

“O paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar, não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a *de todos* os atingidos. E tal expectativa da teoria do discurso, ao contrário do que se afirma muitas vezes, não visa doutrinação, nem é totalitária. Pois, o novo paradigma submete-se às condições da discussão contínua, cuja formulação é a seguinte: na medida em que ele conseguisse cunhar o horizonte da apreensão de todos os que participam de algum modo e à sua maneira da interpretação da constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do direito. Esta compreensão, como aliás o próprio Estado de direito, conserva um núcleo dogmático, ou seja, a idéia da autonomia, segundo a qual, os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem às leis que eles mesmos estabeleceram servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo. Contudo, esta idéia é ‘dogmática’ num sentido *sui generis*. Pois, nela se expressa uma tensão entre facticidade e validade, a qual é ‘dada’ através da estrutura linguística das formas de vida sócio-culturais, as quais nós, que formamos nossa identidade em seu seio, não podemos eludir”. (J. Habermas, *Direito e democracia*, Vol. II, pág. 190)

ISBN 85-282-0695-7
9 788528 200959

Jürgen Habermas

DIREITO E DEMOCRACIA II
entre facticidade e validade

tpb
tempo brasileiro

Biblioteca
Tempo Universitário 102

Jürgen Habermas

DIREITO E DEMOCRACIA
entre facticidade e validade
II



Jürgen Habermas

DIREITO E DEMOCRACIA

Entre facticidade e validade

Volume II

2ª edição

Tradução:

FLÁVIO BENO SIEBENEICHLER – UGF

CATALOGAÇÃO NA FONTE
DO
DEPARTAMENTO NACIONAL DO LIVRO

H114d Habermas, Jürgen, 1929-

Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II
2. ed. / Jürgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneich-
ler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

354 p. ; cm. – (Biblioteca Tempo Universitário; 102)

ISBN 85-282-0095-7

Inclui bibliografia.

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

CDD – 340.115

TEMPO BRASILEIRO

Rio de Janeiro – RJ – 2003

I. DIREITO E MORAL (Tanner Lectures 1986)*

Primeira aula: como é possível a legitimidade através da legalidade?

Max Weber interpreta as ordens estatais das sociedades ocidentais modernas como desdobramentos da “dominação legal”. Porque a sua legitimidade depende da fé na legalidade do exercício do poder. Segundo ele, a dominação legal adquire um caráter racional, pois a fé na legalidade das ordens prescritas e na competência dos que foram chamados a exercer o poder não se confunde simplesmente com a fé na tradição ou no carisma, uma vez que ela tem a ver com a racionalidade que habita na forma do direito e que legitima o poder exercido nas formas legais.¹ Esta tese desencadeou grande discussão. E, durante o seu desenrolar, Max Weber introduziu um conceito positivista do direito, segundo o qual direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito, seguindo um processo institucionalizado juridicamente. Sob esta premissa, a força legitimadora da forma jurídica não deriva de um possível parentesco com a moral. Isso significa que o direito moderno tem que legitimar o poder exercido conforme o direito, apoiando-se exclusivamente em qualidades formais próprias. E, para fundamentar essa “racionalidade”, não se pode apelar para a razão prática no sentido de Kant ou de Aristóteles. Isso significa, para Weber, que o direito dispõe de uma racionalidade própria, que não depende da moral. Aos seus olhos, a confusão entre moral e direito pode, inclusive, colocar em risco a racionalidade do direito e, com isso, o fundamento

¹ Max Weber. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Colômbia, 1964, Cap. III, 2, 160ss

* Tradução inglesa in *The Tanner Lectures on Human Values*, Vol. VIII, Salt Lake City, 1988, 217-280

legitimidade da dominação legal. Segundo ele, todas as correntes contemporâneas que “materializam” o direito formal burguês são vítimas desta moralização fatal.

Hoje em dia está em andamento um debate sobre a “juridificação”, o qual toma como ponto de partida o diagnóstico weberiano.² Por isso, eu gostaria de retomar esse contexto, a fim de desenvolver minhas considerações sobre o direito e a moral, abordando os seguintes pontos: I) Em primeiro lugar, recordarei a concepção weberiana acerca da materialização do direito, a fim de elaborar as idéias morais implícitas, que não se conciliam com o seu ceticismo em relação a valores. II) Numa segunda parte, abordarei três posições que se destacam no debate que se desenrola atualmente na Alemanha sobre a transformação das formas do direito, a fim de aglutinar argumentos a transformação ao conceito de racionalidade do direito. III) Finalmente, desenvolverei resumidamente a tese, segundo a qual a legalidade tem que extrair sua legitimidade de uma racionalidade procedimental com teor moral. Esta racionalidade resulta de um entrelaçamento entre dois tipos de “processos”, pois argumentações morais são institucionalizadas com o auxílio de meios jurídicos. Contudo, apesar de seu caráter normativo, minhas abordagens não pretendem configurar uma teoria do direito, e sim uma teoria da sociedade.

I. O conceito weberiano de racionalidade do direito

1

Os processos de juridificação, típicos do atual Estado social, equívalem, de certa forma, à materialização do direito formal burguês, descrita por Weber. Não se trata apenas de um crescimento quantitativo, nem de uma intensificação de prescrições jurídicas numa sociedade cada vez mais complexa.³ As necessidades de intervenção de um aparelho estatal ativo, ao mesmo tempo regulador e compensador, fazem com que

2 F. Kübler (ed.), *Verrrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*. Baden-Baden, 1984 e Frankfurt/M., 1985; A. Görlitz, R. Voigt, *Rechtspolitologie*. Hamburgo, 1985.

3 R. Voigt (ed.), *Abschied vom Recht?* Frankfurt/M., 1983.

as funções e estruturas internas do sistema jurídico se modificarem. O *medium* do direito passa a ser utilizado num âmbito maior e a forma do direito se modifica sob os imperativos de um novo tipo de utilização.

O próprio Weber chamara a atenção para o direito regulador do Estado social. Esse direito é instrumentalizado para as tarefas estruturadoras de um legislador que pretende preencher as exigências de justiça social, lançando mão de compensações, de regulamentações estabilizadoras e de intervenções transformadoras: “Com o despertar dos modernos problemas de classes, uma das partes interessadas no direito (a saber, a classe operária) formula exigências materiais ao direito, enquanto a outra parte, formada pelos ideólogos do direito ... exige um direito social na base de postulados éticos patéticos (‘justiça’, ‘dignidade humana’). Isso, porém, coloca basicamente em questão o formalismo do direito”.⁴ Aqui entram em cena os conceitos weberianos “formal” e “material”, que polarizam a discussão que se desenrola até hoje; no entanto, ela segue numa direção falsa porque, na opinião dele, as demandas por justiça “material”, ao serem introduzidas no *medium* do direito, destroem sua “racionalidade formal”. Weber comprova sua tese, utilizando principalmente exemplos do direito liberal privado, cuja função era garantir, através de leis públicas, abstratas e gerais, a vida, a liberdade e a propriedade dos sujeitos de direito que celebram acordos. De fato, esse *corpus* produziu novos direitos privados especiais. Tendências de materialização podem ser constatadas, por exemplo, no direito social, no direito do trabalho, do cartel e da sociedade.⁵

Essas tendências podem ser descritas como “materialização”, quando se toma como ponto de partida a compreensão *formalista* do direito que se impôs na Alemanha através da jurisprudência e da ciência das pandectas. Weber explica as qualidades formais do direito, nitidamente sublinhadas nesta tradição, como resultado do trabalho dogmático doutrinário de especialistas em direito com formação acadêmica. Os especialistas em direito velam por um “formalismo do direito” em três aspectos: Em primeiro lugar, a estruturação

4 Weber, (1964), 648.

5 G. Teubner, “Verrrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege”, in Kübler, (1984), 289ss; *id.* (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin, 1986.

