

Jürgen Habermas

DIREITO E DEMOCRACIA II

entre facticidade e validade

BTU
102

“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 lingüística 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 85-282-8095-7



9 788528 200959



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

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 contrivências parlamentares segundo o modelo da negociação equitativa de compromissos, ou da formação discursiva da vontade, permitindo apenas uma análise empírica. Neste ponto, eu não estou em condições de oferecer um modelo satisfatório; no entanto, gostaria de chamar a atenção para as doutrinas constitucionais que 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 nestas 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.

recai 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 da 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 de paradigmas e a reconstrução interna dos problemas não solucionados que fazem com que um programa de pesquisa, levado às últimas conseqüências, degenere 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 em sentido amplo. As qualidades formais podem ser entendidas num sentido mais abstrato, tendo em vista a relação complementar que se estabelece 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

importância para um direito que tem que funcionar em tais circunstâncias.

Muitos encaram esta questão como mero duelo retórico e adotam imediatamente a perspectiva do observador na área da sociologia do direito ou da economia do direito. Ora, aos olhos observadores do cientista social, só é normativamente obrigatório para os participantes envolvidos aquilo que eles *têm como* correto. No entanto, sob este ângulo, a própria fé na legalidade perde seu nexu interno com bons argumentos. E as estruturas de racionalidade, exploradas com intenção reconstrutiva, perdem seu significado. Nesta mudança metódica de perspectivas, a problemática normativa é neutralizada através da pura decisão. Ela é posta de lado, porém pode irromper a qualquer momento. Por isso, considero mais promissora uma reinterpretção funcionalista da problemática normativa. Esta não é descartada *a priori*, porém suplantada pelo caminho de uma descrição interpretadora:

I) Em primeiro lugar, eu pretendo abordar algumas características da teoria sistêmica e funcionalista de Luhmann, chamando a atenção para problemas que constituem um desafio para uma estratégia de esclarecimento. Tomando como ponto de partida o resultado segundo o qual a autonomia do sistema jurídico não pode ser verdade satisfatoriamente em conceitos da teoria do sistema, tentarei, numa segunda parte: II) averiguar em que sentido o direito moderno, que se apóia no direito racional, se diferenciou do complexo tradicional da política, do direito e da moral; III) em terceiro lugar, tentarei descobrir se a idéia do Estado de direito, resultante do desmoronamento do direito racional, é mera ficção impotente, ou se ela pode enraizar-se numa sociedade de grande complexidade, cuja estrutura se modifica aceleradamente.

I. Autonomia sistêmica do direito?

1

A teoria exigente de Luhmann, que entende o direito como um sistema "autopoietico", pode ser utilizada como crítica ao direito.⁴⁰ Numa linha funcionalista, ele explica a prática de decisão

40 N. Luhmann. *Rechtssociologie*. Opladen, 1983; *id.*, *Ausdifferenzierung des Rechts*. Frankfurt/M, 1981.

normativa, da doutrina do direito, como o resultado de processos fáticos de manutenção autodirigida de um sistema social parcial. A teoria sistêmica do direito pode ser caracterizada sinteticamente através de três estratégias conceituais: (a) Em primeiro lugar, a qualidade deontológica das normas do direito é redefinida, para se tornar acessível a uma análise puramente funcional. (b) A seguir, a teoria positivista do direito é traduzida para o modelo de um sistema jurídico diferenciado, funcional e inteiramente autônomo. (c) Finalmente, a legitimidade é explicada em termos da legalidade como um auto-engano estabilizador do sistema, obtido forçadamente através do código jurídico e coberto pelo próprio sistema jurídico.

ad (a). O primeiro passo de Luhmann consiste em despir as expectativas de comportamento, normativamente generalizadas, de seu caráter deontológico, obrigatório.⁴¹ Ele elimina o sentido ilocucionário dos mandamentos, das permissões e das proibições e, com isso, a eficácia vinculante específica destes atos de fala. Pois reinterpreta expectativas normativas de comportamento, no quadro de uma teoria da aprendizagem, tomando-as como variantes de expectativas meramente cognitivas que se apóiam em prognoses, não em autorizações. Nesta linha de interpretação, o papel das normas consiste em colocar as expectativas numa linha de permanência e imunizá-las contra decepções, pagando o preço de uma deficiência cognitiva. Sob esta descrição empírica, as expectativas normativas aparecem como expectativas cognitivas dogmatizadas, imunes à aprendizagem. E, uma vez que a recusa a uma adaptação ou aprendizagem é repleta de riscos, as expectativas normativas têm que respaldar-se numa autoridade especial e ser asseguradas através da institucionalização estatal e da ameaça de sanções, ou seja, têm que ser transformadas em direito. Quanto mais complexas as sociedades se tornam, tanto mais o sistema jurídico sofre pressão para se transformar. Pois ele tem que adaptar-se rapidamente a ambientes modificados.

ad (b). Luhmann dá um passo além, descrevendo o direito positivo como combinação inteligente de vontade e capacidade de aprender – no sentido da normatividade em geral, reinterpretada de modo empírico. O direito adquire esta capacidade através de diferen-

41 Luhmann, (1981), 73ss.

A partir destas três premissas, a mudança da forma do direito, diagnosticada por Max Weber, pode ser interpretada como consequência de uma diferenciação bem-sucedida do sistema jurídico. Os atos de adaptação, exigidos do sistema jurídico por uma sociedade cada vez mais complexa, impõem a adoção de um novo estilo cognitivo, isto é, de uma prática de decisão mais flexível, sensível ao contexto e disposta a aprender. Todavia, esta passagem das tarefas da garantia normativa de expectativas generalizadas de comportamento para tarefas da regulação sistêmica⁴⁶ não deve ir tão longe, a ponto de ameaçar a identidade do próprio direito. Tal ameaça concretizar-se-ia, caso o sistema do direito substituísse simplesmente sua autocompreensão dogmática por uma análise do sistema, empreendida a partir do exterior. A internalização de uma descrição neutra, desenvolvida no estilo de Luhmann, acarretaria a dissolução clínica da consciência normativa entre os especialistas em direito e colocaria em risco a autonomia do código jurídico.

