

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-racionais 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 dos ordens jurídicos modernos. 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 Talcott 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 Locke*. Frankfurt a/M., 1979.

4 FETTSCHER, 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 LÖWTH, 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 especificação 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 descrita, 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 limites dos 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 transcendentes 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 contratuistas 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 consequente 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 consequência 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 auto compreensão 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 prejulga, inclusive, a análise posterior, na medida em que o direito é reduzido à função especial da sua aplicação jurídica. E nisso passa despercebido o nexo 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 despojado 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 narcisticamente 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 onerem 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 alguma, sob a impressão dos resultados da pesquisa de implementação, julga eticamente 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 consequência 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 Rechtstheorie*, 6, 1985; LUHMANN, N. "Einige Probleme mit reflexivem Recht", in: *Zeitschrift für Rechtstheorie*, 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 intrasparentes 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 Taubner 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. Taubner 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

20 TEUBNER (1989), 109.

a comunicação geral. Este se parece com a linguagem coloquial, gerando inclusive ser confundido com ela. Ele permite a diferenciação de meios de regulação, tais como o dinheiro ou o poder, não gerando, 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, tal 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 ênus externos dos sistemas parciais diferenciados, permanecendo, deste modo, sensível aos problemas da sociedade global. As definições e elaborações de problemas, elaboradas 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

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 ideia 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. É 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 ideia 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 solettrarem 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 desenvolveu a ideia 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 justos ou corretos 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 fina 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 reconstitutivas 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 insito 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*. M-nuscrito, 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 sobrepe”²⁹; 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 incorporem 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. 536-399.

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 reconstitutivo 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 indicio 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.

Outra, 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 descontinuo, 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 recalitrante 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

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.

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

Estado de direito de sociedades concretas, poderia encontrar o seu lugar pleno no contexto de uma descrição crítica dos processos políticos constataáveis. 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 amaram-se princípios, especialmente os de inspiração neokantiana, que operam com a seguinte ideia: 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.

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.

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

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 apoia numa familiaridade ríde, 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 apoia 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 desaprovção" 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 apoia num *amalgama de argumentos e motivos empíricos*, os quais têm origens distintas: são deduzidos de narrativas míticas, de cosmogonias 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 impulsadora. 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 reconstitutivamente 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' 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. Winckelmann). 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 metodológicas do que o nexo 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 nexo 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: transcendentes e iminentes ao direito⁴³.

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 positivização do direito e a consequente 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 consequências 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*. Tübinga, 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 estatuido 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 nexo 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 apoia 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 apoiam 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 nexo 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 estruturação 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 constata-

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

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

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 unicamente, 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 posituação 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 is 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 modern societies, despite vociferous objections to modern egalitarianism among certain groups*"⁴⁹. (Uma comunidade societal composta basicamente de iguais

49 *Ibid.*, 118s.

lação 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

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

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 positividade 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 modern societies, despite vociferous objections to modern egalitarianism among certain groups*"⁴⁹. (Uma comunidade societal composta basicamente de iguais

49 *Ibid.*, 118s.

parece ser o 'fim da linha' no longo processo de solapamento da legitimidade de bases particularistas 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 educacional que sintetiza de certa maneira os temas das revoluções industriais e democráticas: igualdade de

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 qualquer exame" (p. 128).

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 moldadas de uma sociedade complexa, portanto para as estruturas pretensiosas 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 sequência 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 é representada como resultado de uma evolução social é por demais estreito. Por isso, A. Giddens desta-

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

cou 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 direito

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 normalização foucaultiana do gozo passivo de direitos concedidos paternalisticamente, de outro

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*, Surattford, 1988.

55 HELD, D. "Citizenship and Autonomy", in: *id. Political Theory and the Modern State*. Oxford, 1989, 214-242.

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 originalidade*, do jogo entre repro-

dução cultural, integração social 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 socializadas 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 *autoconcepção* 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