sistemática de um *corpus* de proposições jurídicas claramente analisadas coloca as normas vigentes numa ordem visível e controlável. Em segundo lugar, a forma da lei abstrata e geral, não configurada para contextos particulares especiais, nem dirigida a destinatários determinados, confere ao sistema de direitos uma estrutura uniforme. E, em terceiro lugar, a vinculação da justiça e da administração uniforme, garante uma aplicação ponderada e conforme ao processo, bem como uma implementação confiável dessas leis. A partir daí, é possível entender os desvios em relação a esse modelo liberal como perda das qualidades formais do direito. A tendência à juridificação, inerente ao Estado social, torna insustentável, não somente a imagem clássica do sistema do direito privado, como também a idéia de uma separação clara entre direito privado e público, excluindo também a hierarquia entre norma fundamental e simples lei. Cai por terra também a ficção de um sistema jurídico bem ordenado. E a unidade das normas do direito em seu todo só pode ser percebida, caso a caso, por uma pré-compreensão reconstrutiva, guiada por princípios, a qual não está objetivada enquanto tal, no texto da lei.⁶ E, de fato, programas finalísticos, orientados pelas consequências, reprimem as formas jurídicas que se orientam pela regra, na medida em que a normatização do direito programa intervenções políticas na sociedade, cujos efeitos não podem ser previstos com facilidade. Não somente fatos concretos, mas também objetivos abstratos, podem adotar a linguagem da lei; e características que antes eram exteriores ao direito são assumidas cada vez mais nas determinações jurídicas. Finalmente, esse “aumento da importância da finalidade no direito” (Ihering) afrouxa a ligação legal entre a justiça e a administração, tida anteriormente como evidente. Os tribunais têm que trabalhar com cláusulas gerais e, ao mesmo tempo, fazer jus ao maior grau de variação de contextos, bem como à maior interdependência de proposições jurídicas subordinadas. Algo semelhante vale também para uma prática administrativa “situada”.

Antigamente, quando as qualidades formais do direito se caracterizavam pela sistematização do corpo jurídico, pela forma da lei abstrata e geral e pelos processos estritos, que limitavam os juízos dos juizes e funcionários, essa visão era obtida graças a uma forte estilização; porém as transformações do sistema jurídico, surgidas com o

6 Teubner, (1984), 300ss.

Estado social, estremeceram a autocompreensão liberal do direito formal. Nesta medida, é possível falar, em sentido descritivo, de uma “materialização” do direito. Para atribuir a esta expressão um sentido crítico, Max Weber estabeleceu duas relações esclarecedoras: a) a racionalidade do direito está fundamentada nas suas qualidades formais; b) a materialização configura uma moralização do direito, isto é, a introdução de pontos de vista da justiça material no direito positivo. Disso resultou a afirmação crítica, segundo a qual, o estabelecimento de um nexó interno entre direito e moral destrói a racionalidade que habita no *medium* do direito enquanto tal.

2

Esta idéia pressupõe que as qualidades formais do direito, que Max Weber toma de empréstimo à compreensão formalista do direito, são “racionais” num sentido rigorosamente neutro do ponto de vista moral. Convém, pois, recordar os três significados que Weber confere ao termo “racional”.⁷

Em primeiro lugar, ele parte de um conceito amplo de técnica, que inclui o sentido de técnica de oração, de pintura, de educação, etc., a fim de mostrar que aquilo que em geral segue uma regra é importante para uma certa racionalidade do agir. Padrões de comportamento confiavelmente reproduzíveis podem ser previstos. E, quando se trata de regras técnicas e perfectíveis da dominação da natureza e do material, a *racionalidade geral de regras* assume o significado mais estrito de racionalidade instrumental. Em segundo lugar, Weber fala em *racionalidade de fins*, quando não se trata mais da aplicação regulada de meios, mas da seleção de fins, tendo em vista valores dados preliminarmente. Sob este aspecto, uma ação pode ser racional na medida em que não for comandada por afetos cegos ou por tradições nativas. Para Weber, as orientações valorativas são preferências dotadas de conteúdo, que se orientam para valores materiais, precedendo as decisões de sujeitos que agem em termos de racionalidade finalística, não sendo possível fundamentá-las. Um exemplo disso pode ser encontrado nos interesses particu-

7 J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt/M., 1981, Vol. 1, 239ss.

lares que os sujeitos do direito privado defendem no intercâmbio econômico. *Em terceiro lugar*, Weber também considera racionais os resultados do trabalho intelectual de especialistas, os quais enfrentam analiticamente os sistemas simbólicos tradicionais, tais como, por exemplo, as cosmologias religiosas, as idéias morais e jurídicas. Tais realizações doutrinárias são expressão de um pensamento científico-metódico, que tornam o saber ensinável mais complexo e específico.

Tendo em vista a racionalidade da regra, a racionalidade da escolha e a racionalidade científica, as qualidades formais do direito, acima citadas, podem ser descritas como “racionais” num sentido moralmente neutro. Ora, a estruturação sistemática do corpo do direito depende: a) da racionalidade científica de especialistas; b) de leis públicas, abstratas e gerais que asseguram espaços de autonomia privada para a busca racional – em termos de fins – de interesses subjetivos; c) da institucionalização de processos para o emprego estrito e a implementação dessas leis, possibilitando a ligação, conforme a regra, portanto calculável, entre ações, fatos e consequências jurídicas, especialmente nos negócios organizados no âmbito do direito privado. Por conseguinte, a racionalidade do direito formal burguês derivaria de três tipos de qualidades formais. Porém não temos certeza se esses aspectos da racionalidade são realmente capazes de conferir força legitimadora à legalidade de um poder exercido conforme o direito!

Um olhar lançado sobre o movimento dos operários na Europa e sobre as lutas de classes no século XIX ensina que as ordens políticas que mais se aproximavam dos modelos de um poder racionalizado em termos do direito formal não eram tidas como legítimas – a não ser pelas camadas mais privilegiadas da sociedade e por seus ideólogos liberais. À luz de uma crítica liberal e de uma avaliação mais devida, a legitimidade do direito formal burguês não resulta das características “racionais” fornecidas e sim, quando muito, de implicações morais, que podem ser inferidas dessas características com o auxílio de outras proposições empíricas que traduzem a estrutura e a função da ordem econômica.

3

Se percorrermos as três determinações da racionalidade em ordem inversa, descobriremos que isso vale, em primeiro lugar, de leis gerais e abstratas, através de processos estritos da justiça e da

administração. Suponhamos que as condições empíricas para uma garantia universal e simétrica da segurança jurídica estão preenchidas. Então é preciso considerar que a segurança jurídica, no sentido de que é possível prognosticar intervenções na vida, liberdade e propriedade, constitui um “valor” que concorre com outros valores – por exemplo, com a participação, em igualdade de chances, nas decisões políticas, ou com a distribuição equitativa das compensações sociais. O próprio Hobbes já tivera em mente uma maximização da segurança jurídica ao obrigar o soberano a emitir as ordens através do *medium* do direito. Todavia, o lugar privilegiado que esse valor ocupa no direito formal burguês não se justifica pelo fato de a calculabilidade das consequências jurídicas das próprias ações ser *funcional* para a organização do intercâmbio social numa economia de mercado. A questão de saber, por exemplo, se certas políticas do Estado social, que só podem ser realizadas com o auxílio de conceitos jurídicos indeterminados, deveriam ser obtidas numa certa medida às custas da calculabilidade de decisões judiciais, é uma questão de ponderação moral de princípios distintos. Tais colisões têm que ser decididas sob o ponto de vista moral da possibilidade de universalização de interesses.