No entanto, o conceito de autonomia sistêmica do direito também pode funcionar como crítica. A exemplo de Weber, Luhmann descobre que as tendências de desformalização fazem com que o direito passe pela mediação da política. E essa "superpolítica" esconde o perigo de uma confusão que se instaura, quando o formalismo do direito, após ser amolecido pelos cálculos de poder ou de proveito, é finalmente absorvido por eles. O sistema jurídico pode ser autônomo na medida em que se auto-regula reflexivamente e se delimita em relação à política e à moral. Ora, ao seguir este caminho, Luhmann é reconduzido à questão weberiana acerca da racionalidade do direito, que ele julgara ultrapassada. Pois, para poder determinar, ao menos analiticamente, a autonomia do sistema jurídico, ele tem que apresentar o princípio estruturador que permite, por exemplo, fazer uma distinção entre o direito e o poder, entre o direito e o dinheiro. Noutras palavras, Luhmann necessita de um equívale para a racionalidade que habita na forma jurídica. A princípio, ele seguiu Weber e Forsthoft, considerando constitutiva para o direito em geral a forma de leis abstratas e gerais, isto é, a forma de programas jurídicos

46 Luhmann, (1981), 388ss.

condicionais. Porém, hoje em dia, Luhmann não pode mais depreciar o direito material e reflexivo como se fossem desvios. Por isso, ele faz uma distinção nítida entre código do direito e programas jurídicos: a autonomia do sistema jurídico depende apenas da manutenção de um código jurídico diferenciado. Para ele, esse código permite a distinção entre direito e não-direito. Porém essa fórmula tautológica não consegue fornecer distinções mais precisas a respeito da forma. É sintomático o fato de Luhmann colocar um sinal de interrogação no espaço em que deveria ser explicada a unidade do código.⁴⁷ Eu vejo nisso algo mais do que o simples desejo de conseguir uma explicação conceitual ainda não desenvolvida.

Ao situar as argumentações jurídicas no nível de uma simples auto-illusão dogmática, Luhmann não pode mais entender as determinações da forma do direito autônomo *como* racionalidade. Pois a autonomia do sistema jurídico implica, como condição necessária, argumentações concretas e referidas a casos; elas não podem tornar-se independentes no sentido de uma filosofia do direito, nem tematizar os paradoxos inevitáveis do direito positivo. As argumentações jurídicas podem ser funcionais, porém somente enquanto conseguem manter esse paradoxo fora da consciência do "uso oficial do direito". Pois o código não pode ser analisado *simultaneamente* a partir de dentro e a partir de fora; e ele teria que continuar sendo algo que se aceita sem discussão. De fato, porém, nós constatamos o contrário. E o debate sobre a juridificação revela que a desformalização do direito provocou abordagens críticas e uma ampla problematização do direito.

3

Nos EUA, o movimento *Critical Legal Studies* desencadeou uma discussão no âmbito da doutrina jurídica, colocando a compreensão formalista do direito sob o microscópio e desmontando-a sem nenhuma consideração.⁴⁸ A crítica casuística pode ser resumida numa

47 Luhmann. *Ökologische Kommunikation*. Opladen, 1986, 124ss.

48 R. W. Gordon. "Critical Legal Histories", in *Stanford Law Review*, 1984, 57ss. R.M. Ungel. *Critical Legal Studies Movement*. Cambridge, Mass, 1986.

tese da indeterminação. No entanto, ela não afirma que o desenlace de processos judiciais é pura e simplesmente indeterminado. É provável que qualquer pessoa com tino prático seja capaz de emitir prognósticos acertados. É preciso ter em mente, porém, que o desenlace dos processos judiciais é indeterminado somente no sentido de que ele não pode ser prognosticado a partir de situações jurídicas claras. Pois não é o texto da lei que determina o juízo. Nas frestas da decisão dos juízes, misturam-se argumentos; e, através de preconceitos sociais e opiniões ingênuas, que se cristalizam em ideologias profissionais, introduzem-se interesses não confessos, ao invés de bons argumentos.

As reações revelam que esse tipo de crítica é capaz de sacudir a consciência normativa dos juristas. Todavia, é preciso sustentar, contra a análise sistêmica de Luhmann, e também contra a autocompreensão dos *Critical Legal Studies*, que esse tipo de auto-reflexão "disfuncional" do sistema jurídico, que sai de dentro da própria prática de argumentação jurídica, só é possível porque essa prática trabalha com suposições de racionalidade que podem ser nomeadas e utilizadas contra a prática existente. Aparentemente, a institucionalização da argumentação conforme ao processo carrega consigo um agulhão auto-crítico capaz de romper a auto-ilusão que Luhmann falsamente interpreta como necessidade do sistema.

