Court*, ele propõe uma série de “normas de fundo”, destinadas a transformar o modo de ler paradigmático dos princípios do Estado de direito: “*Where there is ambiguity, courts should construe regulatory statutes so that (1) politically unaccountable actors are prohibited from deciding important issues; (2) collective action problems do not subvert statutory programs; (3) various regulatory statutes are, to the extent possible, coordinated into a coherent whole; (4) obsolete statutes are kept consistent with changing*

18 BÖCKENFÖRDE, E. W. “Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge”, in: BÖCKENFÖRDE (1991), 146-158.

developments of law, policy, and fact; (5) procedural qualifications of substantive rights are kept narrow; (6) the complex systemic effect of regulation are taken into account; and, most generally, (7) irrationality and injustice, measured against the statute’s own purposes, are avoided...”¹⁹. Interesse-me aqui pela proposta de Sunstein, que revela paralelos com a explicação dada por Denning aos conceitos-chave do direito constitucional, por dois motivos. Em primeiro lugar, ela constitui uma contribuição exemplar para a discussão dos paradigmas, na qual não perde de vista o sentido originário, democrático-radical, do sistema de direitos: “*Notwithstanding their number and variety, the principles are united by certain general goals. These include, above all, the effort to promote deliberation in government, to furnish surrogates for it, when it is absent, to limit factionalism and self-interested representation, and to help bring about political equality*”²⁰. Em segundo lugar, a proposta testemunha uma consciência da diferença entre os princípios do Estado de direito e seus modos de ler paradigmáticos. A tentação de retornar à compreensão liberal dos direitos fundamentais²¹ pode ser explicada pela desconsideração dessa diferença.

O paradigma liberal do direito expressou, até as primeiras décadas do século XX, um consenso de fundo muito difundido entre os especialistas em direito, preparando, assim, um contexto de máximas de interpretação *não questionadas* para a aplicação do direito. Essa circunstância explica por que muitos pensavam que o direito podia ser aplicado a seu tempo, sem o recurso a princípios necessitados de interpretação ou a “conceitos-chave” duvidosos. De fato, toda a ordem jurídica que se justifica, a partir de princípios, depende de uma interpretação construtiva e, desta maneira, daquilo que Sunstein qualifica como “normas de fundo”. Toda a decisão

19 SUNSTEIN, C. R. *After the Rights Revolution*. Cambridge, Mass. 1990, 170s.

20 SUNSTEIN (1990), 171.

21 Cf. GRIMM, D. “Rückker zum liberalen Grundrechtsverständnis?”, in: GRIMM (1991), 221-240.

de princípios ultrapassa uma interpretação do texto da lei, necessitando de uma justificação externa: *“Statutory text is the starting point, but it becomes intelligible only because of the context and background norms that give it content. Usually, the context is unproblematic, and the norms are so widely shared and uncontroversial that the text alone appears to be a sufficient base of interpretation. In many cases, however, the text, in conjunction with such norms, will produce ambiguity, overinclusiveness, or underinclusiveness; in such cases courts must look elsewhere. Contextual considerations of various sorts – including the legislative history, the statutory purpose, and the practical reasonableness of one view or another – can in these circumstances provide considerable help. But the history might itself be ambiguous – or be the work of an unrepresentative, self-interested group – and the problem of characterizing purpose in a multinumber body will, in many cases, lead to the familiar problems of ambiguity, gaps, overinclusiveness, and underinclusiveness. In such cases, courts often must resort to conspicuous or contestable background norms”*²².

Tal consideração não esclarece se o recurso inevitável a tais normas de fundo não abre ao tribunal constitucional a porta para uma criação do direito inspirada politicamente, a qual, segundo a lógica da divisão de poderes, deveria ficar reservada ao legislador democrático.

II. Normas versus valores: crítica a uma autocompreensão metodológica falsa do controle da constitucionalidade.

1

As reservas contra a legitimidade da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal não dependem apenas da mudança de paradigmas, mas também de concepções metodológicas. Na República Federal da Alemanha, a crítica pode referir-se a uma “doutrina da ordem de valores”, desenvolvida pelo próprio tribu-

22 SUNSTEIN (1990), 157.

nal, portanto a uma autocompreensão metodológica dos juízes, a qual teve conseqüências problemáticas para a decisão de importantes precedentes, o que não acontece nos Estados Unidos. A crítica justificada à jurisprudência de valores dirige-se, muitas vezes de forma *brusca*, contra as graves conseqüências que resultam do Estado de direito, sem esclarecer que se trata apenas, e em primeiro lugar, de conseqüências de uma auto-interpretação falsa. Com isso, ela perde de vista a alternativa de uma compreensão correta da interpretação construtiva, segundo a qual, direitos não podem ser assimilados a valores.

Para o Tribunal Constitucional Federal, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha não constitui tanto um sistema de regras estruturado através de princípios, mas uma “ordem concreta de valores” (semelhante à de Max Scheler ou de Nicolai Hartmann). Böckenförde, concordando com o teor de fundamentações importantes de juízos do Tribunal Constitucional Federal, também interpreta os princípios como valores: “normas fundamentais objetivas” devem apoiar-se em “decisões valorativas”. Segundo I. Maus²³, ele adere à proposta de R. Alexy, a qual consiste em interpretar os princípios transformados em valores como mandamentos de otimização, de maior ou menor intensidade. Essa interpretação vem ao encontro do discurso da “ponderação de valores”, corrente entre juristas, o qual, no entanto, é frouxo. Quando princípios colocam um valor, que deve ser realizado de modo otimizado e quando a medida de preenchimento desse mandamento de otimização não pode ser extraído da própria norma, a aplicação de tais princípios no quadro do que é faticamente possível impõe uma ponderação orientada por um fim. E, uma vez que nenhum valor pode pretender uma primazia incondicional perante outros valores, a interpretação ponderada do direito vigente se transforma numa *realização* concretizadora *de valores*, referida a casos: *“Concretização é o preenchimento criativo, apenas conforme à orientação ou ao princípio, de algo determinado, que no mais continua aberto, necessitando da determinação complementar”*

23 MAUS (1989), 199.

para se transformar numa norma exequível. Hans Huber já chamou há muito tempo a atenção para o fato de que a necessidade de concretização dos direitos fundamentais – entendidos como normas de princípio – que resulta de sua universal validade, amplitude e indeterminação, não pode ser confundida com necessidade de interpretação... E é preciso acrescentar, por motivo de clareza, que essa legislação referida a casos, uma vez que surge como interpretação da constituição, atinge o nível de constituição, representando, pois, legislação constitucional”²⁴. Portanto, Böckenförde toma a autocompreensão metodológica do Tribunal Constitucional Federal ao pé da letra e a crítica, servindo-se da tese de Carl Schmitt sobre a “tirania dos valores”, sem perceber que o verdadeiro problema reside na adaptação de princípios do direito a valores.

Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relação a proposições normativas, como no caso de proposições assertóricas, nós só podemos tomar posição dizendo “sim” ou “não”, ou abster-nos do juízo. Os valores, ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor. A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de

uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim). Normas diferentes não podem contradizer umas às outras, caso pretendam validade no mesmo círculo de destinatários; devem estar inseridas num contexto coerente, isto é, formar um sistema. Enquanto valores distintos concorrem para obter a primazia; na medida em que encontram reconhecimento intersubjetivo no âmbito de uma cultura ou forma de vida, eles formam configurações flexíveis e repletas de tensões.

Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira.

Posso orientar o meu agir concreto por normas ou por valores, porém a orientação da ação não é a mesma nos dois casos. A pergunta: “o que eu devo fazer numa situação dada?” não se coloca da mesma maneira em ambos os casos, nem obtém a mesma resposta. À luz de normas, é possível decidir o que deve ser feito; ao passo que, no horizonte de valores, é possível saber qual comportamento é recomendável. O problema da aplicação exige naturalmente, em ambos os casos, a seleção da ação correta; porém, no caso de normas, “correto” é quando partimos de um sistema de normas válidas, e a ação é igualmente boa *para todos*; ao passo que, numa constelação de valores, típica para uma cultura ou forma de vida, é “correto” o comportamento que, em sua totalidade e a longo prazo, é bom *para nós*. Quando se trata de princípios do direito ou de bens jurídicos, essa diferença é frequentemente desconsiderada, porque o direito positivado vale somente para uma determinada área jurídica e para um correspondente círculo determinado de destinatários. No entanto, sem prejuízo dessa limitação fática da esfera de validade, quando Dworkin entende os direitos fundamentais como princípios deontológicos

24 BÖCKENFÖRDE (1991), 186s.

do direito e Alexy os considera como bens otimizáveis do direito, não estão se referindo à mesma coisa. Enquanto normas, eles regulam uma matéria no interesse simétrico de todos; enquanto valores, eles formam, na configuração com outros valores, uma ordem simbólica na qual se expressam a identidade e a forma de vida de uma comunidade jurídica particular. Certos conteúdos teleológicos entram no direito; porém o direito, definido através do sistema de direitos, é capaz de domesticar as orientações axiológicas e colocações de objetivos do legislador através da *primazia* estrita conferida a pontos de vista normativos. Os que pretendem diluir a constituição numa ordem concreta de valores desconhecem seu caráter jurídico específico; enquanto normas do direito, os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias – e não segundo o modelo de bens atraentes.