Com isso, atingimos, em segundo lugar, a questão da qualidade formal das leis. A forma clássica da lei abstrata e geral não legitima um poder exercido em tais formas pelo simples fato de esse poder preencher certas exigências funcionais para a busca autônoma, privada e racional, de interesses próprios. De Marx até Macpherson⁸ sempre se sinalizou que esse tema só pode ser ventilado, se cada um tiver as mesmas chances de acesso às *opportunity-structures* de uma sociedade de mercado – e, mesmo assim, sob o pressuposto de que não haja uma alternativa desejável para as formas de vida cunhadas através de mecanismos monetários e burocráticos. No entanto, programas de fins, dirigidos por regras, têm uma vantagem real face a programas de fins, pois a generalidade semântica os aproxima da igualdade perante a lei: E, devido ao seu caráter abstrato, e na medida em que os fatos regulados são gerais e não tocados em seu conteúdo essencial pelos contextos cambiantes, eles chegam a corresponder ao princípio mais

8 C. B. Macpherson. *Die politische Theorie des Besitzindividualismus*. Frankfurt/M., 1967.

amplo, segundo o qual aquilo que é igual tem que ser tratado de modo igual e o que é diferente tem que ser tratado de modo diferente. Constatamos, pois, contra a argumentação funcionalista de Weber, que a forma de leis gerais e abstratas só pode ser justificada como racional à luz desses princípios que possuem um conteúdo moral. (Não se deve concluir, a partir daí, que uma ordem jurídica só poderia satisfazer aos princípios da igualdade da aplicação e do conteúdo do direito na forma de leis públicas, abstratas e gerais).

A terceira qualidade formal, isto é, a construção científica e metódica de um corpo jurídico, configurado sistematicamente, também não é capaz, por si só, de explicar a eficácia legitimadora da legalidade. Por maior que seja a autoridade reclamada pelas ciências na sociedade moderna, as normas do direito não se tornam legítimas a partir do momento em que os seus significados e conceitos são explicitados, sua consistência é examinada e os motivos uniformizadores. O trabalho profissional da doutrina jurídica pode dar uma contribuição para a legitimação somente quando e na medida em que ajudar a satisfazer a necessidade de fundamentação, a qual surge na medida em que o direito como um todo se transforma em direito positivo. Na visão de seus destinatários e de seus administradores, a modificabilidade do direito positivo só pode ser combinada com a pretensão à validade legítima, na medida em que eles puderem supor que as modificações do direito e os seus desdobramentos em contextos modificados podem ser fundamentados sobre princípios evidentes. As contribuições de sistematização dos juristas profissionais chamaram a atenção para o modo pós-tradicional da validade do direito. Ou seja, no direito positivo, as normas perderam, em princípio, a validade consuetudinária. Por isso, as proposições jurídicas singulares têm que ser fundamentadas como componentes de uma ordem jurídica que resulta de princípios, sendo que os próprios princípios podem colidir entre si, estando expostos a um exame discursivo. Entretanto, neste nível da discussão normativa, reaparece uma racionalidade que se aproxima mais da razão prática de Kant do que de uma racionalidade científica – a qual também não é neutra moralmente.

Em síntese, podemos constatar que as qualidades formais do direito, pesquisadas por Weber, sob condições sociais especiais, só se tivessem comprovado como “racionais” num sentido prático

moral. Weber não reconheceu esse núcleo moral do direito formal burguês enquanto tal, porque ele sempre entendeu as idéias morais como orientações valorativas subjetivas; os valores eram tidos como conteúdos não racionalizáveis, inconciliáveis com o caráter formal do direito. Ele não fez distinção entre valores que, no interior de determinadas tradições e formas culturais de vida, se recomendam como mais importantes que outros valores, e a validade deontológica de normas que obrigam indistintamente todos os destinatários. Ele não introduziu uma linha demarcatória entre os variados conteúdos valorativos concorrentes e o aspecto formal da obrigatoriedade ou validade de normas, a qual não varia com o conteúdo das normas. Numa palavra, ele não levou a sério o formalismo ético.

4

Isso se depreende do modo como Weber interpreta o moderno direito racional, que ele contrapõe ao “direito formal” positivo. Ele pensa “que não pode haver um direito natural puramente formal”, pois “A natureza e a razão são a medida material para aquilo que é legítimo...”⁹ É preciso reconhecer que as teorias do direito natural, de Hobbes até Rousseau e Kant, mantêm certas conotações metafísicas. Rousseau e Kant, todavia, através de seu modelo de um contrato social que permite aos parceiros do direito regular democraticamente a sua convivência, por serem livres e iguais, fazem jus à exigência metódica de uma fundamentação procedimental do direito. Nesta tradição moderna, as expressões “natureza” e “razão” não representam conteúdos metafísicos; elas servem, ao invés disso, para explicar os pressupostos que possibilitam força legitimadora de um acordo. Tal modelo contratual permite deduzir condições procedimentais para uma formação racional da vontade. Mais uma vez, porém, Weber não separa com suficiente clareza os aspectos estruturais dos de conteúdo. Isso o leva a confundir “natureza” e “razão” com conteúdos de valor, dos quais o direito formal teria se separado. Ele equipara equivocadamente as qualidades procedimentais de um nível de fundamentação pós-tradicional às orientações valorativas materiais. Por isso, ele não percebe que o modelo do contrato social, do mesmo modo que o imperativo

9 Weber, (1964), 638.

categorico, pode ser entendido como proposta para um processo, cuja racionalidade garante a correção de qualquer tipo de decisão tomada conforme um procedimento.

Neste ponto, a referência às teorias procedimentalistas da moral e do direito visa apenas esclarecer por que os limites entre o direito e a moral não podem ser estabelecidos unicamente com o auxílio dos conceitos "formal" e "material". As considerações que tecemos levam, ao invés disso, à conclusão de que a legitimidade da legalidade não pode ser explicada a partir de uma racionalidade autônoma inserida na forma jurídica isenta de moral; ela resulta, ao invés disso, de uma relação interna entre o direito e a moral. Isso vale inicialmente para o modelo do direito formal burguês, que se cristaliza em torno da forma semântica da lei abstrata e geral. E as qualidades formais desse tipo de direito só oferecem argumentos legitimadores à luz de princípios dotados de conteúdo moral. Ora, pode até ser correto afirmar que a mudança na forma do direito, descrita por Weber sob o tópico da "materialização", elimina a base de sustentação desses argumentos. Porém, com isso, não se prova que o direito materializado não possui qualidades formais das quais não se possa deduzir, pelo caminho da analogia, argumentos legitimadores. Ao contrário, a mudança da forma do direito exige uma radicalização da questão weberiana acerca da racionalidade que habita no *medium* do direito. Pois o direito formal e o não-formal constituem, desde o início, variantes distintas, nas quais se manifesta o mesmo direito positivo. O "formalismo" do direito, que é comum a esses dois tipos especiais de direito, tem que estar situado num nível mais abstrato. Somos levados a falácias concretistas, quando pretendemos amarrar o formalismo do direito em geral a propriedades de determinado modelo histórico, ou seja, ao modelo do direito formal burguês.

Nos modernos sistemas jurídicos, é central o conceito de *processo* institucionalizado juridicamente. No entanto, esse conceito tem que ser manipulado de modo tolerante, não podendo ser confundido com um forma especial do direito. H. L. A. Hart e outros mostraram que sistemas de direito modernos contêm não apenas normas diretas de comportamento e de castigo, mas também normas secundárias de organização e de autorização que servem para institucionalizar processos da legislação, da jurisdição e da administração.¹⁰ Deste modo,

10 H. L. A. Hart. *Der Begriff des Rechts*. Frankfurt/M., 1978.

a própria produção de normas é submetida a normas. Um modo de operar determinado procedimentalmente, porém indeterminado do ponto de vista do conteúdo, torna possível o surgimento pontual de decisões jurídicas obrigatórias. Além disso, é preciso considerar que esses processos colocam as decisões sob a necessidade de uma fundamentação. Desta forma se institucionalizam discursos jurídicos que operam nos limites exteriores do processo jurídico e sob as *limitações internas* da produção argumentativa de bons argumentos.¹¹ As respectivas regras de argumentação não colocam a construção e a avaliação de argumentos na dependência do arbítrio dos envolvidos. Por seu turno, eles só podem ser modificados argumentativamente. Finalmente, é preciso considerar que os discursos jurídicos, independentemente do modo como se ligam ao direito vigente, não podem mover-se num universo fechado de regras jurídicas univocamente fixadas. Isso é uma consequência da própria estratificação do direito moderno em regras e princípios.¹² O direito constitucional revela que muitos desses princípios possuem uma dupla natureza: moral e jurídica. Os princípios morais do direito natural transformaram-se em direito positivo nos modernos Estados constitucionais. Por isso, a lógica da argumentação permite ver que os caminhos de fundamentação, institucionalizados através de processos jurídicos, continuam abertos aos discursos morais.