Certamente a volumosa literatura sobre a indeterminação da prática de decisão dos tribunais⁴⁹ contradiz a sabedoria convencional que M. Kriele, por exemplo, coloca em campo contra a interpretação funcionalista desenvolvida por Luhmann em torno das argumentações jurídicas: "Parece que Luhmann desconhece o argumento decisivo para a função legitimadora dos processos: ... Eles aumentam a chance de que todos os pontos de vista relevantes venham à tona e de que a ordem temporal e objetiva de prioridades seja discutida da melhor maneira; e, por isso, eles aumentam a chance de uma justificação racional da decisão. A institucionalização continuada de processos aumenta as chances de que as decisões do poder do Estado tenham sido justificadas

no passado e venham a ser justificadas no futuro..."⁵⁰ Entretanto, esta verdade traz à tona suposições de racionalidade, as quais continuam praticamente eficazes, enquanto puderem funcionar como medidas contratárias e apelar para a crítica e a auto-crítica dos envolvidos. Estas suposições de racionalidade somente perderiam seu significado operativo no momento em que perdessem sua função de medida. Com isso, porém, qualquer tipo de crítica do direito perderia seu fundamento.⁵¹

A crítica que se repete, desde que surgiram as escolas do realismo jurídico, fala contra a teoria de Luhmann. Porém os próprios resultados dessa crítica revelam que a autonomia sistêmica do direito não pode ir muito longe. Pois a autonomia do sistema jurídico não é garantida pelo simples fato de todos os argumentos de procedência não jurídica serem anexados a textos de leis e revestidos com a linguagem do direito positivo. Ora, Luhmann afirma exatamente isso: "O sistema jurídico consegue seu fechamento operativo, pois está codificado através da diferença entre direito (*Recht*) e não-direito (*Unrecht*) e não há nenhum outro sistema operando com este código. Através dessa codificação bipolar do sistema jurídico, nasce a certeza de que, quando se está no direito, está-se no direito e não no não-direito".⁵² A crítica imanente ao positivismo jurídico, desenvolvida por Fuller até Dworkin contra as posições de Austin, Kelsen e Hart, revela que a aplicação do direito tem que contar, cada vez mais, com objetivos políticos, com fundamentações morais e com princípios. Em termos luhmannianos, isso significa que, no código jurídico, se introduzem conteúdos do código moral e do código do poder; neste sentido, o sistema jurídico não é "fechado".

Além disso, uma auto-referência linguística do sistema jurídico, assegurada pelo código jurídico, não pode impedir que se imponham estruturas latentes de poder, através dos programas jurídicos emitidos pelo legislador político ou na figura de argumentos, através dos quais interesses, irrelevantes do ponto de vista jurídico, têm acesso à jurisdição.

50 M. Kriele. *Einguführung in die Staatslehre*. Opladen, 1981, 38-39.

51 F. Michelman, (1986).

52 Luhmann, (1986), 26.

49 A. Altman. "Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin", in *Philosophical and Public Affairs*, 15, 1986, 205ss.

Tudo indica que o conceito de autonomia sistemática, apesar de sua referência empírica, nada tem a ver com a intuição normativa que ligamos à "autonomia do direito". Consideramos que a prática de decisão judicial é independente, porém, somente na medida em que os programas jurídicos do legislador não ferem o núcleo moral do formalismo jurídico e, em segundo lugar, na medida em que as considerações políticas e morais, que se introduzem inevitavelmente na jurisdição, são fundamentadas, não se limitando a simples racionalizações de interesses juridicamente irrelevantes. Max Weber tinha razão: somente se levarmos em conta a racionalidade que habita no próprio direito, poderemos assegurar a independência do sistema jurídico. No entanto, como o direito também se relaciona internamente com a política e com a moral, a racionalidade do direito não pode ser questão exclusiva do direito.

II. Razão e positividade: sobre o entrelaçamento entre direito, política e moral

1

Para entender melhor por que a diferenciação do direito não dissolve inteiramente seu vínculo interno com a política e a moral, recomenda-se uma visão retrospectiva sobre a história do direito positivo. Esse processo abrange o final da Idade Média na Europa, indo até as grandes codificações do século XVIII. Nos próprios países do *Common-Law*, o direito consuetudinário é reformulado pelo direito romano sob a influência de juristas com formação acadêmica, que o adaptam sucessivamente às condições de intercâmbio de uma emergente sociedade capitalista e ao poder burocratizado de um Estado territorial em formação. Quero apresentar apenas um aspecto importante desse processo sinuoso, intransparente e cheio de variantes, o qual interessa para o contexto de nossa filosofia do direito. Pois o pano de fundo da estrutura tridimensional do sistema jurídico medieval, que entrou em decomposição, permite explicar o alcance filosófico da positividade do direito.

A partir de um certo distanciamento, é possível reconhecer, em nossas tradições, três elementos que correspondem aos que a sociologia do direito comparado considera típicos para a cultura

jurídica dos antigos impérios:⁵³ O sistema jurídico tinha a cobertura de um direito sagrado, administrado exegeticamente por especialistas teólogos e juristas; seu núcleo era formado por um direito burocrático, estabelecido pelo rei ou pelo imperador, que era, ao mesmo tempo, o senhor supremo do tribunal, em conformidade com tradições jurídicas sagradas. Ambos os tipos de direito davam cobertura ao direito consuetudinário, via de regra não-escrito, e que provinha, em última instância, de tradições jurídicas tribais. Na Idade Média européia, as coisas eram um pouco diferentes: de um lado, o direito canônico da Igreja católica reproduzia, sem interrupção, o elevado nível conceitual e técnico do direito romano *clássico*; de outro lado, o direito dos decretos imperiais e capitulares se ligava à idéia do império romano, inclusive antes da redescoberta do *Corpus Justinianum*. O próprio direito consuetudinário deve muito à mistura de elementos da cultura jurídica romana e da germânica, freqüente nas províncias romanas ocidentais, tendo sido transmitido por escrito a partir do século XII. Porém os aspectos fundamentais repetem a estrutura que transparece em todas as culturas superiores, ou seja, a ramificação em direito sagrado e profano, sendo que o direito sagrado é integrado, na visão de uma das grandes religiões, na ordem do cosmo ou num evento sagrado. Esse direito divino ou "natural" não se encontra à disposição do soberano político. Ele fornece apenas a moldura legitimadora, no interior da qual o soberano exerce seu poder profano através das funções da jurisdição e da normatização burocrática do direito. Neste contexto, M. Weber fala num "duplo reino do poder tradicional".⁵⁴