Do ponto de vista da análise conceitual, a distinção terminológica entre normas e valores *somente* perde seu sentido nas teorias que pretendem validade universal para os bens e valores supremos – como é o caso das versões clássicas da ética dos bens. Esses princípios ontológicos objetivam bens e valores, transformando-os em entidades que existem em si mesmas; sob condições do pensamento pós-metafísico, no entanto, elas não são mais defensáveis. Em teorias contemporâneas desse tipo, os pretensos bens ou valores universais assumem uma forma a tal ponto abstrata, que é possível reconhecer facilmente nelas princípios deontológicos, tais como dignidade humana, solidariedade, auto-realização e autonomia²⁵. A transformação conceitual de direitos e valores fundamentais significa um mascaramento teleológico de direitos que encobre a circunstância de que, no contexto de fundamentação, normas e valores assumem *papéis diferentes na lógica da argumentação*. Por esta razão, teorias de valores pós-metafísicas levam em consideração a particularidade dos valores, bem como a flexibilidade

25 TAYLOR, Ch. *Sources of the Self*. Cambridge, Mass. 1989; cf. minha crítica in: HABERMAS, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a/M, 1991, 176-185.

das hierarquias a serem estabelecidas entre os valores e a validade meramente local de configurações de valores. Na visão destas teorias, os valores surgem de tradições e orientações axiológicas culturais consuetudinárias ou – quando desejam sublinhar o caráter subjetivo e consciente da escolha de valores – de decisões existenciais sobre metapreferências e “higher order volitions”²⁶.

Na discussão paralela que corre entre os constitucionalistas americanos, distingue-se claramente – mais do que no debate alemão – entre impulsos teóricos que definem os direitos fundamentais como princípios do direito e os que os definem como orientações valorativas. P. Brest, por exemplo, marca claramente a oposição entre as “Rights Theories” e os princípios do “Moral Conventionalism”²⁷. Em sua controvérsia com uma jurisprudência constitucional, que entrelaça moral e direito, J. H. Ely faz uma distinção entre a compreensão deontológica dos direitos fundamentais, de um lado, que recorre a direitos suprapositivos, à razão e a princípios processuais neutros, e a interpretação da teoria dos valores, de outro lado, que se refere à tradição e ao consenso consuetudinário²⁸.

Nos Estados Unidos, Michael J. Perry defende uma variante neo-aristotélica da hierarquia de valores. Ele entende o texto constitucional como documento de fundação e expressão da auto-compreensão ética de uma comunidade histórica, pondo assim em cheque as características empíricas do convencionalismo moral, que vê os valores fundamentais da constituição enraizados no consenso da maioria da população sobre valores dominantes. Como se fora um texto sagrado, a constituição funda novas idéias, em cuja luz a comunidade pode reconhecer suas aspirações mais

26 FRANKFURT, H. “Freedom of the Will and the Concept of the Person”, in: *id. The Importance of what we know about*. Cambridge, Mass. 1988, 11-25.

27 BREST, P. “The Fundamental Rights Controversy”, in: *Yale Law Journal*, 90, 1981, 1063-1109.

28 ELY, J. H. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass. 1980.

profundas e seus verdadeiros interesses: “*On this view, our political life includes ongoing moral discourse with one another in an effort to achieve ever more insightful answers to the question of what are our real interests, as opposed to our actual preferences and thus what sort of persons with what projects, goals, ideals ought we to be ... Deliberative politics is an essential instrument of selfknowledge*”²⁹. O discurso de auto-entendimento ético-político dos cidadãos encontra sua manifestação concentrada numa jurisprudência constitucional orientada por valores, que se apropria hermeneuticamente do sentido originário da constituição, na medida em que atualiza criativamente desafios históricos cambiantes, opondo-se ao sentido originário. Ainda mais ousado do que a nossa hermenêutica jurídica apoiada em Gadamer, Perry vê o juiz constitucional no papel de um professor profético que procura garantir a continuidade de uma tradição constitutiva para a vida da comunidade, interpretando a palavra divina dos fundadores. E, ao fazer isso, ele não deve fixar-se no teor estrito, nem tornar-se dependente de convicções majoritárias: “*To ‘interpret’ some provision of the Constitution is, in the main, to ascertain the aspirational meaning and then to bring that meaning to bear – that is to answer the question ... what that aspiration means for the conflict at hand, and what that aspiration, if accepted, requires the court to do*”³⁰.

Tal *jurisprudência de valores* levanta realmente o problema da legitimidade, que Maus e Böckenförde analisam, tomando como referência a prática de decisão do Tribunal Constitucional Federal. Pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente. Perry chega a essa conclusão, reinterpretando arrojadamente os direitos fundamentais, que deixam de ser princípios deontológicos do direito para se tornarem bens teleológicos do direito, formando uma ordem objetiva de valores, que liga a justiça e o legislador à eticidade substancial de uma determinada forma de vida: “*Judicial review is a deliberately countermajoritarian institution*”³¹.

29 PERRY, M. J. *Morality, Politics and Law*. Oxford, 1988, 152ss.

30 PERRY (1988), 135s.

31 PERRY (1988), 149.

Ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, *todas* as razões podem assumir o caráter de argumentos de colcação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito.

A partir do momento em que direitos individuais são transformados em bens e valores, passam a concorrer em pé de igualdade, tentando conseguir a primazia em cada caso singular. Cada valor é tão particular como qualquer outro, ao passo que normas devem sua validade a um teste de universalização. Nas palavras de Denninger: “*Valores só podem ser relativizados através de valores; porém o processo através do qual valores são preferidos ou rejeitados escapa à conceituação lógica*”³². Isso leva Dworkin a entender direitos como “*trunfos*” a serem usados contra argumentos de colocação de objetivos. É verdade que nem sempre o direito consegue impor-se contra qualquer bem coletivo no âmbito concreto da argumentação que visa à decisão de um caso singular, principalmente quando a primazia de um objetivo coletivo pode ser justificada à luz de princípios. Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma *especial dignidade de preferência*, uma *obrigatoriedade geral*, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários³³.

Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão,

32 DENNINGER (1990), 147.

33 Uma vez que não há unidades de medida inequívocas, aplicáveis aos assim chamados bens do direito, o modelo economicista de fundamentação, proposto por Alexy (1985, 143-153), não consegue levar a discussão adiante. Cf. GÜNTHER (1988), 268ss.

crece o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos. No caso de uma colisão de normas, certos princípios, tais como, por exemplo, a “capacidade funcional” do exército alemão, o cuidado do direito, a “paz” específica de certas esferas, a “segurança do Estado como poder de ordem e de paz”, o comportamento fiel à federação ou a “fidelidade à federação”, fornecem certamente pontos de vista que permitem introduzir argumentos num discurso jurídico; todavia, esses argumentos não “contam” mais do que os princípios jurídicos, à luz dos quais esses bens e princípios podem ser justificados. Ora, esse limiar é nivelado a partir do momento em que, contra toda intuição, princípios do direito são equiparados a bens, finalidades e valores: *“Garantias constitucionais da liberdade concorrem neste caso com ‘princípios’ contraditórios, não somente em seu conteúdo, mas também em toda a sua estrutura, como, por exemplo, a capacidade funcional do exército federal ou a capacidade funcional dos empresários na economia global... O Tribunal Constitucional Federal transforma esses bens coletivos (como também os outros) em encargos constitucionais imediatos, que o legislador é obrigado a cumprir, tendo em vista certos custos para os direitos da liberdade, inerentes a certas situações”*³⁴.

Os direitos fundamentais, ao contrário, ao serem levados a sério em seu sentido deontológico, não caem sob uma análise dos custos e vantagens. Isso também vale para normas “abertas”, não referidas a casos exemplares facilmente identificáveis – como é o caso dos programas condicionais – e formuladas sem um sentido específico de aplicação, necessitando de uma “concretização” metodicamente inofensiva. Tais normas encontram a sua determinação clara num discurso de aplicação. No caso de colidirem com outras prescrições jurídicas, não há necessidade de uma decisão para saber em que medida valores concorrentes são realizados. Como foi mostrado, a tarefa consiste, ao invés disso, em encontrar entre as normas aplicáveis *prima facie* aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo

34 MAUS (1989), 197s.

e sob todos os pontos de vista relevantes. É preciso estabelecer um nexó racional entre a norma pertinente e as normas que passam para o pano de fundo, de tal modo que a coerência do sistema de regras permaneça intocada em seu todo. As normas pertinentes e as retroativas não se relacionam entre si como valores concorrentes, os quais, na qualidade de mandamentos de otimização, seriam realizados em diferentes níveis: porém, como normas “adequadas” ou não-“adequadas”. Ora, adequação significa a validade de um juízo deduzido de uma norma válida, através do qual a norma subjacente é satisfeita.

Uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito – e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre valores. É certo que normas válidas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso; porém *esse* deslocamento está sob a reserva da coerência, a qual garante que todas normas se ajuntam num sistema afinado, o qual admite para cada caso uma única solução correta. A validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um mandamento, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte dos nossos desejos, sob circunstâncias dadas. Aquilo que é o melhor para cada um de nós não coincide *eo ipso* com aquilo que é igualmente bom para todos.

2

No tocante ao problema da legitimidade do controle judicial da constitucionalidade, esta consideração metodológica traz conseqüências práticas e críticas em relação a uma autocompreensão falsa e suas conseqüências, não para a possibilidade de uma decisão racional de recursos constitucionais em geral. Pois a interpretação de princípios do direito não se distingue fundamentalmente da interpretação de normas simples (na medida em que a sua aplicação não está condicionada previamente a situações delimitadas). No processo de aplicação, nem sempre surgem lacunas de racionalidade em ambos os tipos de interpretação. Certamente os passos complexos de uma interpretação construtiva não se

deixam normatizar processualmente; porém eles subjazem ao controle da racionalidade processual de um discurso de aplicação institucionalizado juridicamente. Em todo caso, a jurisdição constitucional que parte do caso concreto está *limitada* à aplicação de normas (constitucionais) pressupostas como válidas; por isso, a distinção entre discursos de aplicação de normas e discursos de fundamentação de normas oferece, mesmo assim, um critério lógico-argumentativo de delimitação de tarefas legitimadoras da justiça e da legislação.