Por conseguinte, se as qualidades formais do direito são encontráveis na dimensão dos processos institucionalizados juridicamente, e se esses processos regulam discursos jurídicos que, por seu turno, são permeáveis a argumentações morais, então pode-se adotar a seguinte hipótese: a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental.

11 R. Alexy. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt/M., 1978.

12 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass., 1977, Cap. 2, 3.

II. A “desformalização” do direito à luz de três interpretações diferentes

1

Max Weber tomava como base de orientação uma compreensão formalista do direito, que hoje é posta em questão pela pesquisa histórica. Na Alemanha do final do século XIX, como em qualquer outro lugar, o modelo liberal não tinha muito a ver com a realidade do direito. Além disso, vinculação automática da justiça à lei, por exemplo, nunca se concretizou.¹³ Mesmo assim, a atualidade incontestada do diagnóstico weberiano não é fruto do acaso. Pois a tese relativa à desformalização do direito comprovou-se como enunciado *comparativo* sobre uma tendência existente na autocompreensão e na prática dos especialistas em direito. Inclusive o surgimento de novos fenômenos, que Weber não pôde observar, confirma seu diagnóstico.

(a) *Direito reflexivo*. Weber tinha diante dos olhos a re-orientação do direito formal para programas finalísticos. No entanto, o exemplo do direito tarifário mostra que, ao lado disso, surgiu um outro tipo de direito desformalizado. Eu me refiro à delegação do poder de negociação para partidos em disputa e a introdução de processos quase-políticos da formação da vontade e do compromisso.¹⁴ Com esse tipo de regulação, o legislador não quer mais atingir imediatamente objetivos concretos; ao invés disso, as normas procedimentais que orientam o processo devem colocar os envolvidos em condições de regular seus assuntos por conta própria. Esse modo reflexivo de desformalização em dois degraus tem a vantagem de uma maior flexibilidade, propiciando, ao mesmo tempo, maior autonomia dos destinatários do direito. Entrementes, esse direito reflexivo expandiu-se à sombra de eventos corporativistas.

(b) *Marginalização*. A pesquisa acerca da implementação, realizada nas últimas décadas, expôs as “lacunas” que surgem entre o teor e os efeitos dos programas jurídicos. Em muitos domínios de

13 R. Ogorek. *Richerkönig oder Subsumtionsautomat. Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*. Munique, 1986.

14 G. Teubner. “Substantive and Reflexive Elements in Modern Law”, in *Law and Society Review*, 17, 183, 239ss.

ação, o direito não goza de obrigatoriedade. A consciência da marginalidade é provocada, em parte, pelas pesquisas desenvolvidas pelas ciências sobre fatos até o momento desconhecidos. Porém deve-se acrescentar outros fenômenos, especialmente: o caráter cada vez mais experimental da regulação teleológica de processos complexos; a crescente sensibilidade do legislador aos problemas de executibilidade ou de aceitação; a assimilação do direito penal a formas do controle social. A substituição da execução da pena estatal através de convênios privados, fortalecem a cívica entre criminoso e vítima, e fatos semelhantes, fortalecem “erosão das normas” e a tendência a uma questionável “orientação pelo consenso”.¹⁵ Isso tudo tira do direito atual um pouco do seu caráter clássico de direito coercitivo.

(c) *Imperativos funcionais*. O conceito do direito “regulador” revela que nós entendemos a tendência de juridificação no Estado social como instrumentalização do direito para fins do legislador político. Com isso, porém, atribui-se às intenções dos atores aquilo que eles freqüentemente realizam mais ou menos inconscientemente enquanto agentes de um aparelho estatal cada vez mais complexo ou sob a pressão dos imperativos sistêmicos de uma economia, ao mesmo tempo independente e carente de estabilização. Na própria jurisprudência existem pontos de vista normativos subordinados “às razões de uma política da ordem”, aos imperativos de manutenção de instituições estatais ou aos imperativos de regulação de mercados. Na concorrência entre direitos, de um lado, e bens coletivos, de outro, conseguem impor-se exigências funcionais de subsistemas regulados pelo dinheiro e pelo poder, os quais não se integram mais através de normas e valores.

(d) *Moralidade versus positividade do direito*. Com a crescente mobilização do direito, agudiza-se a questão acerca das condições de legitimidade da legalidade. De certo modo e com velocidade crescente, o direito positivo detona seus próprios fundamentos de validade, atinca cada mudança de governo, novos interesses tornam-se maioria, atingindo, por exemplo, o direito tributário, da família ou do aluguel.

15 W. Naucke. *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*. Stuttgart, 1985; *id.*, *Versuch über den aktuellen Sitt des Rechts*. Schriften der H. Ehler-Akademie, Kiel, 1986.

E, contrapondo-se paradoxalmente a esse movimento, existe outra tendência, a qual, em nome de um direito moralizado, apela para o direito “correto”, na forma de desobediência civil ou em questões do aborto, do divórcio, da proteção do meio ambiente, etc. Isso também é fruto de razões sistemáticas. Pois princípios morais, procedentes do direito racional, compõem hoje em dia o direito positivo. Por isso, a interpretação da constituição assume cada vez mais a figura de uma filosofia do direito. Nesse contexto, W. Naucke alude ironicamente à “administração jurídica do direito natural”.¹⁶

Todas estas tendências podem ser colocadas sob o item da “desformalização” do direito. Ao mesmo tempo, porém, elas são objeto da crítica do direito, sob o item pejorativo da “juridificação”. Neste ponto também, o debate atual torna Weber como ponto de partida, pois seu questionamento da racionalidade da forma do direito visava a medidas para um direito, ao mesmo tempo correto e funcional. Nesta medida, sua discussão ajuda a entender os problemas que envolvem a legitimidade decorrente da legalidade. Nas páginas seguintes, abordarei três posições, lançando mão de exemplos extraídos da cultura jurídica alemã e sem me preocupar com eventuais correspondências com o direito americano. As três posições têm em comum a perspectiva dos atingidos, a partir da qual eles analisam internamente o sistema do direito.¹⁷ Implicitamente, a discussão alemã também é afetada pela querela envolvendo a deformação do direito durante o período nazista. Dependendo do modo como esta é interpretada, alguns revelam maior confiança na justiça e na administração, outros, no legislador parlamentar. Esta polarização tem a vantagem de dirigir o olhar para os três poderes do Estado e de não centrar as condições de legitimidade do poder legal na jurisdição.