Esse caráter tradicional do direito mantém-se na Idade Média. Todo o direito obtém seu modo de validade, a partir da origem divina do direito natural, tal como é entendido pelo cristianismo. Direito novo só pode ser produzido em nome da Reforma ou reconstruído a partir do velho e bom direito. É bom lembrar, porém, que na compreensão tradicional do direito já existe uma tensão interessante entre os dois elementos do direito do soberano. Na qualidade de senhor supremo do tribunal, o soberano é submetido ao direito sagrado. Somente assim

53 R. Unger. *Law and Society*. Nova Iorque, 1976.

54 Cf., sobre esse tema, W. Schluchter. *Okzidentaler Rationalismus*. Tübinga, 1979.

se legítima o poder secular. A manutenção piedosa da ordem jurídica intocável garante um prêmio de legitimidade para o exercício do poder político em geral. Ao mesmo tempo, porém, o soberano, situado no topo de uma administração organizada de acordo com encargos e ofícios, também utiliza o direito como um *medium* que empresta caráter de obrigatoriedade coletiva às suas ordens, editos e decretos. Porém, para exercer o poder burocrático e preencher funções de ordem, o direito tem que manter, na figura de tradições jurídicas sagradas, o caráter não-instrumental, isto é, *indisponível*, que o soberano tem que respeitar em sua jurisdição. Entre esses dois momentos – o da indisponibilidade do direito pressuposto na regulação de conflitos judiciais e o da instrumentalidade do direito posto a serviço do exercício do poder –, existe uma tensão insolúvel. Ela só não é percebida enquanto o fundamento sagrado do direito não for atacado e o direito consuetudinário continuar ancorado firmemente na prática do dia-a-dia.⁵⁵

2

No entanto, quando se parte da idéia de que é cada vez mais difícil preencher essas duas condições nas sociedades modernas, pode-se concluir que a positividade do direito constitui apenas uma reação a tais transformações. Na medida em que as cosmovisões religiosas cedem o lugar a forças religiosas privatizadas e as tradições do direito consuetudinário são absorvidas pelo direito erudito, pelo caminho do *usus modernus*, a estrutura tridimensional do sistema jurídico se rompe. O direito encolhe, ficando reduzido a uma única dimensão, passando a ocupar apenas o lugar até então reservado ao direito burocrático dos soberanos. De outro lado, o poder do dominador político emancipa-se da ligação com o direito sagrado e torna-se independente. Esse poder político recebe a tarefa de tapar por conta própria, e através da legislação política, o vazio deixado pelo direito natural administrado teologicamente. E, no final das contas, todo o direito deve emanar da vontade soberana do legislador político. No final de tudo, a legislação, a ratificação e a aplicação das leis passam a ser momentos no interior

55 H. Schlosser. *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*. Heidelberg, 1982.

de um único processo circular regulado politicamente; e elas continuam assim, mesmo quando se diferenciam institucionalmente de acordo com poderes do Estado.

Isso faz com que a relação entre os momentos da indisponibilidade e da instrumentalidade do direito se modifique. Hoje em dia, a maior diferenciação dos papéis, viabilizada pela separação entre os poderes, faz com que os programas de leis passem para a alçada da jurisdição. Entretanto, até que ponto um direito político, modificável a bel-prazer, pode proporcionar uma autoridade com caráter obrigatório, semelhante à do direito sagrado indisponível? Será que o direito positivo conserva algum vestígio de obrigatoriedade, a partir do momento em que não pode mais extrair seu modo de validade de um direito anterior situado acima dele, como era o caso do direito burocrático do soberano no sistema jurídico tradicional? As respostas formuladas pelo positivismo jurídico são insatisfatórias.⁵⁶ Numa das variantes, o direito em geral é destituído de seu caráter normativo, passando a ser definido apenas de modo instrumental: ele vale tanto quanto a ordem de um soberano (Austin). Nesta resposta, desaparece o momento da indisponibilidade, tida como uma réliquia metafísica. A outra variante do positivismo jurídico mantém a premissa, segundo a qual o direito só pode preencher sua função nuclear de regulação de conflitos judiciais na medida em que as leis aplicadas mantiverem a normatividade no sentido de uma validade deontológica não-imperativista. Porém esse momento só pode valer para a forma do direito, não para os conteúdos do direito natural (Kelsen). Por este ângulo, o sistema jurídico, isolado da política e da moral, e tendo como núcleo institucional a jurisdição, continua sendo o único lugar onde o direito pode preservar sua forma por virtude própria e, deste modo, sua autonomia. (Já tivemos ocasião de conhecer essa tese na versão de Luhmann). Nos dois casos, a garantia metassocial da validade do direito, outorgada pelo direito sagrado, pode desaparecer *sem deixar substituto*.