Uma jurisprudência dirigida por princípios não precisa necessariamente ferir a estrutura de decisão organizada hierarquicamente, destinada a *garantir preliminarmente* ao respectivo processo de decisão os argumentos legitimadores, através de resoluções de um nível de competência hierarquicamente superior. Ingeborg Maus vê a lógica da divisão de poderes na interrupção preventiva do círculo de um processo de legitimação normalmente fechado auto-referencialmente: “*Em nenhum nível do processo de decisão o poder político pode simplesmente legitimar-se pelo direito que ele mesmo normatizou. O legislador legitima-se, seja através da observância das normas processuais da constituição, seja através da vontade popular atual que o precede; porém nunca através de leis simples, elaboradas por ele mesmo. Somente as instâncias que aplicam o direito legitimam-se pelo simples direito; isso, porém, impede que elas mesmas o normatizem. Tal estrutura proporciona, ao mesmo tempo, um desconhecimento matizado de destinatários de decisão concretos no complexo de instâncias do Estado de direito...*”³⁵. O fato de o tribunal constitucional e o legislador político ligarem-se às normas processuais não significa uma equiparação concorrente da justiça com o legislador. Os argumentos legitimadores, a serem extraídos da constituição, são dados preliminarmente ao tribunal constitucional, na perspectiva da aplicação do direito – e não na perspectiva de um legislador, que interpreta e configura o sistema dos direitos, à medida que persegue suas políticas. O tribunal torna a desamararrar o feixe de argumentos com

35 MAUS (1989), 208.

os quais o legislador legitima suas resoluções, a fim de mobilizá-los para uma decisão coerente do caso particular, de acordo com princípios do direito vigente; todavia ele não pode dispor desses argumentos para uma interpretação imediata do tribunal e para uma configuração do sistema do direito e, com isso, para uma legislação implícita.

A partir do momento em que uma norma não permite mais tal aplicação coerente, portanto, conforme à constituição, coloca-se a questão do controle abstrato de normas, a ser empreendido basicamente na perspectiva do legislador. Na Alemanha e nos Estados Unidos, na medida em que esse controle de normas é feito no quadro da instância da prova judicial, levando à rejeição de normas e não a mandatos para o legislador, argumentos pragmáticos e político-jurídicos podem falar em prol da distribuição institucional de competências. Então é preciso perguntar se a delegação parlamentar dos juízes constitucionais é suficiente para satisfazer à exigência de uma legitimação democrática da percepção judicial de uma função, que tem que ser entendida – na arquitetura da constituição e na lógica da divisão de poderes – como uma delegação do autocontrole do legislador ao tribunal constitucional.

Pouco importa o modo como as questões da institucionalização judicial da divisão de poderes são avaliadas: não é necessário e nem possível um retorno à concepção liberal do Estado, segundo a qual, “direitos fundamentais são apenas direitos subjetivos de liberdade em oposição ao poder do Estado e não simultaneamente normas objetivas de princípio e obrigatórias para todos os domínios do direito”³⁶. Ademais, a discussão americana sobre a constituição desconhece a oposição entre direito subjetivo e objetivo. E se – impulsionados pelas atuais circunstâncias do compromisso com o Estado social – pretendemos manter, não apenas o Estado de direito, mas o Estado democrático de direito e, com isso, a idéia da auto-organização da comunidade jurídica, então a constituição não pode mais ser entendida apenas como uma “ordem” que regula primariamente a relação entre o Estado e os cidadãos. O poder social,

36 BÖCKENFÖRDE (1991), 194.

econômico e administrativo necessita de disciplinamento por parte do Estado de direito. De outro lado, porém, a constituição também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). Somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. O esquema clássico da separação e da interdependência entre os poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto não pode limitar-se a proteger os cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos do aparelho estatal. A autonomia privada também é ameaçada através de posições de poder econômicas e sociais e dependente, por sua vez, do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir os direitos de participação e de comunicação de cidadãos do Estado. Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal *compreensão procedimentalista* da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição. Neste aspecto, a discussão americana é mais fecunda do que a alemã.

A concepção cética desenvolvida por J. H. Ely procura aliviar a jurisprudência da orientação por princípios jurídicos de proveniência moral ou ética em geral. Ely parte da idéia de que a constituição americana regula, em primeira linha, problemas de organização e de procedimento, não sendo talhada para a distinção e implementação de valores fundamentais. No seu entender, a

substância da constituição não reside em regulamentos materiais e sim formais (tais como, *equal protection* ou *due process*): “*Our Constitution has always been substantially concerned with preserving liberty... The principle answers to that are by a quite extensive set of procedural protections, and by a still more elaborate scheme designed to ensure that in the making of substantive choices the decision process will be open to all on something approaching an equal basis, with the decision makers held to a duty to take into account the interests of all those their decisions affect*”³⁷. Se a *Supreme Court* tem como encargo vigiar a manutenção da constituição, ela deve, *em primeira linha*, prestar atenção aos procedimentos e normas organizacionais dos quais depende a eficácia legitimativa do processo democrático. O tribunal tem que tomar precauções para que permaneçam intactos os “canais” para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, através do qual uma comunidade jurídica democrática se auto-organiza: “*unblocking stoppages in the democratic process is what judicial review ought preeminently to be about*”³⁸.

Nesta perspectiva, os direitos de comunhão e de participação, constitutivos para a formação democrática da vontade, adquirem um lugar privilegiado. E leis que discriminam minorias étnicas ou religiosas, grupos sociais marginalizados, homossexuais, aleijados, velhos, jovens, etc., pecam contra o princípio do tratamento igual, e não somente *do ponto de vista do conteúdo*. Sob o aspecto do procedimento, Ely entende as classificações implicitamente desiguais, de grupos que deveriam ser tratados de modo igual, como resultado de um processo político deformado nas condições procedimentais democráticas. Por isso, o controle abstrato de normas deve referir-se, em primeira linha, às condições da gênese democrática das leis, iniciando pelas estruturas comunicativas de uma esfera pública legada pelos meios de massa, passando, a seguir, pelas chances reais de se conseguir espaço para vozes desviantes e de reclamar efetivamente direitos de participação

37 ELY (1980), 100.

38 ELY, (1980), 117.

formalmente iguais, chegando até à representação simétrica de todos os grupos relevantes, interesses e orientações axiológicas no nível das corporações parlamentares e atingindo a amplitude dos temas, argumentos e problemas, dos valores e interesses, que têm entrada nas deliberações parlamentares e que são levadas em conta na fundamentação das normas a serem decididas. Ely imprime um rumo procedimental inesperado à desconfiança liberal em relação a minorias tirânicas. Ele se interessa pelas limitações concretas do pluralismo formalmente permitido e utiliza a representação clássica da representação virtual, a fim de reclamar uma participação com igualdade de chances para as minorias tecnicamente representadas, porém, de fato, excluídas ou impedidas. O controle da gênese das normas deve estender-se à divisão de poderes entre executivo e legislação, e não apenas à implementação dos programas de leis através da administração, chegando até à inadmissível passividade de um legislador, que não esgota suas competências, delegando-as à administração: “Courts thus should ensure not only that administrators follow those legislative policy directions that do exist – but also that such directions are given”³⁹.

Apoiado em tal compreensão procedimentalista da constituição, Ely deseja fundamentar “judicial self-restraint”. Em sua opinião, o tribunal constitucional só pode conservar sua imparcialidade, se resistir à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais. O ceticismo de Ely discorda, não somente de uma jurisprudência de valores, como também de uma interpretação dirigida por princípios, no sentido da interpretação construtiva de Dworkin. Ora, tal atitude não é conseqüente, na medida em que Ely tem que pressupor a validade de princípios e recomendar ao tribunal uma orientação por princípios procedimentais dotados de conteúdo normativo. O próprio conceito do procedimento democrático apóia-se num princípio de justiça, no sentido do igual respeito por todos: “*The argument is that the basic justice of decision-making institutions must be assessed in terms of whether all affected are treated comfortably*

39 ELY (1980), 133.

with what philosophers call moral universalizability or reciprocity”⁴⁰. Porém disso não resulta, de forma nenhuma, que os princípios que fundamentam a força de legitimação da organização e do procedimento da formação democrática da vontade não sejam suficientemente informativos devido à sua natureza procedimental e que tenham que ser completados através de uma teoria substancial dos direitos⁴¹. Tampouco se pode deduzir daí que tenham desaparecido outros argumentos para um enfoque cético em relação ao tribunal.

O ceticismo de Ely volta-se, com razão, contra uma *compreensão paternalista* do controle jurisdicional da constitucionalidade, a qual se alimenta de uma desconfiança amplamente difundida entre os juristas contra a irracionalidade de um legislador que depende de lutas de poder e de votações emocionais da maioria. Segundo esta interpretação, uma jurisdição juridicamente criativa do tribunal constitucional justificar-se-ia a partir de seu distanciamento da política, bem como a partir da racionalidade superior de seus discursos profissionais: “*The methods of reasoning of other branches of government are neither structured by requirements of an articulate consistence in the elaboration of underlying principles nor secured by institutional independence in their impartial exercise*”⁴². De fato, os discursos jurídicos podem pretender para si mesmos uma elevada suposição de racionalidade, porque discursos de aplicação são especializados em questões de aplicação de normas, sendo por isso institucionalizados no quadro da clássica distribuição de papéis entre partidos e um terceiro imparcial. Pela mesma razão, porém, eles não podem *substituir* discursos políticos, que são talhados para a fundamentação de normas e determinações de objetivos, exigindo a inclusão

40 RICHARDS, D. A. J. “Moral Philosophy and the Search for Fundamental Values in Constitutional Law”, in: *Ohio State Law Journal*, 42, 1981, 336; cf. tb. BREST, P. (1981), 1092ss.