2

A controversia conduzida no início dos anos 50 pelos protagonistas Ernst Forsthoff e Wolfgang Abendroth, e que tinha como tema

- 16 Naucke, (1986), 21.
- 17 Abordarei a teoria sistêmica do direito na segunda aula. Deixo de lado a interpretação econômica do direito “*Law and Economy*” por considerá-la uma variante do empirismo.

o Estado de direito e o Estado social, reflete o trabalho de elaboração das experiências históricas vividas na época do regime nazista.¹⁸ Essa controversia situa-se na linha de debates realizados outrora, durante a época de Weimar, entre Carl Schmitt, Hans Kelsen e Hermann Heller.¹⁹ Em nosso contexto, é importante sublinhar que Forsthoff desenvolveu a crítica formalista de Weber ao direito, utilizando-se dos meios da dogmática jurídica. Ele pretende enfrentar as tendências de desformalização, canalizando as tarefas sociais de estruturação, advindas à legislação e à administração no Estado social, para formas do Estado de direito clássico. O princípio do Estado social, adotado pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, não pode assumir o *status* constitucional, nem tocar a estrutura formal do Estado de direito. A lógica liberal do Estado de direito é, por seu turno, determinada pela forma da lei pública, abstrata e geral. Enquanto o legislador político perseguir apenas os objetivos que ele pode transpor para programas jurídicos dirigidos por regras, fica assegurada a previsibilidade de uma justiça independente e de uma administração eficaz. Um Estado ativo que intervesse no *status quo* da sociedade através de uma administração planejadora e executora deformaria o Estado de direito. Existe uma premissa, segundo a qual a legitimidade do Estado de direito depende essencialmente da forma semântica da lei; Lon Fuller a analisou detalhadamente e a definiu como “*moralidade interna do direito*”.²⁰

A fragueza desta posição reside no seu caráter puramente defensivo. Forsthoff sabe que houve “uma correspondência estrutural entre o Estado de direito liberal e a sociedade econômica liberal”. E, perante a mudança estrutural ocorrida na sociedade, ele tem que emitir um juízo não realista, afirmando que as estruturas do Estado de direito se soltam de seu contexto social de surgimento, formando um “sistema constitucional técnico” independente. Forsthoff não consegue explicar como a tendência à juridificação, existente no

- 18 E. Forsthoff (ed.). *Rechtstrahlichkeit und Sozialstaatlichkeit*. Darmstadt, 1968.
- 19 I. Maus. *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*. Munique, 1980.
- 20 R. S. Summers, Lon Fuller, Stanford, 1984, 33ss.

Estado social, poderia ser rebobinada para o formato de uma forma legal, há muito tempo solapada, sem renunciar ao compromisso do Estado social.²¹

Parece que o positivismo legal e democrático de seu opositor, Wolfgang Abendroth, é melhor adequado a essa realidade. Sob as premissas do formalismo jurídico de Weber e ForsthoFF, o direito regulador do Estado do bem-estar social continua sendo um corpo estranho, uma vez que pouco adiantam compromissos de fórmulas.²² Abendroth, ao contrário, pretende reunir, sob o teto da autodeterminação democrática, o princípio do Estado e as garantias do Estado de direito. A ordem da sociedade está à disposição da formação democrática da vontade do povo em geral. O Estado democrático vale como centro de uma sociedade que se transforma e se autodetermina. A forma do direito serve apenas para transformar políticas de reforma em decisões vinculantes. O direito não possui estrutura própria, cuja forma pudesse sofrer modificações. Pois a forma do direito é representada como um estajo ou cápsula plástica que se ajusta a qualquer tipo de ação de regulação por parte da administração. O conceito de lei é despojado, à maneira positivista, de toda e qualquer determinação de racionalidade. O *minimum* ético restante passa da forma semântica da lei para a forma democrática da legislação. Abendroth confia as garantias do Estado de direito à esperança rousseauniana de que um legislador democrático que pretende ser consistente consigo mesmo não venha a tomar resoluções que contradigam o assentimento de todos. Esse ativismo legislativo faz com que Abendroth não consiga ver as coerções sistêmicas do Estado e da economia, nem as formas de decisão específicas da juridificação do Estado social.

3

Entretimentos, formou-se uma metacrítica à crítica da juridificação, apoiada na posição de Abendroth. No centro desta crítica, está a consideração de que a substituição do direito formal rígido

21 C. Offe. *Contradictions of the Welfare State*. Londres, 1984.

22 E. R. Huber. "Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft", in ForsthoFF, (1968), 589.

por regulações desformalizadas prepara o caminho que permite à justiça e à administração se subtraírem ao poder da legislação e, com isso, da única força legitimadora do *processo* democrático legislativo. Segundo Ingeborg Maus, o direito materializado e determinadas formas do direito reflexivo destroem a clássica separação entre os poderes, porque o avanço de cláusulas gerais e de objetivos indeterminados, de um lado, e a delegação de competências decisórias e de posições de negociação, de outro, dissolvem o vínculo que liga a justiça e a administração à lei democrática.²³ A justiça preenche os espaços ampliados de sua área de decisão com programas de representação valorativas próprias; ao passo que a administração opera no escuro, oscilando entre decisões programadoras e programadas, fazendo a sua própria política. "Arapucas" legais criam uma ténue legitimação para as intervenções da justiça em valorações suprapositivas e para os emaranhados corporativistas e arranjos da administração, a qual se perfila com os interesses mais fortes no momento. Além disso, a adaptação da estrutura jurídica a tal agir administrativo "situado" é estimulada por uma justiça que se orienta pelos casos particulares e pelos valores.

É verdade que esta justiça caminha na direção do formalismo jurídico liberal. Porém ela distingue-se dele através de seus pontos de partida normativos. Mesmo que I. Maus insista em determinações legais bem definidas, que delimitam estritamente o espaço de decisão da justiça e da administração, a racionalidade do Estado de direito não consegue manter sua sede na forma semântica da lei. Só é eficaz, do ponto de vista da legitimação, o *processo democrático* da legislação. Porém, a partir daí, a justiça e a administração podem subtrair-se ao controle legislativo; caso contrário, a linha de argumentação da teoria da democracia perderia sua característica própria, confundindo-se com a liberal. A supremacia da legislação sobre as outras duas formas de função inerentes ao Estado não pode ser analisada, apenas sob o ângulo sociológico, como uma questão do poder. Abendroth ainda tomava como pano de fundo uma análise das classes e a idéia de

23 I. Maus. "Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen", in G. Göhler (ed.), *Grundlagen einer Theorie der politischen Institutionen*. Colômbia, 1986.

um compromisso de classe, o qual poderia ser dirigido em proveito dos partidos dos trabalhadores, através das formas do Estado social e do Estado democrático de direito. Hoje em dia, porém, desapareceu a confiança em qualquer tipo de visão de mundo, seja ela marxista ou não. Por isso, necessita-se de uma justificativa normativa para fundamentar o postulado do primado do parlamento. E o positivismo legal e democrático de Abendroth é insuficiente para tanto. E, se o vazio deixado pelo conceito positivista da lei não pode mais ser preenchido normativamente pelo interesse privilegiado de uma classe, as condições de legitimação para a lei democrática têm que ser buscadas na própria racionalidade do processo de legislação.

As considerações tecidas até o momento revelam, pois, o desejo interessante de analisar a racionalidade procedimental embutida no processo democrático da legislação, a fim de verificar se é possível extrair dela argumentos para uma legitimidade que se funda na legalidade. Porém, mesmo que esse desejo pudesse ser satisfeito, há pelo menos outro problema a ser resolvido. A partir do momento em que a lei abstrata e geral, que exclui qualquer tipo de indeterminação, não é mais a forma normal e obrigatória dos programas de regulação do Estado social, falta a correia de transmissão capaz de *transmitir* a racionalidade do processo de legislação para os processos da justiça e da administração. E sem o efeito automático de uma vinculação obrigatória da lei, fica-se sem saber como a racionalidade processual de um dos lados poderia copiar a racionalidade processual do outro.

4

Essa questão se transforma, ao menos sob o ângulo da racionalidade da prática de decisão judicial, no ponto de partida de uma terceira linha de argumentação, cujos contornos não são tão bem definidos como os da teoria da democracia e os da crítica jurídica formalista. Há dois tipos de resposta para as questões envolvendo a desformalização do direito: a contextualista e a do direito natural. Antes, porém, convém descrever os fenômenos.

A análise prende-se muito a exemplos tomados da prática de decisão do Tribunal Constitucional Federal, que se ocupa do controle abstrato das normas. Porém o direito social, da família e do trabalho confrontam a jurisdição com matérias que não podem ser tratadas

210

apenas segundo o padrão clássico do processo do tribunal civil, que subsume o caso a normas.²⁴ As interpretações do direito constitucional revelam claramente que a prática de decisão não se limita a tapar os buracos da lei, tendendo antes a desenvolver o direito de forma construtiva.