No entanto, as origens históricas do direito moderno e do tradicional falam contra tal interpretação. Conforme nos ensina a antropologia, o direito precede o surgimento do poder político, organizado no Estado, ao passo que o direito sancionado pelo Estado e o poder do Estado organizado juridicamente surgem simultaneamente na forma de poder

56 N. Hoerster (ed.). *Recht und Moral*. Göttingen, 1972.

político.⁵⁷ Parece que o desenvolvimento arcaico do direito tornou possível o surgimento de um poder político soberano, no qual o poder do Estado e o direito do Estado se constituem reciprocamente. Todavia, é difícil imaginar que, nesta constelação, o direito pudesse ser assimilado inteiramente pela política ou, ao contrário, ser separado completamente dela. Além disso, é possível mostrar que determinadas estruturas da consciência moral devem ter desempenhado um papel importante na simbiose entre direito e poder do Estado. Um papel semelhante é desempenhado pela consciência moral, na passagem do direito tradicional para o profano, através do direito positivo colocado à disposição do legislador político. Esse momento de indisponibilidade, que no direito moderno forma um contrapeso evidente à instrumentalização política do *medium* do direito, resulta do entrelaçamento entre política, direito e moral.

3

Esta constelação se estabelece, pela primeira vez, nas primeiras culturas superiores, acompanhando a simbiose entre direito e poder do Estado. Em sociedades tribais da era do neolítico, existem três mecanismos para a regulação de conflitos internos: práticas de auto-ajuda (desafio e vingança de sangue), a invocação ritual de forças mágicas (oráculo, duelo) e a mediação de um juiz como equivalente pacífico para a violência e a feticção.⁵⁸ Tais mediadores ainda não têm a competência para decidir a disputa entre as partes, de modo autoritário ou obrigatório, nem a capacidade de impor a sentença contra a lealdade do parentesco. Também não existem tribunais, nem processos judiciais. Além disso, o direito permanece ligado tão estreitamente ao costume e às representações religiosas, que é difícil distinguir entre fenômenos genuinamente jurídicos e outros fenômenos relativos aos costumes. Os conceitos de justiça, que estão na base de todas as formas de regulação de conflitos, se entrelaçam com a interpretação mítica do mundo. A vingança, a retribuição e a compensação servem para a reconstrução de uma ordem estremecida. Essa ordem, feita de simetrias e reciprocidades, estende-se não somente às

passos singulares e grupos de parentesco, como também à natureza e à sociedade no seu todo. A gravidade do crime mede-se pelas consequências da ação, não pela intenção do autor. Uma sanção tem o sentido de uma compensação para o prejuízo causado, não o de um castigo do autor, que se tomou culpado pela infração de uma norma.

Tais representações concretistas acerca da justiça não permitem ainda a separação entre questões de direito e de fato. No direito arcaico, os juízos normativos, as considerações de interesses e as afirmações sobre fatos se mesclam. Não existem os conceitos de imputabilidade e de culpa; também não se faz distinção entre propósito e negligência. O que conta é a percepção de um prejuízo provocado objetivamente. Não existe separação entre direito privado e penal; todas as infrações do direito são, de certa forma, delitos que exigem indenização pelos prejuízos. Tais diferenciações só se tomam possíveis a partir do momento em que surge um conceito inteiramente novo, que vai revolucionar o mundo das representações morais. Refiro-me ao conceito de norma do direito, reconhecida intersubjetivamente como obrigatória, independentemente da situação e situada acima das partes litigantes e do juiz imparcial. Em torno deste núcleo, cristaliza-se aquilo que L. Kohlberg chama de consciência moral "convencional". Sem tal conceito de norma, o juiz não poderia fazer mais do que convencer as partes litigantes a assumir compromissos. Ele poderia *influir*, através de seu prestígio pessoal, adquirido através de seu *status*, de sua riqueza ou de sua idade. Porém isso não lhe conferiria *poder político*, pois ele não teria como apelar para a autoridade impessoal e coercitiva de uma lei, nem para a convicção moral dos participantes.⁵⁹ Eu proponho submeter estas idéias a um teste hipotético. Suponhamos que se formam idéias morais e jurídicas convencionais, antes mesmo de se estabelecer uma autoridade estatal. Neste caso, um cacique, por exemplo, poderia diminuir conflitos, apoiando-se no caráter obrigatório de normas jurídicas reconhecidas; porém ele não poderia acrescentar à obrigatoriedade de seu juízo o caráter faticamente coercitivo de um potencial de sanção estatal. Mesmo assim, o papel do cacique, cuja liderança repousava, até este momento, sobre o prestígio e a influência fática, teria que modificar-se, a partir do momento em que a atividade judicial assumisse o conceito

57 U. Wesel. *Friühformen des Rechts*. Frankfurt/M., 1985.

58 U. Wesel, (1985), 329ss.

59 L. Pospicil. *Anthropologie des Rechts*. Munique, 1982.

de uma norma moralmente vinculante. Neste cenário, é importante levar em conta três seqüências distintas: a) No papel de guardião de normas reconhecidas intersubjetivamente, tal cacique participaria da aura do direito por ele administrado. b) A autoridade normativa do direito abrangeria não somente a competência do juiz, mas também a do poder geral de mando da pessoa do cacique. Neste caso, o poder fático da pessoa influente transformar-se-ia, imperceptivelmente, no poder normativamente autorizado de um mandatário que poderia, a partir deste momento, tomar decisões com caráter obrigatório para a coletividade. E, como seqüência, a qualidade da própria decisão judicial teria que modificar-se. c) As normas jurídicas moralmente obrigatórias deixariam de ser respaldadas apenas pela pressão de conformidade exercida pela tribo ou pela influência fática de uma eminência, pois passariam a ser respaldadas pela ameaça de sanção de um governante legítimo. Isso daria origem ao modo ambivalente de validade do direito do Estado, mesclando a imposição com o reconhecimento. Porém, através dele, o governante político obteria um *medium* que o auxiliaria a organizar os cargos e funções e a exercer seu poder de modo burocrático. Através disto, o direito adquiriria os aspectos da instrumentalidade e da indisponibilidade, próprios do direito objetivo. Neste cenário, a consciência moral funciona como uma espécie de catalisador no processo em que se mesclam direito e moral.