41 TRIBE, L. H. “The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories”, in: *Yale Law Journal*, 89, 1980, 1063-1080.

42 RICHARDS (1981), 336; cf. tb. BREST, (1981), 1105ss.

de todos os atingidos. Tanto mais a racionalidade inerente ao processo político necessita de esclarecimento. O conceito básico de uma justiça procedimental da formação política da opinião e da vontade exige uma teoria da democracia, implícita em Ely, cujas feições, no entanto, se revelam cada vez mais convencionais.

III. O papel da jurisdição constitucional na visão da política liberal, republicana e procedimental.

A controvérsia dos constitucionalistas americanos em relação à legitimidade da jurisprudência constitucional segue mais na linha politológica do que na da metodologia do direito. No discurso sobre a divisão de trabalho entre tribunal constitucional e legislador democrático, os espíritos se dividem, principalmente na avaliação do processo legislativo e na questão da racionalidade que a constituição atribui a esse processo, a qual pode ser formulada da seguinte maneira: em que deve consistir essa racionalidade em geral? Mesmo tendo como pano de fundo idéias empíricas, a teoria do direito toma o aspecto normativo para discutir o modo como a controversa relação entre os dois poderes foi considerada na tradição constitucional americana.

Com relação à tarefa do controle abstrato de normas, Frank I. Michelman parte, do mesmo modo que Ely, da premissa segundo a qual o tribunal constitucional, ao intervir na legislação política e ao suspender normas aprovadas pelo parlamento, tem que apelar para uma autoridade derivada, inferida do direito de autodeterminação do povo. E, nesse processo, ele só poderia recorrer a argumentos que justifiquem um apelo à soberania do povo - como origem de todas as autorizações de normatização - no quadro de uma compreensão procedimental da constituição: *"If republican constitutional possibility depends on the genesis of law in the people's ongoing normative contention it follows that constitutional adjudicators serve that possibility by assisting in the maintenance of jurisgenerative popular engagement. Republican constitutional jurisprudence will to that extent be of that type, that Lawrence Tribe calls (and criticizes as) 'process-based', recalling Ely's ... juristification of judicial review as 'representation rein-*

forcing"⁴³. Todavia, o uso enfático do adjetivo "republicano" trai uma delimitação em relação à compreensão de democracia, de Ely. Michelman apóia-se na tradição da "política aristotélica", a qual, passando pela filosofia romana e pelo pensamento político do Renascimento italiano⁴⁴, não somente adquiriu feições de um direito natural moderno em Rousseau, mas também entrou na discussão americana sobre a constituição, como uma alternativa para o liberalismo de Locke, passando pelo opositor de Hobbes, James Harrington, inspirando a compreensão democrática dos fundadores⁴⁵. J. G. A. Pocock estiliza essa vertente do pensamento republicano, transformando-a num humanismo da cidadania, o qual, diferindo do direito natural moderno, não se serve de um vocabulário jurídico, e sim da linguagem da ética e da política clássica⁴⁶.

Enquanto os conceitos do direito romano servem, durante a modernidade, para definir as *liberdades negativas* dos cidadãos, para garantir a propriedade e o intercâmbio econômico das pessoas privadas contra intromissões de um poder político exercido administrativamente, do qual eles estavam excluídos, a linguagem da ética e da retórica conserva a imagem de uma prática política, na qual se realizam as *liberdades positivas* de cidadãos que participam em igualdade de condições⁴⁷. O conceito republicano da "política" não se refere aos direitos de cidadãos privados à vida, à liberdade

43 MICHELMAN. *Law's Republic* (1988), 1525.

44 POCOCK, J. G. A. *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*. Princeton 1975.

45 KAHN, P. W. "Reason and Will in the Origins of American Constitutionalism", in: *Yale Law Journal*, 98, 1989, 449-517.

46 POCOCK, J. G. A. "Virtues, Rights, and Manners", in: *Political Theory*, 9, 1981, 353-368.

47 Sobre os conceitos liberdade "positiva" e "negativa", cf. TAYLOR, Ch. "Was ist menschliches Handeln?", in: *id. Negative Freiheit?* Frankfurt a/M., 1988, 9ss.

e à propriedade, garantidos pelo Estado, porém, em primeira linha, à prática de autodeterminação de cidadãos orientados pelo bem comum, que se compreendem como membros livres e iguais de uma comunidade cooperadora que a si mesma se administra. Direito e lei são secundários em relação ao contexto vital ético de uma *polis* na qual a virtude da participação ativa pode desenvolver-se e estabelecer-se nos negócios públicos. O homem só pode realizar o *telos* de sua espécie nesta prática de cidadania⁴⁸. Michelman tenta decifrar vestígios desse republicanismo nos debates dos pais da constituição americana, no próprio texto da constituição⁴⁹ e na jurisprudência constitucional atual⁵⁰, a fim de desenvolver, a partir daí, um conceito normativo do processo político e de suas *condições procedimentais*. Ele estiliza a oposição entre o paradigma “republicano” e o assim chamado paradigma “liberal”, caracterizando, deste modo, duas tradições da interpretação da constituição, bem como duas tendências que concorrem entre si na realidade constitucional.

A diferença decisiva consiste na compreensão do papel do processo democrático. Segundo a visão “liberal” – eu seguirei essa terminologia simplificadora, que se introduziu na discussão americana –, o processo democrático desempenha a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, sendo que o Estado é apresentado como aparelho da administração pública, e a sociedade como sistema de seu trabalho social e do intercâmbio das pessoas privadas, estruturado conforme a economia de mercado. E, nisso tudo, a política (no sentido da formação política da vontade dos cidadãos) tem a função de enfeixar e impor interesses sociais privados contra um aparelho do Estado que se especializa no uso administrativo do poder político para fins coletivos. Na interpre-

tação republicana, porém, a política não se esgota em tal função mediadora, uma vez que é constitutiva para o processo de socialização em seu todo. “Política” é entendida como forma de reflexão de um contexto vital ético – como o *medium* no qual os membros de comunidades solidárias, mais ou menos naturais, tornam-se conscientes de sua dependência recíproca e, na qualidade de cidadãos, continuam e configuram, com consciência e vontade, as relações de reconhecimento recíproco já existentes. Com isso, a arquitetônica liberal do Estado e da sociedade é submetida a uma modificação importante: ao lado da instância reguladora hierárquica do poder supremo do Estado e da instância reguladora descentralizada do mercado, portanto, ao lado do poder administrativo e do interesse próprio individual, entram a *solidariedade* e a orientação do bem comum como uma *terceira fonte* da integração social. Essa formação política horizontal da vontade, que depende de entendimento ou consenso obtido comunicativamente, deve ter a primazia, tanto do ponto de vista genético como normativo. Para a prática da autodeterminação dos cidadãos pressupõe-se uma *base na sociedade civil*, autônoma, independente da administração pública e do comércio privado mediado pelo mercado, a qual preserva a comunicação política de ser absorvida pelo aparelho do Estado ou de ser assimilada à estrutura do mercado. Na concepção republicana, a esfera pública política e a sociedade civil, como a sua base, obtêm um significado estratégico; elas devem garantir à prática de entendimento dos cidadãos sua força de integração e autonomia⁵¹. O desacoplamento da comunicação política da sociedade econômica corresponde, em nossa terminologia, a uma religação do poder administrativo ao poder comunicativo resultante da formação política da opinião e da vontade. Dos princípios concorrentes resultam as seguintes conseqüências para a avaliação do processo político:

(a) Em primeiro lugar, diferenciam-se os *conceitos do cidadão*. Na interpretação liberal, o *status* dos cidadãos determina-se

48 RITTER, J. *Metaphysik und Politik*. Frankfurt a/M., 1969.

49 MICHELMAN, F. I. “The Supreme Court 1985 Term, Foreword”, in: *Harvard Law Review*, 100, 1986, 4-77.

50 MICHELMAN, F. I. “Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: Voting Rights”, in: *Florida Law Review*, 41, 1989, 443-490.

51 Cf. ARENDT, H. *Über die Revolution*. Munique, 1965; *id. Macht und Gewalt*. Munique, 1970.

primariamente a partir dos direitos negativos que eles possuem em relação ao Estado e outros cidadãos. Enquanto portadores desses direitos, eles gozam, não somente da proteção do Estado, na medida em que perseguem seus interesses privados no âmbito de limites traçados por leis, como também a proteção contra intervenções do Estado que ultrapassam o nível de intervenção legal. Os direitos políticos não têm apenas a mesma estrutura, mas também o mesmo sentido que os direitos privados subjetivos, que garantem um espaço de opção, no interior do qual as pessoas jurídicas são livres de coerções exteriores. Eles proporcionam aos cidadãos a possibilidade de fazer valer de tal modo seus interesses privados, que no final – através da formação do governo, da composição de corporações parlamentares e de votações – eles se agregam com outros interesses privados, formando uma vontade política que influencia a administração. Desta maneira os civis, no seu papel de cidadãos, podem controlar se o poder do Estado é exercido no interesse dos civis como pessoas privadas⁵². Na interpretação republicana, o *status* dos civis não se determina pelo modelo das liberdades negativas que essas pessoas privadas, *enquanto tais*, podem reclamar. Os direitos dos cidadãos, em primeira linha os direitos políticos de participação e de