Aqui se revela de modo especialmente claro que não há mais preferências pelo modelo do Estado de direito liberal. A barreira que se punha entre a esfera estatal da "realização do bem comum" e o domínio social da busca autônoma e privada do bem individual de cada um foi rompida. Hoje em dia, a constituição se apresenta como uma totalidade dinâmica, onde os conflitos entre bem particular e bem comum têm que ser solucionados sempre *ad hoc*, à luz de princípios constitucionais superiores e à luz de uma compreensão holística da constituição.²⁵ Dissolveu-se a hierarquia que havia entre norma básica e simples lei, do mesmo modo que o caráter regulador dos direitos fundamentais.²⁶ Não existe nenhum direito que não possa ser limitado a partir de considerações de princípio. Por isso, o Tribunal Constitucional Federal estabeleceu o "princípio do efeito recíproco": dependendo do contexto, qualquer elemento particular da ordem jurídica pode ser interpretado *de modo diferente*. Esta da compreensão da "ordem de valores da Lei Fundamental". Esta antecipação do sentido do todo, guiada por princípios, instaura um escalonamento entre ordem legal e princípios legitimadores, trazendo uma grande insegurança para o direito. E. Denninger fala, inclusive, de uma dissolução do poder legal, isto é, do poder apoiado na legalidade da lei e da medida, através de um "poder apoiado na legitimidade sancionada por intermédio de juízes."²⁷

24 R. Salgo. "Soll die Zuständigkeit des Familiengerichts erweitert werden?", in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 31, (1984), 221ss.

25 E. Denninger. "Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe", in Chr. Broda (ed.). *Festschrift für R. Wassermann*. Darmstadt e Neuwied, 1985, 279ss.

26 R. Alexy. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden, 1985 e Frankfurt/M., 1986.

27 Denninger, (1985), 284.

211

Isso torna a questão da crítica do direito ainda mais precária: será que a justiça pode continuar preenchendo os espaços que se ampliam inevitavelmente, apoiando-se numa razão, ou seja, em argumentos controláveis intersubjetivamente? As reservas não são motivadas geralmente pela desconfiança em relação a um legislador parlamentar que pode ser seduzido demagogicamente. Essa posição é um reflexo da linha de avaliação da teoria da democracia. Neste ponto, impõe-se uma **avaliação especial do regime injusto do Estado nacional-socialista**. Uma justiça orientada por princípios jurídicos suprapositivos deve formar um contrapeso ao “positivismo do poder e dos fins” “de maiorias irrefletidas, amedrontadas ou violentadas, incapazes de vislumbrar o direito”.²⁸ E, segundo esse ponto de vista, uma vez que a força legitimadora da vontade democrática comum foi soterrada pelo positivismo jurídico, a legislação tem que submeter-se, não somente ao controle de uma jurisdição vinculada à lei, mas também “às leis superiores de uma justiça material”.²⁹ No entanto, esse apelo à “indisponibilidade” de uma ordem concreta de valores, extraídos do direito natural cristão, de uma ética material de valores, ou do *ethos* cotidiano neo-artistotélico, confirma as suspeitas de Weber, segundo as quais a desformalização do direito abre a porta para orientações materiais discutíveis, cujo núcleo é irracional.³⁰

Os advogados desta prática judicial jusraturalista e contextualista, apoiada em valores, interpretam as *premissas filosóficas* de Max Weber de outra maneira. Eles colocam no mesmo nível processos, princípios gerais e valores concretos. E concluem que não pode haver uma fundamentação ou avaliação de princípios segundo processos gerais capazes de garantir a imparcialidade, pois o elemento ético geral está sempre embuído em contextos de ação históricos e concretos. Os neo-artistotélicos, em especial, tendem a uma ética institucional que elimina a tensão entre norma e realidade, princípio e regra, anulando

28 F. Wieacker. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Göttingen, 1967, 560.

29 F. Wieacker, (1967), 604.

30 U. K. Preuss. *Legalität und Pluralismus*. Frankfurt/M., 1973, 212

a diferença que Kant introduzira entre questões de fundamentação e questões de aplicação, e reduzindo as abordagens morais ao nível de considerações inteligentes.³¹ Nesse nível, impera uma capacidade de julgar puramente pragmática, a qual mistura, de modo intransparente, considerações normativas e funcionais.

O Tribunal Constitucional Federal também não dispõe de critérios que lhe permitam concluir que certos princípios normativos (tais como o tratamento igual ou a dignidade humana) e metódicos (tais como a adequação e a proporcão) são mais importantes que certos imperativos formais (paz nas empresas, agilidade das forças armadas ou da assim chamada reserva de possibilidades). Quando direitos individuais e bens coletivos são agregados e transformados em valores equivalentes, as idéias teleológicas, deontológicas e sistêmicas se entrelaçam de modo ambíguo. E cresce a suspeita de que o choque entre essas preferências valorativas, não racionalizáveis, privilegia os interesses mais fortes. Essa circunstância esclarece também por que é relativamente fácil prever o final de processos judiciais quando nos apoiamos em princípios da teoria do poder e dos interesses.

Essa terceira linha de argumentação é interessante, porque chama a atenção para um problema ainda não solucionado. Ao tomar como exemplo o modo como o judiciário trata o direito desformalizado, ela mostra que não se pode negar nem anular uma evidente moralização do direito, vinculada internamente com a tendência de juridificação existente no Estado social. O direito natural, renovado pelo cristianismo ou pela ética dos valores, e o neo-artistotélico não sabem o que dizer sobre isso, porque suas interpretações são incapazes de elaborar o núcleo racional da prática procedimental dos tribunais. Éticas envolvendo bens ou valores caracterizam respectivamente conteúdos normativos especiais: suas premissas normativas são por demais fortes para serem tomadas como fundamentos para decisões *obrigatorias em geral*, numa sociedade moderna caracterizada pelo pluralismo das visões religiosas. Somente as teorias da justiça e da moral ancoradas no procedimento prometem um processo *imparcial* para a fundamentação e a avaliação de princípios.

31 H. Schnädelbach. “Was ist Neoaartistotélismus?”, in W. Kuhlmann (ed.). *Moralität und Sittlichkeit*. Frankfurt/M., 1986, 38ss.

III. Questões prévias sobre a racionalidade de processos institucionalizados através do direito

1

Em sociedades semelhantes à nossa, a legitimidade configurada através da legalidade implica a fé numa legalidade destituída das certezas coletivas da religião e da metafísica e apoiada, de certa forma, na "racionalidade do direito". Todavia, não se confirmou a opinião de Weber, segundo a qual uma racionalidade autônoma e isenta de moral, que habita no interior do direito, constitui o fundamento da força legitimadora da legalidade. Um poder exercido nas formas do direito positivo deve a sua legitimidade a um conteúdo moral implícito nas qualidades formais do direito. Todavia, o formalismo do direito não pode ser mantido de modo concretista a determinadas características semânticas. Porque a força legitimadora reside em *processos* que institucionalizam o caminho para seu resgate argumentativo. Além disso, a fonte de legitimação não deve ser procurada apenas na legislação política ou na jurisdição. Pois, sob condições da política do Estado social, nem mesmo o legislador democrático mais cuidadoso consegue regular a justiça e a administração, utilizando apenas a forma semântica da lei: ele necessita de um direito regulador. E, para descobrir um núcleo racional – racional no sentido prático moral –, nos processos jurídicos, temos que analisar o modo como a idéia de imparcialidade da fundamentação de normas e da aplicação de regulações obrigatórias cria uma relação construtiva entre o direito vigente, os processos de legislação e os processos da aplicação do direito. Essa idéia da imparcialidade forma o núcleo da razão prática. Quando discutimos o problema da aplicação imparcial de normas, a idéia da imparcialidade passa a ser desenvolvida inicialmente sob o aspecto da fundamentação de normas nas teorias da moral e da justiça, as quais propõem um processo que permite julgar questões práticas sob o ponto de vista moral. Para saber se tal processo puro, que precede qualquer institucionalização, é racional, é necessário averiguar se nele se expressa adequadamente o *moral point of view*.