Há como rastrear empiricamente estas considerações hipotéticas;⁶⁰ porém eu me interesso, em primeira linha, pelo esclarecimento teórico. Somente as cosmovisões que se tornam mais complexas permitem a formação de uma consciência moral de nível convencional; somente a consciência apoiada em normas moralmente obrigatórias e enraizadas em tradições é capaz de modificar a jurisdição e de transformar um poder fático em normativo; somente a posse de um poder legítimo permite impor politicamente normas do direito; somente o direito coercitivo pode ser utilizado para a organização do poder do Estado. Quando analisamos detalhadamente esse entrelaçamento entre uma moral de cunho religioso, uma soberania legitimada juridicamente e uma administração estatal organizada conforme o

60 K. Eder. *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften*. Frankfurt/M., 1976; J. Habermas. *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*. Frankfurt/M., 1976.

direito, torna-se claro que é impossível manter os conceitos jurídicos positivistas citados.

4

Se, na modernidade, as normas do direito se reduzissem apenas a ordens do legislador político, o direito dissolver-se-ia em política. Isso, porém, implicaria a dissolução do próprio conceito do político. De qualquer modo, sob esta premissa, o poder político não poderia mais ser entendido como poder legitimado pelo direito; pois um direito posto inteiramente à disposição da política perderia sua força legitimadora. No momento em que a legitimação é apresentada como uma realização própria da política, nós abandonamos *ossos* conceitos de direito e de política. A mesma conclusão se impõe, quando analisamos uma outra posição, segundo a qual o direito positivo poderia manter sua normatividade por conta própria, isto é, através das realizações dogmáticas de uma justiça fiel à lei, porém independente da política e da moral. A partir do momento em que a validade do direito é desligada dos aspectos da justiça, que ultrapassa as decisões do legislador, a identidade do direito torna-se extremamente difusa. Pois, neste caso, desaparecerem os pontos de vista legitimadores, sob os quais o sistema jurídico poderia ser configurado para manter determinada estrutura do *medium* do direito.

Pressupondo que as sociedades modernas não podem prescindir do direito, nem exercer outra prática funcionalmente equivalente tal como, por exemplo, o controle do comportamento, a positivação do direito cria um problema, inclusive em termos conceituais. É preciso encontrar um equivalente para o direito sagrado profanizado e para um direito consuetudinário esvaziado, capaz de preservar um *momento de indisponibilidade* para o direito positivo. A figura do direito racional foi introduzida para desempenhar essa função, adquirindo significado doutrinário e jurídico imediato, não somente para considerações de filosofia do direito, mas também para as grandes codificações e para a prática judicial do desenvolvimento do direito.⁶¹ Eu gostaria de chamar a atenção para dois pontos: (a) No direito racional, articula-se um novo nível pós-tradicional da

61 F. Wieacker, (1967), 249ss.

consciência moral, que submete o direito moderno a princípios e o transpõe para o nível da racionalidade procedimental. (b) As teorias do contrato social foram desenvolvidas em direções contrárias porque, em alguns casos, a positividade do direito enquanto tal passou para o primeiro plano, como o fenômeno a ser esclarecido; noutros casos, o fenômeno a ser esclarecido era a necessidade de fundamentação resultante dessa positividade. Porém nenhuma das direções conseguiu estabelecer uma relação plausível entre os momentos da indisponibilidade e da instrumentalidade do direito.

ad (a) O direito racional reage à decomposição do direito natural, fundamentado na religião e na metafísica, e à desmoralização da política, que passa a ser interpretada de modo naturalista e centrada nos interesses de auto-afirmação. A partir do momento em que o Estado monopolizador do poder assume o papel do legislador soberano, que lhe permite um acesso exclusivo ao direito, este é reduzido a um simples meio de organização, dificultando qualquer ligação com a justiça e pondo em risco o caráter genuíno do direito. No entanto, a positividade do direito, agora dependente do soberano, não elimina a problemática de fundamentação, pois ela apenas é deslocada para a base mais estreita de uma ética profana pós-metafísica, desacomplada de cosmologias. A figura elementar do direito privado burguês é o contrato. E, segundo a autonomia contratual, as pessoas privadas têm condições de criar direitos subjetivos. Ora, na idéia do contrato social, essa figura é generalizada de um modo interessante e utilizada para justificar moralmente o poder exercitado em formas do direito positivo e do poder legal: um contrato que todo o indivíduo autônomo celebra naturalmente com todos os outros indivíduos autônomos só pode ter como conteúdo aquilo que todos, no uso da razão, podem querer ao defenderem seus respectivos interesses. Este caminho admite regulamentações que gozam do assentimento livre de todos. Tal pensamento procedimental revela que a razão do moderno direito natural é, essencialmente, razão prática, ou seja, a razão de uma moral autônoma. Esta exige que façamos uma distinção entre normas, princípios justificadores e processos — processos que seguimos para examinar se as normas podem contar com um assentimento geral à luz de princípios válidos. Na medida em que a idéia do contrato social leva em conta tal procedimento para a fundamentação de ordens políticas constituídas juridicamente, o direito positivo é submetido a princípios morais. Isto sugere a hipótese, segundo a qual, ao passar

para a modernidade, o direito foi precedido por uma mudança da consciência moral.