52 MICHELMAN, F. I. “Political Truth and the Rule of Law”, in: *Tel Aviv University Studies in Law*, 8, 1988, 283: “The political society envisioned by bumper-sticker republicans is the society of private right bearers, an association whose first principle is the protection of lives, liberties and estates of its individual members. In that society, the state is justified by the protection it gives to those pre-political interests; the purpose of the constitution is to ensure that the state apparatus, the government, provides such protection for the people at large rather than serves the special interests of the governors or their patrons; the function of citizenship is to operate the constitution and thereby motivate the governors to act according to that protective purpose; and the value to you of your political franchise – your right to vote and speak, to have your views heard and counted – is the handle it gives you on influencing the system so that it will adequately heed and protect your particular, pre-political rights and other interests”.

comunicação, são, ao invés, liberdades positivas. Eles não garantem a liberdade em relação à coação externa, porém a possibilidade da participação numa prática comum, através da qual os civis podem fazer de si mesmos o que desejam – autores politicamente autônomos de uma comunidade de livres e iguais. Nesta medida, o processo político não serve apenas ao controle da atividade do Estado através de civis, os quais, no exercício de seus direitos privados e liberdades pré-políticas, já adquiriram uma autonomia social preliminar. Tampouco ele preenche uma função de charneira entre o Estado e a sociedade, pois o poder administrativo não constitui um poder autóctone ou algo já dado. Ele resulta muito mais do poder produzido comunicativamente na prática de auto-determinação de cidadãos e se legitima pelo fato de proteger essa prática através da institucionalização da liberdade pública⁵³. A justificativa da existência do Estado não reside primariamente na proteção de direitos subjetivos iguais, e sim na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, dentro do qual civis livres e iguais se entendem sobre quais normas e fins estão no interesse comum de todos. Com isso, exige-se do cidadão republicano muito mais do que a simples orientação pelo próprio interesse.

(b) Na polêmica contra o conceito clássico da pessoa jurídica como portadora de direitos subjetivos privados transparece uma controvérsia acerca do próprio *conceito do direito*. Enquanto a interpretação liberal vê o sentido de uma ordem jurídica no fato de ela permitir constatar, no caso concreto, quais direitos competem a quais indivíduos, a visão republicana considera que esses direitos subjetivos resul-

53 MICHELMAN, *Truth* (1988), 284: “In civic constitutional vision, political society is primarily the society not of rightbearers but of citizens, an association whose first principle is the creation and provision of a public realm within which a people, together, argue and reason about the right terms of social coexistence, terms that they will set together and which they understand as their common good ... Hence the state is justified by its purpose of establishing and ordering the public sphere within which persons can achieve freedom in the sense of self-government by the exercise of reason in public dialogue”.

tam de uma ordem jurídica objetiva, a qual não somente torna possível, como também garante a integridade de uma convivência autônoma, com iguais direitos e que repousa no respeito mútuo. No primeiro caso, a ordem jurídica é construída a partir de direitos subjetivos; no segundo, atribui-se um primado a seu conteúdo jurídico objetivo. Através dessa formação conceitual dicotomizadora, cai o conteúdo intersubjetivo de um sistema de direitos – interpretado a nível de uma teoria do discurso – que os civis se reconhecem reciprocamente. Aí se funda a consideração de direitos e deveres em relações recíprocas de reconhecimento. Todavia, o republicanismo vem ao encontro desse conceito de direito, uma vez que valoriza tanto a integridade do indivíduo e de suas liberdades subjetivas, como a integridade da sociedade na qual os particulares podem reconhecer-se, ao mesmo tempo, como indivíduos e como membros. Ele liga a legitimidade das leis ao processo democrático de sua gênese, conservando, assim, o nexu interno da prática de autodeterminação do povo e do domínio impessoal das leis: “*For republicans rights ultimately are nothing but determinations of the prevailing political will, while for liberals some rights are always grounded in a ‘higher law’ of transpolitical reason or revelation ... In a republican view, a community’s objective, the common good, substantially consists in the success of its political endeavor to define, establish, effectuate and sustain the set of rights (less tendentiously laws) best suited to the conditions and mores of that community, whereas in a contrasting liberal view the higher-law rights provide the transcendental structures and the curbs on power required so that pluralistic pursuit of diverse and conflicting interests may proceed as satisfactorily as possible*”⁵⁴.

O direito de escolha, que é interpretado como liberdade positiva, transforma-se no paradigma dos direitos em geral, não somente por ser constitutivo para a autodeterminação política, mas também porque se pode ler em sua estrutura o modo como a inclusão numa comunidade de indivíduos com iguais direitos está unida à autorização individual para tomadas de posição próprias e contribuições autônomas: “*The claim is, that we all take an interest*

54 MICHELMAN. *Conceptions of Democracy*. (1989), 446s.

in each other’s enfranchisement, because (i) our choice lies between hanging together and hanging separately: (ii) hanging together depends on reciprocal assurance to all of having one’s vital interests heeded by the others; and (iii) in the deeply pluralized conditions of contemporary American society, such assurances are attainable ... only by maintaining at least the semblance of a politics in which everyone is conceded a voice”⁵⁵.

Essa estrutura comunica-se a todos os direitos, passando pelo processo de legislação constituído pelos direitos políticos. Também a autorização do direito privado para a persecução de fins privados, livremente escolhidos, obriga simultaneamente a manutenção dos limites do agir estratégico, no interesse simétrico de todos.

c) As diferentes conceitualizações do papel do cidadão e do direito são expressão de um dissenso sobre a *natureza do processo político*, que atingem mais fundo. Na interpretação liberal, a política é essencialmente uma luta por posições mais favoráveis no âmbito do poder administrativo. O processo de formação da opinião e da vontade na esfera pública e no parlamento é determinado através da concorrência de atores coletivos que agem, estrategicamente, a fim de obter ou manter posições de poder. O sucesso se mede pelo assentimento quantificado pelos votos de eleitores, dados a pessoas e programas. Em seu voto, os eleitores expressam suas preferências. Suas decisões eleitorais têm a mesma estrutura que os atos de escolha de participantes do mercado, orientados pelo sucesso. Eles autorizam a assunção de posições de poder, pelas quais se digladiam os partidos políticos, no mesmo enfoque orientado pelo sucesso. O *Input* dos votos e o *Output* do poder correspondem ao mesmo modelo do agir estratégico: “*By contrast with deliberation, strategic interaction aims at coordination rather than cooperation. In the last analysis, it asks people to consider no one’s interest but their own. Its medium is bargain, not argument. Its tools of persuasion are not claims and reasons but conditional offers of service and forbearance. Whether*

55 MICHELMAN. *Conceptions of Democracy*. (1989), 484.

*formally embodied in a vote or in contract, or just informally carried out in social behaviors, a strategic outcome represents not a collective judgement of reason but a vector sum in a field of forces*⁵⁶.

No entendimento republicano, a formação política da opinião e da vontade, na esfera pública e no parlamento, não obedece às estruturas de processos do mercado, mas às estruturas próprias de uma comunicação pública orientada pelo entendimento. Para a política no sentido de uma prática de autodeterminação de cidadãos, o paradigma não é o do mercado, mas o do diálogo: “*A dialogic conception envisions – or perhaps one ought to say it idealizes – politics as a normative activity. It imagines politics as contestation over questions of value and not simply questions of preference. It envisions politics as a process of reason not just of will, of persuasion not just of power, directed toward agreement regarding a good or just, or at any rate acceptable, way to order those aspects of life that involve people’s social relations and social natures*”⁵⁷. Nesta perspectiva, existe uma diferença estrutural entre o poder comunicativo, que surge da comunicação, assumindo a figura de opiniões da maioria, formadas discursivamente, e o poder administrativo, que é função do Estado. Também os partidos que lutam pelo acesso a posições de poder no âmbito do Estado têm que aceitar o estilo deliberativo e o sentido próprio de discursos políticos: “*Deliberation ... refers to a certain attitude toward social cooperation, namely, that of openness to persuasion by reasons referring to the claims of others as well as one’s own. The deliberative medium is a good faith exchange of views – including participant’s reports of their own understanding of their respective vital interests – ... in which a vote, if any vote is taken represents a pooling of judgements*”⁵⁸.

56 MICHELMAN, F. I. “Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation”. in: *Tennessee Law Review*, 56, 1989, 293.

57 MICHELMAN, F. I. “Bringing the Law to Life”, in: *Cornell Law Review*, 74, 1989, 257.

58 MICHELMAN. *Pornography*, (1989), 293.

Por isso, a controvérsia de opiniões, desenvolvida na arena política, possui força legitimadora, não somente no sentido de uma autorização para se apropriar de posições de poder, pois o discurso político continuado tem força ligadora também para o tipo de exercício do poder político. O poder administrativo só pode ser empregado na base das políticas e nos limites das leis que resultam de processos democráticos.

(d) Da compreensão republicana de política resulta, finalmente, uma clarificação das *condições processuais* que conferem força legitimadora à formação institucionalizada da opinião e da vontade. São precisamente estas as condições sob as quais o processo político tem a seu favor a suposição de que produz resultados racionais. Uma competição pelo poder, representado segundo o modelo da concorrência do mercado, é determinada pela escolha racional das melhores estratégias. Dado o seu visceral pluralismo, que abrange valores pré-políticos e interesses, os quais podem, quando muito, ser *agregados* ao processo político num mesmo nível de importância, a política perde a relação com o uso ético e moral da razão. A esse ceticismo liberal da razão opõe-se a confiança republicana na força de discursos políticos. Estes devem tematizar as orientações axiológicas e interpretações de carências, e, com isso, a própria compreensão pré-política de si mesmo e do mundo, a fim de poder transformá-las *de forma razoável*. Sob condições do discurso, que obrigam cada um a assumir a perspectiva dos demais membros e até de todos os outros, é possível uma modificação racionalmente motivada das tomadas de posição iniciais. Como participantes de um tal processo de formação discursiva da opinião e da vontade, os cidadãos se conscientizam de seu direito de autodeterminação: “*Given plurality, a political process can validate a societal norm as self given law only if (i) participation in the process results in some shift or adjustment in relevant understandings on the part of some (or all) participants, and (ii) there exists a set of prescriptive social and procedural conditions such that one’s undergoing under those conditions, such a dialogic modulation of one’s understandings is not considered or experienced as coercive, or invasive, or otherwise a violation of one’s identity or*

freedom, and (iii) those conditions actually prevailed in the process supposed to be *jurisgenerative*”⁵⁹.