Atualmente existem *três candidatos sérios*, em condições de assumir a autoria de tal teoria procedimentalista da justiça. Originados da tradição kantiana, eles se distinguem de acordo com os modelos que

tomam para explicar o processo da formação imparcial da vontade.³² John Rawls continua adotando o modelo do acerto contratual e insere, na descrição da posição original, as limitações normativas sob as quais o egoísmo racional dos partidos livres e iguais escolhe os princípios corretos. A justeza dos resultados é assegurada através do procedimento que acompanha seu surgimento.³³ Lawrence Kohlberg, por seu turno, emprega o modelo de G. H. Mead, ou seja, o da reciprocidade geral de perspectivas entrelaçadas entre si. O estado original, idealizado, é substituído pela assunção ideal de papéis, que exige do sujeito que julga moralmente que se coloque na situação de todos os possíveis atingidos pela entrada em vigor de uma norma questionada.³⁴ No meu entender, ambos os modelos não fazem jus à pretensão cognitiva dos juízos morais. Pois, no modelo da celebração de contratos, as idéias morais são *tidas como* decisões racionais livres e, no modelo da assunção de papéis, são *tidas como* atos de entendimento empático. Por isso, Karl-Otto Apel e eu sugerimos tomar a própria argumentação moral como processo adequado para a formação racional da vontade. Ora, o exame de pretensões de validade hipotéticas representa esse processo, pois todo aquele que deseja argumentar seriamente tem que entrar em contato com as suposições idealizadoras de uma forma de comunicação exigente. Todo aquele que se envolve numa prática de argumentação tem que pressupor pragmaticamente que, em princípio, todos os possíveis afetados poderiam participar, na condição de livres e iguais, de uma busca cooperativa da verdade, na qual a única coerção admitida é a do melhor argumento.³⁵

Não posso aprofundar essa discussão moral teórica. E a existência de candidatos sérios, interessados em assumir a autoria

- 32 J. Habermas, "Gerechtigkeit und Solidarität", in W. Edelstein, G. Nunner-Winkler (eds.), *Zur Bestimmung der Moral*. Frankfurt/M., 1986.
- 33 J. Rawls, *Theorie der Gerechtigkeit*. Frankfurt/M., 1975.
- 34 L. Kohlberg, *The Philosophy of Moral Development*. San Francisco, 1981.
- 35 J. Habermas, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt/M., 1983; K.-O. Apel, *Diskurs und Verantwortung*. Frankfurt/M., 1988.

de uma teoria procedimental da justiça, constitui um indício seguro de que minha tese, segundo a qual o direito procedimentalista depende de uma fundamentação moral de princípios, e vice-versa, não é mera suposição sem fundamento. A legalidade só pode produzir legitimidade, na medida em que a ordem jurídica reage à necessidade de fundamentação resultante da positivação do direito, a saber, na medida em que forem institucionalizados processos de decisão jurídica *per-meáveis* a discursos morais.

2

Não podemos apagar simplesmente as fronteiras que separam o direito da moral. Os procedimentos oferecidos pelas teorias da justiça só têm em comum, com os processos juridicamente institucionalizados, o fato de que a racionalidade dos procedimentos deve garantir a "validade" dos resultados obtidos conforme o processo. Os processos jurídicos aproximam-se mais das exigências de uma racionalidade procedimental completa, uma vez que dependem de critérios institucionais independentes; os quais permitem constatar, na perspectiva de um não-participante, se uma decisão surgiu conforme as regras ou não. Ao passo que o processo dos discursos morais, não regulados juridicamente, não consegue preencher esta condição. Nesses, a racionalidade procedimental é incompleta. E, para saber se algo foi julgado sob o ponto de vista moral, é preciso decidir na perspectiva de participantes, pois não existem outros critérios externos ou objetivos. Entretanto, nenhum dos dois tipos de processos pode realizar-se sem idealizações, especialmente sem os pressupostos comunicacionais da prática de argumentação: eles são inevitáveis no sentido de uma coerção transcendental fraca.

A própria fragilidade de tal racionalidade procedimental imperfeita nos faz entender, sob pontos de vista funcionais, por que determinadas matérias têm que ser reguladas pelo direito e não pelas regras morais pós-tradicionais. Pouco importa a feição do procedimento escolhido para examinar se uma norma poderia encontrar o assentimento racionalmente motivado de todos os possíveis envolvidos: ele não garante a infalibilidade, nem a univocidade e, menos ainda, o surgimento do resultado no prazo devido. Para fundamentar normas, uma moral autônoma só dispõe de processos falibilistas. E essa

indeterminação cognitiva aumenta ainda mais, na medida em que uma aplicação de regras abstratas a situações complexas implica uma incerteza estrutural.³⁶ Além disso, a fraguza cognitiva vem acompanhada de uma fraguza emocional. Toda a moral pós-tradicional exige um distanciamento, ou seja, ela se afasta das evidências contidas em formas de vida praticadas de modo não-problemático. E nem sempre as idéias morais desacopladas da eticidade concreta do dia-a-dia trazem consigo a força motivadora que permite aos juízos tomarem-se eficazes do ponto de vista prático. Quanto mais a moral se interioriza e se torna autônoma, tanto mais ela se retrai para domínios privados.

Por isso, em todos os domínios de ação onde conflitos, problemas e matérias sociais em geral exigem uma regulação coercitiva, as normas do direito têm que absorver as inseguranças que surgiriam, caso ficassem entregues a uma regulação do comportamento puramente moral. Nesse contexto, K.-O. Apel destaca os problemas da imputabilidade de uma moral universalista pretensionosa.³⁷ Também são imputáveis normas morais bem fundamentadas, porém, somente na medida em que os que orientam sua prática por elas podem esperar que todos os outros também ajam conforme a norma. Pois os argumentos aduzíveis para sua justificação somente contam sob a condição de uma obediência geral a regras. E, como não se pode esperar das idéias morais uma obrigatoriedade geral, eficaz na prática, a ética da responsabilidade julga que a obediência a normas correspondentes só é exigível quando elas atingem o nível da obrigatoriedade jurídica.

Características importantes do direito positivo tomam-se compreensíveis, quando o entendemos pelo ângulo da compensação pelas fraguzas da moral autônoma. Expectativas de comportamento juridicamente institucionalizadas adquirem *força vinculante*, quando acopladas ao potencial de sanção do Estado. Elas se estendem àquilo que Kant caracteriza como sendo o *aspecto exterior* do agir: não abrangendo, pois, os motivos e sentimentos que não podem ser forçados. A *administração profissional* do direito público, fixado por escrito e

36 K. Günther. *Der Sinn für Angemessenheit*. Frankfurt/M., 1988.

37 K.-O. Apel. "Kann der postkantische Standpunkt der Moralität noch einmal in substantielle Sittlichkeit aufgehoben werden?", in *Id.*, (1988), 103ss.

exigido na solução moral de conflitos de ação. Finalmente, o direito em vigor através das decisões de um legislador político, podendo, pois, ser modificado, em princípio, a qualquer momento.

Por depender da política, o direito possui um aspecto instrumental: diferindo das normas morais, que constituem sempre um fim em si mesmas, as normas jurídicas servem *também* como meio para fins políticos. Elas não existem apenas para solucionar, de modo imparcial, conflitos de ação, como é o caso da moral, mas também para a efetivação de programas políticos. O caráter obrigatório dos objetivos coletivos e das medidas de implementação da política derivam da forma jurídica. O direito situa-se entre a política e a moral: Dworkin demonstra que o discurso jurídico trabalha, não somente com argumentos políticos que visam ao estabelecimento de objetivos, mas também com argumentos de fundamentação moral. Disso ainda nos ocuparemos na segunda aula.

