

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

Em termos da teoria do agir comunicativo, o sistema de ação "direito", enquanto ordem legítima que se tornou reflexiva, faz parte do componente social do mundo da vida. Ora, como este só se reproduz junto com a cultura e as estruturas da personalidade, através da corrente do agir comunicativo, as ações jurídicas formam o *medium* através do qual as instituições do direito se reproduzem junto com as tradições jurídicas compartilhadas intersubjetivamente e junto com as capacidades subjetivas da interpretação de regras do direito. Por fazerem parte do componente da sociedade, estas regras do direito formam ordens legítimas de um nível superior; ao mesmo tempo, porém, enquanto simbolismo jurídico e enquanto competências jurídicas 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 *autocompreensão* destas ordens jurídicas modernas. E tomo como ponto de partida os direitos que os cidadãos têm que atribuir uns aos outros, caso queiram regular legitimamente sua convivência com meios do direito positivo. Esta formulação deixa entrever que existe uma tensão entre facticidade e validade permeando o sistema dos direitos em sua totalidade, característica do modo ambivalente da validade jurídica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1

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

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

4 *Ibid.*, pará. 53.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

14 *Ibid.*, 113.

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

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

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

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

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

2

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

22 *Ibid.*, p. 144.

23 *Ibid.*

mente, enquanto pessoas morais, da perspectiva social de uma razão que examina as leis, a partir da qual eles podem fundamentar moralmente, e não apenas pela astúcia, a sua saída do estado de liberdades inseguras. Ao mesmo tempo, Kant percebe que o direito humano – que é único – precisa diferenciar-se nos termos de um *sistema de direitos*. através do qual, tanto "a liberdade de cada membro da sociedade, enquanto homem", como também "a sua igualdade com todos os outros, enquanto súdito", assumem uma figura positiva. Isso acontece na forma de "leis públicas", as quais só podem pretender legitimidade enquanto atos da vontade pública dos cidadãos autônomos e unidos: "Aqui, porém, não é possível nenhuma outra vontade a não ser a de todo o povo (uma vez que todos determinam sobre todos e, portanto, cada um determina sobre si mesmo): pois ninguém pode ser injusto consigo mesmo"²⁴.

Uma vez que a pergunta acerca da legitimidade das leis que garantem a liberdade precisa encontrar uma resposta no interior do direito positivo, o contrato da sociedade faz prevalecer o princípio do direito, na medida em que liga a formação política da vontade do legislador a condições de um *procedimento democrático*, sob as quais os resultados que apareceram de acordo com o procedimento expressam *per se* a vontade consensual ou o consenso racional de todos os participantes. Desta maneira, no contrato da sociedade, o direito dos homens a iguais liberdades subjetivas, fundamentado moralmente, interliga-se com o princípio da soberania do povo.

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

24 KANT, vol. VI, 150.

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

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

3. *Excurso*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

opõe ao princípio moral, a ser aplicado privadamente, um princípio da justiça que regula a formação comum da vontade política. O.

Höffe também faz questão de distinguir o ponto de vista moral do ponto de vista da justiça política.

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

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

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

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

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

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

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

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

2

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

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

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

sujeitos singulares, os quais, porém, não se individualizam mais através de sua identidade pessoal, formada através de sua história de vida, e sim, através da capacidade de assumir a posição de membros sociais típicos de uma comunidade constituída juridicamente. Portanto, na perspectiva dos destinatários, a relação jurídica não leva em conta a capacidade das pessoas em ligar sua vontade através de idéias normativas; ela atribui a elas apenas a capacidade de tomar decisões teleológicas (*zweckrational*), ou seja, liberdade de arbitrio³⁶. Os demais aspectos da legalidade resultam dessa redução da vontade livre de uma pessoa moral e eticamente imputável ao arbitrio de um sujeito jurídico, determinado por preferências próprias. Só é possível regular juridicamente as matérias que abrangem as condições externas. Isso pode explicar um efeito de singularização da forma jurídica, que não chega a desmentir os fundamentos intersubjetivos do direito enquanto tal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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