2

Se agudizarmos “republicanamente” nossa sensibilidade, em relação aos componentes deliberativos do processo de legislação envolvidos na questão da legitimidade da jurisprudência constitucional, poderemos formular de modo mais específico a proposta procedimentalista de Ely. A compreensão republicana da política lembra o nexo interno entre o sistema de direitos e a autonomia política dos cidadãos. Nesta perspectiva, o tribunal constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo da normatização jurídica se realize sob condições da *política deliberativa*, que fundam legitimidade. Esta, por sua vez, está ligada aos pressupostos comunicativos pretensiosos de arenas políticas, que não se limitam à formação da vontade institucionalizada em corporações parlamentares, estendendo-se também à esfera pública política, bem como ao seu contexto cultural e à sua base social. Uma prática de autodeterminação deliberativa só pode desenvolver-se no jogo entre a formação da vontade de corporações parlamentares, programada para decisões e institucionalizada conforme o direito procedimental, e a formação política da opinião nos círculos informais da comunicação política. Impulsos relevantes, temas e contribuições, problemas e propostas, originam-se mais nas margens do que da média estabelecida do leque de opiniões. “*So the suggestion is that the pursuit of political freedom through law depends on ‘our’ (the Supreme Court’s) constant reach for inclusion of the other, of the hitherto excluded – which in practice means bringing to legal-doctrinal presence the hitherto absent voices of emergently self-conscious social groups*”⁶⁰.

59 MICHELMAN. *Law’s Republic*, (1988), 152s.

60 MICHELMAN, *Law’s Republic*, (1988), 1529; na pág. 1531 ele prossegue: “The full lesson of the civil rights movement will escape whoever focusses too sharply on the country’s most visible, formal

O modo deliberativo da legislação e a ligação da administração a determinações legais são ameaçados tanto pelas burocracias autonomizadas como pela influência do poder social privado. Porém, nos Estados Unidos, desde a famosa discussão entre federalistas e antifederalistas, o verdadeiro problema consiste na influência de grupos de interesses que impõem seus objetivos privados sobre o aparelho do Estado às custas de interesses gerais. Nessa delimitação clássica contra a tirania de forças sociais, que pecam contra o princípio da separação entre Estado e sociedade, o republicanismo renovado também entende o papel do tribunal constitucional como o de um guardião da democracia deliberativa: “*The american constitutional regime is built on hostility to measures that impose burdens or grant benefits merely because of the political power of private groups; some public value is required for governmental action. This norm ... suggests, for example, that statutes that embody mere interest-group deals should be narrowly*

legislative assemblies – Congress, state legislatures, the councils of major cities – as exclusive, or even primary arenas of *jurisgenerative* politics and political freedom. I do not mean that those arenas are dispensable or unimportant. Rather I mean the obvious point that much of the country’s normatively consequential dialogue occurs outside the major formal channels of electoral and legislative politics, and that in modern society those formal channels cannot possibly provide for most citizens much direct experience of self-revisionary, dialogic engagement. Much, perhaps most, of that experience must occur in various arenas of what we know as public life in the broad sense, some nominally political, some not: in the encounters and conflicts, interactions and debates that arise in and around town meetings and local government agencies; civic and voluntary associations; social and recreational clubs; schools public and private; managements, directorates and leadership groups of organizations of all kind; work places and shop floors; public events and street life; and so on ... Understanding of the social world that are contested and shaped in the daily encounters and transactions of civil society at large are of course conveyed to our representative arenas ... (They) are, then, to be counted among the sources and channels of republican self-government and *jurisgenerative* politics”.

*construed. It also suggests that courts should develop interpretive strategies to promote deliberation in government – by, for example, remanding issues involving constitutionally sensitive interests or groups for reconsideration by the legislature or by regulatory agencies when deliberation appears to have been absent*⁶¹.

C. R. Sunstein discute algumas das conseqüências que esse papel de guardião traz para a política deliberativa. Ele toma como ponto de partida processos de controle de normas nas quais a *Supreme Court*, apoiando-se em “classificações discriminadoras”, rejeitou leis, seguindo o argumento de que o legislador não conseguiu desenvolver uma “análise racional” da matéria a ser regulamentada. Sunstein generaliza esses casos, transformando-os num “reasoned analyses requirement”, que orienta para o modo discursivo do processo de legislação: “What emerges is a jurisprudence that inspects legislation to determine whether representatives have attempted to act deliberatively”⁶². Medida da avaliação crítica é o caráter discursivo da formação da opinião e da vontade, especialmente a pergunta: será que argumentos publicamente representáveis ou interesses privados, que não podem ser declarados no quadro das negociações parlamentares, podem ser decisivos para a resolução legislativa? “One of the distinctive features of this approach is that the outcome of the legislative process becomes secondary. What is important is whether it is deliberation – undistorted by private power – that gave rise to that outcome”⁶³. A vantagem disso é que o tribunal, que não dispõe dos argumentos políticos justificadores, não precisa referir-se a argumentos atribuídos hipoteticamente, podendo apoiar-se em argumentos aduzidos faticamente. Sunstein tem uma idéia interessante para enfrentar a objeção segundo a qual argumentos objetivos para a justificação de uma lei são suficientes mesmo quando as resoluções do legislador são determinadas, de fato, através de uma pressão

61 SUNSTEIN (1990), 164.

62 SUNSTEIN, C. R. “Interest Groups in American Public Law”, in: *Stanford Law Review*, 38, (1985), 59.

63 SUNSTEIN (1985), 58.

ilegítima. Na ótica dos civis, é importante, do ponto de vista normativo, saber se os fins legítimos, por cuja causa eles precisam levar eventualmente em conta certas desvantagens, são apenas uma conseqüência secundária de programas apoiados em outras motivações, ou se eles determinam a legislação, por serem o resultado de um processo que fundamenta a legitimidade.

Da compreensão republicana da política resulta uma conseqüência menos evidente para a seguinte questão: até que ponto o tribunal constitucional pode intervir ofensivamente nas resoluções legislativas? De acordo com as observações de Sunstein, a *Supreme Court* contrapõe o “reasoned analysis requirement” às medidas controversas da administração, mais do que às resoluções do legislativo. Essa cautela é fundamentada quando o controle da racionalidade não se refere tanto à forma dos processos de fundamentação, como aos argumentos substanciais que são desmascarados como pretexto retórico. Perante o legislador político, o tribunal não pode arrogar-se o papel de crítico da ideologia; ele está exposto à mesma suspeita de ideologia e não pode pretender nenhum lugar neutro fora do processo político. O interessante é que o republicanismo, ao contrário do que sua inspiração democrático-radical talvez faça supor, não se transforma no advogado do autocontrole judicial. Ele é a favor de um ativismo constitucional, porque a jurisprudência constitucional deve compensar o desnível existente entre o ideal republicano e a realidade constitucional. Na medida em que a política deliberativa é renovada através do espírito da política aristotélica, esse conceito permanece referido às virtudes do cidadão orientado pelo bem comum. E essa imputação da virtude coloca o processo democrático, do modo como ele se desenvolve realmente nas democracias de massa do Estado social, na luz pálida de uma política instrumentalisticamente desvirtuada, “decaída”.

Num contexto análogo, Bruce Ackerman reage a essa tensão externa entre facticidade e validade, introduzindo a *Supreme Court* como mediadora entre o ideal e a realidade. Ele propõe que interpretemos o vaivém das inovações políticas, seguindo o modelo kuhniiano do desenvolvimento da ciência. Do mesmo modo que os quefazeres “normais” da ciência só são interrompidos

raramente por “revoluções” que permitem introduzir novos paradigmas, assim também o andar normal do empreendimento político autonomizado burocraticamente: ele corresponde à descrição liberal de uma luta pelo poder, conduzida estrategicamente e dirigida pelo interesse próprio. Somente quando a história se torna quente, ou seja, em “momentos de uma excitação política constitucional”, “o povo” sai da normalidade de seu privatismo cidadão, apropria-se da política que lhe é burocraticamente estranha e cria provisoriamente – como na era do *New Deal* – uma base de legitimação não prevista para inovações que apontam para o futuro⁶⁴. Esse modo vitalista de interpretar a autodeterminação democrática coloca a vontade popular, durante muito tempo latente, numa oposição à legislação institucionalizada dos representantes por ele eleitos. Durante esses intervalos, os juizes do Tribunal Constitucional Federal, no papel de guardiães de uma prática de autodeterminação atualmente silenciada e congelada nas rotinas do negócio parlamentar, devem assumir *vicariamente* os direitos de autodeterminação do povo: “*The Court at last appears not as the representative of the People’s declared will but as representation and trace of the People’s absent self-government*”⁶⁵. Como lugar-tenente republicano das liberdades positivas que os próprios cidadãos, enquanto portadores *nomeados* dessas liberdades, não podem exercer, o tribunal constitucional termina reassumindo o papel paternalista, que Ely condena através de sua compreensão procedimentalista da constituição. No entanto, o próprio Michelman, que rejeita um paternalismo do tribunal constitucional, supera de forma semelhante o abismo entre idéia e realidade: “*The Court helps protect the republican state – that is, the citizens politically engaged – from lapsing into a politics of self-denial. It challenges the people’s self-en-*

64 ACKERMAN, B. “The Storrs Lectures; Discovering the Constitution”, in: *Yale Law Review*, 93, 1984, 1013-1072. Cf. tb. *id.* *We the People*. Cambridge, Mass., 1991.