3

A questão acerca da legitimidade da legalidade fez com que o tema do direito e da moral predominasse. Esclarecemos como o direito, exteriorizado de modo convencional, e a moral interiorizada se complementam. Porém não nos interessamos apenas nessa relação complementar, e sim no *entrelaçamento* simultâneo entre moral e direito. Este resulta do fato de que, nas ordens do Estado de direito, lança-se mão de meios do direito positivo, a fim de distribuir os pesos da argumentação e institucionalizar caminhos de fundamentação abertos a argumentações morais. A moral não paira mais *sobre* o direito, como era sugerido pela construção do direito racional, tido como uma série de normas suprapositivas: ela emigra para o direito positivo, sem perder sua identidade. No entanto, a moralidade, que não se contrapõe simplesmente ao direito, uma vez que se estabelece no próprio direito, é de natureza puramente procedimental: ela se despoja de todos os conteúdos normativos determinados, sublimando-se num processo de fundamentação e de aplicação de possíveis conteúdos normativos. De sorte que o direito e a moral procedimentalizada podem controlar-se *mutuamente*. Nos discursos jurídicos, o tratamento argumentativo de questões práticas e morais é domesticado,

de certa forma, pelo caminho da institucionalização do direito, ou seja, a argumentação moral é limitada: a) metodicamente através da ligação com o direito vigente; b) objetivamente, em relação a temas e encargos de prova; c) socialmente, em relação aos pressupostos de participação, imunidades e distribuição de papéis; d) temporalmente, em relação aos prazos de decisão. De outro lado, porém, a argumentação moral também é institucionalizada como um processo aberto que segue a sua própria lógica, controlando sua própria racionalidade. A constituição jurídica não atinge tão profundamente o interior da argumentação, a ponto de ela ser freada nos limites do direito positivo. O próprio direito permite e estimula uma dinâmica de fundamentação, a qual transcende o direito vigente de um modo não determinado por ele.

Essa concepção tem que ser diferenciada evidentemente, levando em conta diferentes contextos da ciência do direito, os discursos dos juízes e dos advogados, e as diferentes áreas temáticas, que abrangem desde questões morais até problemas técnicos. Porém ela pode servir para uma reconstrução crítica da respectiva prática de decisão, o que permite avaliar até que ponto os processos jurídicos abrem espaço para a lógica da argumentação ou simplesmente distorcem o jogo da argumentação através de limitações externas subterfúgios introduzidas sistematicamente. Tais efeitos não se desenharam apenas nas regras procedimentais do direito, mas também no modo como elas são praticadas. Às vezes, oferece-se uma classe especial de argumentos para tal reconstrução. Por exemplo, na prática de decisão dos juízes, temos fundamentações de juízes que eliminam pontos de vista normativos em benefício de exigências funcionais subterfúgios. Esses exemplos revelam, no entanto, que a justiça e o sistema jurídico reagem em relação à sociedade, pois não são independentes em relação a ela. Por isso, para saber se temos que nos dobrar ou não a imperativos do sistema — seja da economia, seja do próprio aparelho do Estado —, mesmo quando ferem ou prejudicam princípios bem fundamentados, não basta apelar para os tribunais, nem para a esfera pública do direito: é necessário entrar também em disputas políticas sobre a linha que separa o sistema do mundo da vida.

Tomamos ciência de que a força legitimadora que habita na racionalidade dos processos jurídicos comunica-se ao poder legal, não somente através das normas de procedimento da decisão judicial, mas também, em primeira linha, através do processo da legislação democrática. A primeira vista, não parece plausível que o processo

Parlamentar contenha um núcleo racional no sentido prático-moral. Pois parece que, nele, a busca de poder político e a concorrência entre interesses conflitantes é tão central, que exclui uma reconstrução crítica das controvérsias parlamentares segundo o modelo da negociação equitativa de compromissos, ou da formação discursiva da vontade, permitindo apenas uma análise empírica. Neste ponto, eu não gostaria de chamar a atenção para as doutrinas satisfatório; no entanto, seguem um princípio reconstrutivo crítico.³⁸ Nelas, as regras da maioria, as normas do processo parlamentar, o modo de eleição, etc., são analisados tendo em vista o modo como processos de decisão parlamentar podem assegurar a consideração simétrica de todos os interesses envolvidos e de todos os aspectos relevantes de uma matéria sujeita a regulamentação. Eu vislumbro uma fraqueza nessas teorias, não no princípio que se orienta pelo processo, mas no fato de elas desenvolverem seus pontos de vista normativos fora de uma lógica da argumentação moral e fora das condições comunicativas que possibilitam uma formação discursiva da vontade. Além do mais, a formação da vontade intraparlamentar constitui apenas um segmento estreito da vida pública. A qualidade racional da legislação política não depende apenas do modo como majorias eleitas e minorias protegidas trabalham no interior dos parlamentos. Ela depende também do nível de participação e de escolaridade, do grau de informação e da nitidez de articulação de questões polémicas, em resumo: do caráter discursivo da formação não-institucionalizada da vontade na esfera pública política. A qualidade da vida pública é determinada, em geral, pelas chances concretas abertas pela esfera pública política através de seus meios e estruturas.³⁹ Todavia, o crescimento rápido da complexidade social levanta uma dúvida acerca dessas teorias: parece que elas são por demais ingênuas! Quem presta atenção à crítica das escolas do realismo jurídico, radicalizada pelos *Critical Legal Studies*, tem a impressão de que toda a pesquisa normativa que leva o Estado democrático de direito a sério, e o analisa numa perspectiva interna,

38 J. H. Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass., 1980.

39 F. Michelman, "Justification (and Justifiability) of Law", in *Nomos*, Vol. XVIII, 1986, 71ss.

recal num idealismo impotente. Na próxima aula, mudarei de perspectiva, passando para o modo de uma teoria da sociedade.

Segunda aula: a idéia do Estado de direito

Ao analisar a hipótese de Max Weber relativa à possibilidade de legitimidade através da legalidade, adotei tacitamente o princípio de uma teoria que descreve o desenvolvimento do direito sob o ponto de vista de sua racionalização. Esse princípio implica um entrelaçamento entre estratégias de pesquisa descritivas e normativas, que não costuma ser encontrado noutra parte. Na história da ciência, existe um jogo semelhante envolvendo a explicação externa de uma mudança dos paradigmas e a reconstrução interna dos problemas não solucionados que fazem com que um programa de pesquisa, levado às últimas conseqüências, degenera no final. A passagem do poder tradicional para o legal é um fenômeno complexo, que exige, antes de mais nada, uma explicação empírica; de outro lado, Max Weber interpreta as qualidades formais do direito na perspectiva interna do desenvolvimento do direito, como resultado de um processo de racionalização.

Até o momento seguimos Weber, neste caminho de reconstrução interna, formulando, no entanto, algumas críticas. Percebemos, em primeiro lugar, que a forma do direito moderno não pode ser descrita como "racional", num sentido moralmente neutro, mesmo quando nossa abordagem leva em conta as premissas do formalismo jurídico. Em segundo lugar, mostramos que a mudança que o direito sofre no Estado social não destrói necessariamente suas qualidades formais num sentido amplo. As qualidades formais podem ser complementadas pelo sentido mais abstrato, tendo em vista a relação entendida de modo estabelecido entre o direito positivo e uma justiça entendida de modo procedimental. Em terceiro lugar, esse resultado nos colocou nas mãos o seguinte problema: as medidas de uma racionalidade procedimental extremamente exigente emigram para o *medium* do direito. A partir do momento em que se explicita essa questão implícita acerca do direito, ao mesmo tempo equitativo e funcional, surge a questão mais realista: será que o sistema do direito é capaz de suportar uma tensão mais acentuada, resultante do conflito entre exigências normativas e exigências funcionais em geral, numa sociedade cada vez mais complexa? E a suspeita que se insinua é a de que a autocompreensão idealista de uma justificação moral, a partir de princípios, perde sua