ad (b) O direito racional foi apresentado em diferentes versões. Autores como Hobbes deixam-se fascinar mais pelo fenômeno da mutação constante do direito, ao passo que Kant está mais preocupado com a necessidade de fundamentação do novo direito, agora positivo. Como é sabido, Hobbes desenvolve sua teoria a partir de premissas que eliminam do direito positivo e do poder político qualquer conotação moral; o direito estabelecido pelo soberano tem que impor-se, mesmo na ausência de um equivalente racional para o direito sagrado profanizado. Com isso, Hobbes envolve-se numa contradição performativa. Pois o conteúdo manifesto de sua teoria, que esclarece o funcionamento moralmente neutro do direito inteiramente positivado, funciona em contradição com o papel *pragmático* assumido pela mesma teoria, a qual pretende explicar a seus leitores por que eles, na qualidade de pessoas livres e iguais, poderiam ter bons argumentos para se submeter a um poder absoluto do Estado.

Posteriormente, Kant explicita os elementos normativos mantidos implicitamente por Hobbes e desenvolve sua doutrina do direito no quadro de uma teoria moral. O princípio geral do direito, que se encontra na base de toda legislação, resulta, segundo ele, do imperativo categórico. Deste princípio supremo da legislação é deduzido o direito subjetivo originário de cada um, que pode exigir de todos os outros parceiros do direito que respeitem sua liberdade, na medida em que ela estiver de acordo com a liberdade igual de todos segundo leis gerais. Para Hobbes, o direito positivo é, em última instância, o meio de organização do poder político; ao passo que, para Kant, ele continua tendo caráter essencialmente moral. No entanto, mesmo nestas versões mais maduras, o direito racional encontra dificuldades no desempenho da tarefa que ele mesmo se propusera, ou seja, a de explicar racionalmente as condições de legitimidade do poder legal. Hobbes sacrifica a indisponibilidade do direito em favor de sua positividade, ao passo que, em Kant, o direito moral ou natural, deduzido *a priori* da razão prática, ocupa a tal ponto o lugar central, que o direito corre o risco de se desfazer em moral; falta pouco para o direito ser reduzido a um modo deficiente de moral.

A inserção kantiana do momento de indisponibilidade nos fundamentos morais do direito é de tal ordem, que o direito positivo é subsumido ao direito racional. E, neste direito, sobra

pouco espaço para o aspecto instrumental de um direito do qual se serve o legislador político para suas tarefas de estruturação. Após a implosão do baldaquino do direito natural cristão, restaram as colunas da política naturalista, de um lado, e as do direito que se transforma em decisão política, de outro. Kant tenta reconstruir o edifício detornado, fazendo uma simples substituição: o direito natural, fundamenteado autonomamente, deve assumir o lugar vazio deixado pelo direito natural metafísico-religioso. Com isso, modifica-se a função medidora da jurisdição, que tinha transferido a legitimação sagrada para o poder burocrático do soberano: a partir de agora, ela se retira para a retaguarda do legislador político, cujos programas ela passa a administrar. Porém, agora, todos os poderes do Estado, diferenciados em si mesmos, entram na sombra de uma *res publica nomenon* (como simples idéia), justificada pela razão, a qual deve ser copiada, do modo mais fiel possível, pela *res publica phanomenon* (como fenômeno social). A própria positividade do direito, enquanto realização de princípios do direito racional, se encontra sob imperativos da razão.

Porém, a partir do momento em que a política e o direito são rebaixados, assumindo a posição subordinada de simples órgãos de execução para as leis da razão prática, a política perde sua competência legisladora e o direito, sua positividade. Por isso, Kant tem que retomar as premissas metafísicas da sua doutrina dos dois impérios, a fim de estabelecer uma distinção, contraditória, entre moralidade e legalidade.⁶²

III. A substituição do direito racional pela idéia do Estado de direito

1

O abandono do direito racional clássico não se deu apenas por razões de ordem filosófica, pois as próprias condições sociais, que ele deveria interpretar, levaram-no de roldão. Logo tornou-se evidente que a dinâmica de uma sociedade integrada através de mercados não cabia mais nos conceitos normativos do direito, nem podia ser congelada no quadro de um sistema jurídico desenvolvido aprio-

62 W. Kersting. *Wohlgeordnete Freiheit*. Berlin, 1984, 16ss.

riticamente. Qualquer tentativa teórica visando deduzir, de modo definitivo, os fundamentos do direito privado e público, a partir de princípios superiores, vinha chocar-se com a complexidade da sociedade e da história. As teorias contratuais – inclusive as de cunho idealista – eram demasiadamente abstratas. Elas não tinham conseguido justificar os pressupostos sociais de seu individualismo possessivo. Além disso, elas recusaram-se a reconhecer que a justiça, prometida pelas instituições fundamentais do direito privado (contrato e propriedade) e pelos direitos público-subjetivos de se defender contra o Estado burocrático, implicava em contrapartida uma idéia de economia em pequena escala. Ao mesmo tempo, as teorias contratuais – aprioristas ou não – eram por demais concretistas. Elas não tinham conseguido discutir suficientemente a mobilização das condições vitais e subestimado a pressão de adaptação oriunda do crescimento capitalista e da modernização em geral.