65 MICHELMAN, Foreword, (1986), 65.

closing tendency to assume their own moral completion as they now are and thus to deny to themselves the plurality on which their capacity for transformative self-renewal depends”⁶⁶.

A descrição excepcionalista da prática política ideal sugere a necessidade de um lugar-tenente pedagógico; e esse regente só é necessário durante o tempo em que o soberano se desvia para o privado, ao invés de assumir e preencher adequadamente o lugar que lhe compete na esfera pública política. A tradição republicana sugere um tal excepcionalismo, uma vez que liga a prática política dos civis ao *ethos* de uma comunidade naturalmente integrada. A política correta só pode ser feita por civis virtuosos. Essa *imputação de virtude* já levou Rousseau à separação entre o cidadão orientado pelo bem comum e o homem privado eticamente sobrecarregado; a unanimidade do legislador político deveria ser garantida previamente através de um consenso ético dos ânimos: “*For Rousseau, the basis for legitimacy lies not in the free individual capable of making up his mind by weighing reasons, but rather in the individual whose is already determined, one who has made his choice*”⁶⁷.

Contrapondo-se a isso, uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos. A teoria do discurso rompe com uma concepção ética da autonomia do cidadão; por isso, ela não precisa reservar o modo da política deliberativa a um estado de exceção. E um tribunal constitucional que se deixa conduzir por uma compreensão constitucional procedimental não precisa deixar a descoberto seu crédito de legitimação, podendo movimentar-se no interior das competências da

66 MICHELMAN, *Law’s Republic*, (1988), 1532.

67 MANIN, B. “On Legitimacy and Political Deliberation”, in: *Political Theory*, 15, 1987, 347; cf. minha crítica a Rousseau, in: HABERMAS, J. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, (1962), 1990, parág. 12; cf. tb. prefácio, p. 38.

aplicação do direito – claramente determinadas na lógica da argumentação – quando o processo democrático, que ele deve proteger, não é descrito como um estado de exceção.

As características excepcionais do processo democrático, delineado normativamente, esclarecem-se pelo fato de Michelman e outros “comunitaristas” não entenderem a cidadania ou “citizenship” *de modo jurídico*, e sim *ético*. Segundo esta interpretação clássica⁶⁸, na esfera pública política, os cidadãos procuram aquilo que para eles é o melhor, enquanto coletividade. Seguindo uma linha romântica, Michelman transforma a tendência ao bem coletivo numa apropriação hermenêutica de “tradições constitutivas”. Somente a pertença a uma forma de vida compartilhada intersubjetivamente e a conscientização sobre um complexo cultural prévio esclarecem por que os cidadãos podem alcançar um consenso em geral sobre a solução de problemas que se apresentam – e sobre medidas para aquilo que pode valer respectivamente como “melhor” solução: “*Persuasive arguments and discussions seem inconceivable without conscious reference by those involved to their mutual and reciprocal awareness of being coparticipants not just of this one debate, but in a more encompassing common life, bearing the imprint of a common past, within and from which the arguments and claims arise and draw their meaning*”⁶⁹. É verdade que a eticidade substancial de um consenso de fundo, suposto como natural e não problemático, não se combina bem com condições do pluralismo cultural e social, característico das sociedades modernas.

3

A discussão sobre o tribunal constitucional – sobre seu ativismo ou automodéstia – não pode ser conduzida *in abstracto*. Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre

68 HABERMAS, J. “Cidadania e identidade nacional”, cf. segundo vol. da presente tradução.

69 MICHELMAN. *Law's Republic*, (1988), 1513.

autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na “comunidade dos intérpretes da constituição”⁷⁰ –, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor. A idealização desse papel, levada a cabo por juristas ufanos, só faz sentido quando se procura um fiel depositário para um processo político idealisticamente acentuado. Essa idealização, por sua vez, provém de um *estritamente ético de discursos políticos*, não estando ligada necessariamente ao conceito de política deliberativa. Ela não é convincente sob pontos de vista da lógica da argumentação, nem exigida para a defesa de um princípio intersubjetivista.

No entender dos comunitaristas, existe um nexos necessário entre o conceito discursivo da democracia e a relação com uma comunidade concreta, integrada eticamente. Pois, de outro modo, não seria possível explicar como os cidadãos podem orientar-se pelo bem comum em geral⁷¹. O indivíduo singular, assim reza o

70 Na República Federal da Alemanha, o pensamento republicano dos comunitaristas acerca do direito encontra um certo paralelismo em HÄBERLE, P. *Verfassung als öffentlicher Prozess*. Frankfurt a/M., 1978; cf. tb. BLANKENAGEL, A. *Tradition als Verfassung*. Baden-Baden, 1987.

71 Os comunitaristas consideram necessária essa ligação com a comunidade, a fim de esclarecer o sentido dos deveres políticos. E, como não é possível manter uma obrigação que ultrapasse os interesses atuais, seguindo o modelo de uma troca acordada de bens – troca da liberdade natural pela proteção e segurança –, eles substituem o modelo do contrato pelo do ato originário de *promessas* recíprocas. Entendem a escolha democrática como

argumento, só pode tornar-se consciente de sua pertença a uma forma de vida coletiva, ou seja, a uma ligação social que não está à disposição, se se encontrar numa prática exercitada em comum com outros: “*Actual participation in political action, deliberation and conflict may make us aware of our more remote and indirect connections with others, the long range and large scale significance of what we want and are doing*”⁷². Segundo esta interpretação, somente na troca pública com outros, cuja identidade depende das mesmas tradições e de processos de formação semelhantes, o indivíduo pode ter clareza sobre diferenças e pontos em comum, portanto saber quem ele é ou gostaria de ser. Nesse auto-entendimento coletivo aparece também um motivo para a superação do egocentrismo e do auto-interesse, ou seja, a experiência de que a

pendant de uma promessa de fundamentação; através desse ato, os pósteros renovam e fortalecem a auto-obrigação dos fundadores, constitutiva para a comunidade política: “Citizens collectively must create their political obligation and political authority through participatory voting in a democratic community”. Como, porém, uma promessa cria uma relação interpessoal entre determinados indivíduos, essa explicação implica uma rede de tais relações, como a que se estabelece numa comunidade concreta (PATEMAN, C. *The Problem of Political Obligation*. Oxford, 1979, 174). Mesmo não levando em conta que, deste modo, não é possível justificar obrigações com relação a *outras* comunidades políticas, o modelo pressupõe tacitamente aquilo que pretende explicar, a saber, o sentido obrigatório de normas vigentes. Podemos certificar-nos disso, analisando o ato de fala da promessa. A promessa extrai o conteúdo normativo decisivo de seu sentido ilocucionário da autonomia do falante, o qual precisa saber antecipadamente o que significa *ligar* a própria vontade. Esse tipo de autonomia pressupõe, no entanto, que o sujeito é capaz de orientar o seu agir através de expectativas normativas, portanto agir por dever. Como promessa unilateral ou recíproca, tal ato gera deveres com um *determinado* conteúdo, não, porém, o sentido de validade de obrigações *enquanto tais*.

72 PITKIN, H. “On relating Private and Public”, in: *Political Theory*, 9, 1981, 344.

exclusão e opressão de alguns traz como consequência a alienação de todos – a experiência de uma “causalidade do destino”, que faz com que cada um sinta o isolamento do contexto comunicativo comum como sofrimento. Por isso, na visão comunitarista, só valem como discursos políticos genuínos os que são conduzidos com o objetivo do auto-entendimento coletivo.

Esses e outros argumentos se juntam na interpretação ética constitucional do discurso político. Michelman, do mesmo modo que Perry, entende a política genuína como reflexão sobre o ato excepcional da instituição da constituição – e como a afirmação repetitiva desse ato de fundação. Tal anamnese salvadora torna necessária a referência às bases éticas da comunidade histórica à qual cada um pertence: “*The first requirement is ... that it makes sense of the centrality and constancy in American constitutional practice of the remembrance of its origins of public acts of deliberate creation; for that remembrance both deeply reflects and deeply informs the American understanding of what it means for a people to be both self-governing and under law*”⁷³.

Com isso, Michelman eleva a forma de política simbólica, tal como se manifestou, por exemplo, nas festividades do bicentenário da declaração da independência, ao nível de modelo da política em geral e aceita o desnível que existe entre esses atos cerimoniais, que são de importância vital para a integração política de uma nação de cidadãos, e os negócios políticos do dia-a-dia. A tensão entre facticidade e validade, que deveria ser estabilizada no interior do próprio *medium* do direito, irrompe agora entre o ideal de uma república ética e a vil realidade constitucional. E, neste caso, somente a forma de uma argumentação ético-política pode formar a ponte estreita entre a política originária e a “decaída”. Onde a formação política da vontade se apresenta como um discurso ético, o discurso político precisa ser conduzido *sempre* com o objetivo de encontrar aquilo que é melhor para os cidadãos enquanto membros de uma comunidade concreta, no horizonte de sua forma de vida e de seu contexto tradicional. R. Beiner pontualiza essa

73 MICHELMAN. *Law's Republic* (1988), 1508.

equiparação dos juízos políticos ao auto-entendimento ético: “*All political judgments are – implicitly at least – judgements about the form of collective life that is desirable for us to pursue within a given context of possibilities. The commonality of the judging subjects is internal to, or constitutive of, the judgment, not merely contingent or external to it ... This follows from the object of deliberation, which is directed to the very form of our relating together ... I can express this no better than by saying that what is at issue here is not ‘what should I do?’ or ‘how should I conduct myself?’ but ‘how are we to be together, and what is to be the institutional setting for that being-together?’*”⁷⁴.

Essa assimilação da formação política da opinião e da vontade ao auto-entendimento ético-político não se combina muito bem com a função do processo de legislação no qual ela desemboca. É certo que, nas leis, entram conteúdos teleológicos, porém esses não se esgotam em colocações de objetivos coletivos. Do ponto de vista de sua estrutura, as leis são determinadas pela pergunta: com que normas os cidadãos querem regular sua convivência? É certo que discursos de auto-entendimento *também* constituem um componente importante da política, pois neles os participantes desejam obter clareza sobre a sua condição de membros de uma determinada nação, de uma comuna ou de um Estado, de habitantes de uma determinada região, etc., ou querem saber quais tradições eles estão cultivando, como eles se tratam mutuamente, como tratam as minorias, os grupos marginais, numa palavra: em que tipo de sociedade eles querem viver. Porém tais questões estão, como vimos, subordinadas a questões morais e ligadas a questões pragmáticas. Tem *primazia* a questão: como é possível regular uma matéria no interesse simétrico de todos? A normatização encontra-se originariamente sob o ponto de vista da justiça e se mede por princípios que definem o que é simetricamente bom para todos. As questões da justiça, ao contrário das questões éticas, não são naturalmente referidas à forma de vida de uma determinada coletividade. Para ser legítimo, o direito de uma comunidade jurídica

74 BEINER, R. *Political Judgment*. Chicago, 1983, 138.

concreta, normatizado politicamente, tem que estar, ao menos, em sintonia com princípios morais que pretendem validade geral, ultrapassando a própria comunidade jurídica.

Mesmo assim, o espaço mais amplo é ocupado por compromissos. Sob condições do pluralismo social e cultural, muitas vezes se escondem atrás de fins politicamente relevantes interesses e orientações axiológicas que, de forma nenhuma, são constitutivos para a identidade da comunidade em geral, portanto para o todo de uma forma de vida compartilhada intersubjetivamente. Esses interesses e orientações axiológicas que se encontram em conflito, sem a perspectiva de um consenso mútuo, necessitam de uma compensação, que os discursos éticos não conseguem proporcionar – mesmo quando os resultados estão condicionados ao respeito pelos valores fundamentais aceitos por uma cultura. Vimos como esse equilíbrio de interesses realiza-se através de uma formação de compromisso entre partidos que se apóiam em potenciais de poder e de sanção. Negociações desse tipo pressupõem certamente a disposição de cooperação, portanto a vontade de, observando regras do jogo, chegar a resultados aceitáveis por todos os partidos, mesmo que os argumentos em que se apóiam sejam diferentes. Porém tal formação de compromisso não se realiza nas formas de um discurso racional que neutraliza o poder ou exclui o agir estratégico.

O modo deliberativo da prática de legislação não deve cuidar *apenas* da validade ética das leis. Ao invés disso, a complexa pretensão de validade de normas jurídicas pode ser entendida como a pretensão de levar em conta, em primeiro lugar, os interesses parciais afirmados estrategicamente, de modo que estes se combinem com o bem comum; em segundo lugar, de recuperar princípios universalistas de justiça no horizonte de uma forma de vida cunhada por constelações particulares de valores. Na medida em que esses princípios de uma moral, de certa forma des-situada e ultrapassando todas as formas concretas de vida, adquirem obrigatoriedade para uma determinada comunidade jurídica, eles também se inserem em domínios de ação abstratos, cuja integração não se dá apenas através dos contextos informais do agir orientado pelo entendimento. Diferindo do estreitamento ético de discursos políticos, o conceito de política deliberativa consegue estabelecer um nexos com a realidade empírica, pois faz jus à multiplicidade das

formas de comunicação, dos argumentos e das institucionalizações do direito através de processos.

Já vimos como a jurisdição, ao levar em conta aspectos da aplicação, torna a desatar o feixe dos diferentes tipos de argumentos introduzidos no processo de normatização, fornecendo uma base racional para as pretensões de legitimidade do direito vigente. Nos discursos jurídicos, surgem não somente argumentos imanentes ao direito, mas também argumentos éticos, empíricos e pragmáticos. Quando se considera a gênese democrática do direito pelo ângulo da aplicação do direito, revelam-se novamente os diferentes aspectos sob os quais é possível dissolver, clarificar e diferenciar a síndrome da política deliberativa. Na política legislativa, a adução de informações e a escolha pragmática dos meios estão entrelaçadas com o balanceamento de interesses e a formação de compromissos, com o auto-entendimento ético e a formação de preferências, com a fundamentação moral e o exame jurídico da coerência. Assim, os dois tipos de política polarizados por Michelman *interligam-se* racionalmente. É por isso que Sunstein, ao analisar os inícios da tradição constitucional americana, abandona Michelman, reconstruindo duas linhas diferentes, capazes de comprovar uma oposição entre a compreensão liberal de política e a republicana: ele encontra, ao invés disso, um único conceito integrado, denominado “Madisonian Republicanism”.

Esse conceito é suficientemente forte para fundamentar o modo deliberativo do processo de legislação como condição necessária da normatização legítima, porém fraco o bastante para não perder o engate em teorias empíricas: “*There are numerous theories about legislative decisionmaking. One theory suggests that a considerable amount of legislative behavior can be explained if one assumes that members of Congress seek singlemindedly the goal of reelection. Another approach indicates that three primary considerations – achieving influence within the legislature, promoting public policy, and obtaining reelection – have more explanatory power than any single-factored approach. In the economic literature, there have been efforts to explain legislative behavior solely by reference to constituent pressures. Such interpretations have been attacked as too reductionist. – What emerges is a*

continuum. At one pole are cases in which interest-group pressures are largely determinative and statutory enactments can be regarded as ‘deals’ among contending interests. At the other pole lie cases where legislators engage in deliberation in which interest-groups, conventionally defined, play little or no role. At various points along the continuum a great range of legislative decisions exist where the outcomes are dependent on an amalgam of pressure, deliberation and other factors. No simple test can distinguish cases falling at different points on the continuum”⁷⁵.

Sunstein esboça uma imagem realista, porém superficial, da política legislativa. Mesmo sabendo que não existe um “teste simples”, os pontos de vista da teoria do discurso permitem abrir o *continuum* empírico até o ponto em que se torna possível analisar as correntes comunicativas de acordo com os diferentes questionamentos e reconstruí-las seguindo as formas comunicativas correspondentes. No nível da superfície, não é tão fácil reconhecer diferenças entre o uso pragmático, ético e moral da razão, as quais se encontram nas profundezas da gramática; isso, porém, não significa que as formas da política que Michelman contrapõe entre si, apoiado numa tipologia ideal, se interpenetrem de um modo que *não permite discernimento*. A reconstrução discursiva de uma determinada parte da comunicação permite, além disso, constatar os desvios provindos da influência do poder social e administrativo, os quais não podem ser justificados publicamente.

A diferenciação entre ética e política, que o republicanismo não desenvolve suficientemente, não chega a ameaçar a compreensão intersubjetivista do direito e da política. É certo que a política deliberativa só permanece engrenada internamente com o contexto de tradições de uma determinada comunidade histórica, na medida em que se desenrola num discurso ético ampliado. Enquanto auto-entendimento ético, a política consegue trazer para a consciência o laço de eticidade substancial, que mantém *a fortiori* coesos os cidadãos que participam da controvérsia discursiva. E, na medida em que discursos políticos se estendem a negociações e à generalização moral de

75 SUNSTEIN (1985), 48s.

interesses, o procedimento democrático não pode mais extrair sua força legitimadora do acordo prévio de uma comunidade ética pressuposta e sim de si mesmo. As consequências daí resultantes colocam em xeque o modo de ler comunitarista da tradição republicana, sem tocar no seu núcleo intersubjetivista. Michelman teme que o sentido normativo de uma política legislativa, que não pode mais recorrer a uma tradição comum, uma vez que se refere à comunidade, só pode ser salva através da referência a uma autoridade racional transcendente⁷⁶. De fato, porém, uma compreensão procedimentalista consequente da constituição aposta no caráter intrinsecamente racional das condições procedimentais que apoiam a suposição de que o processo democrático, em sua totalidade, propicia resultados racionais. A partir daí, é possível dizer que a razão incorpora-se nas condições pragmático-formais possibilitadoras de uma política deliberativa, não sendo necessário contrapô-la a esta última como se fosse uma autoridade estranha, situada além da comunicação política.

Num modelo de discurso mais abstrato, a amarração do indivíduo à intersubjetividade de uma *estrutura* preliminar de entendimento possível fica mantida. Ao mesmo tempo, a referência a uma comunidade comunicativa virtual - que aponta para além do conteúdo tradicional de cada comunidade particular e que é inclusiva de modo ideal - desliga as tomadas de posição em termos de sim/não dos participantes do poder prejudicial dos jogos de linguagem e das formas de vida, socializados apenas a nível convencional. Entretanto, com isso se introduz, na teoria do discurso, uma compreensão de política deliberativa, que, por sua vez, desencadeia dúvidas empíricas: “*The first criticism*”, objeta Sunstein contra si mesmo, “*would suggest that it is utopian to believe that representatives can be forced into the Madisonian model*”⁷⁷. Ele pode até enfraquecer a objeção, partindo do ângulo normativo da teoria do direito. Porém somente na perspectiva modificada da teoria da democracia é possível desativar completamente as dúvidas empiricamente motivadas contra um conceito discursivo de política deliberativa.

76 MICHELMAN. *Pornography*, (1989), 291s.

77 SUNSTEIN (1985), 76.