Na Alemanha, a teoria do direito dividiu o conteúdo moral do direito racional kantiano, canalizando-o inicialmente para os trilhos paralelos da doutrina do direito privado e da idéia do Estado de direito; porém, no decorrer do século XIX, esse conteúdo moral foi enxugado de modo positivista. Na visão da ciência das pandectas, o direito foi absorvido inteiramente no código do direito civil administrado por juristas. Aqui, os conteúdos morais do direito deveriam ser garantidos no próprio sistema do direito privado, e não através de um legislador democrático.⁶³ Apoiando-se em Kant, F. C. Savigny, que construiu todo o direito privado como uma estrutura de direitos subjetivos, pensava que a forma do direito subjetivo era moral em si mesma. Direitos subjetivos gerais delimitam áreas da autonomia privada e garantem a liberdade individual pelo caminho de autorizações subjetivas. A moralidade do direito consiste no fato de “se atribuir à vontade individual um domínio no qual ela pode reinar independentemente de qualquer vontade estranha”.⁶⁴ Porém, durante a evolução do direito,

63 H. Coing. “Das Verhältnis der positiven Rechtswissenschaft zur Ethik im 19. Jahrhundert”, in J. Blühdorn, J. Ritter (eds.), *Recht und Ethik*. Frankfurt/M., 1970, 11ss.

64 F. C. von Savigny. *System des heutigen Römischen Rechts* I. (1840). 333.

tomou-se claro que os direitos subjetivos são, de certa forma, secundários em relação ao direito objetivo, não podendo oferecer a base conceitual para o sistema do direito privado em sua totalidade. A partir daí, o conceito do direito subjetivo foi reinterpretado de modo positivo e purificado de todas as associações normativas. Segundo a definição de B. Windscheid, os direitos subjetivos apenas transpõem as prescrições da ordem jurídica objetiva para o poder de mando de sujeitos singulares do direito.

Podemos observar um desenvolvimento paralelo na idéia do Estado de direito, introduzida por Kant numa linha hipotética. Os teóricos alemães do século XIX estão interessados principalmente na domesticação constitucional do poder administrativo do monarca. Em pleno Vormärz, * Mohl e Welcker ainda pensam que as leis gerais e abstratas constituem o melhor meio para promover "a formação ampla e racional das forças espirituais e físicas" de todos os cidadãos.⁶⁵ Após a criação do Reich, Gerber e Laband desenvolvem a doutrina, segundo a qual a lei constitui a ordem de uma instância legisladora soberana, de conteúdo não determinado. E Hermann Heller e outros juristas progressistas da época de Weimar adaptaram este conceito positivista de lei ao formato do legislador parlamentar: "No Estado de direito, leis são somente aquelas, e todas aquelas, estabelecidas pelo legislativo como normas do direito".⁶⁶

Eu retomo este desenvolvimento, que certamente não é típico apenas da Alemanha, porque ele permite estudar, numa dupla perspectiva, a erosão de um conceito de lei moralizado pelo direito racional, ou seja, na perspectiva do juiz e do jurista dogmático e na do legislador cada vez mais parlamentarizado. Nos países anglo-saxões, onde a idéia do Estado de direito foi desenvolvida, desde o início, em consonância com desdobramentos democráticos, ou seja, como

65 Chiação extraída de I. Maus, "Entwicklung und Funktionswandel des bürgerlichen Rechtsstaates", in M. Tohidipur (ed.), *Der bürgerliche Rechtsstaat I*, Frankfurt/M., 1978, 133ss.

66 H. Heller, *Gesammelte Schriften II*, Leiden, 1971, 226.

* "Vormärz", cujo significado literal é: "anterior a março", é o termo utilizado em geral para caracterizar os trinta e três anos que precederam a Revolução de Março de 1848 (N.T.).

"regra do direito" (*rule of law*), o processo judicial equitativo ou *dne process* apresentou-se como modelo unitário de interpretação, aplicada simultaneamente à legislação e à jurisdição. Ao passo que na Alemanha, a destruição positivista do direito racional completou-se por caminhos diferentes. Certamente a construção kantiana, segundo a qual a política e o direito estão submetidos aos imperativos morais do direito racional, foi desmentida, tanto na doutrina do direito privado como na teoria do Estado de direito, porém esse desmentido aconteceu em duas visões distintas: na da justiça e na do legislador político. É possível formular este problema da seguinte maneira: de um lado, os fundamentos morais do direito positivo não podem ser explicados em termos de um direito racional superior. De outro lado, porém, esses fundamentos não podem ser liquidados sem deixar nenhum vestígio, pois isso privaria o direito do momento essencial da indisponibilidade que habita nele.

A partir daí, é preciso mostrar como é possível estabilizar, no interior do próprio direito positivo, o ponto de vista moral de uma formação imparcial do juízo e da vontade. O fato de determinados princípios morais do direito racional terem sido positivados como *conteúdos* do direito constitucional não basta para satisfazer esta exigência. Pois trata-se precisamente da contingência dos conteúdos de um direito modificável arbitrariamente. Por isso, eu gostaria de retomar a tese desenvolvida na primeira aula, segundo a qual a moralidade embutida no direito positivo possui a força transcendente de um processo que se regula a si mesmo e que controla sua própria racionalidade.

Tentando descobrir como a legitimidade pode surgir da legalidade, certos discípulos de Savigny, não satisfeitos com a reinterpretação positivista dos direitos subjetivos, estabeleceram como fonte de legitimação o direito científico dos juristas. Em sua doutrina sobre as fontes do direito, Savigny atribuiu à justiça e à doutrina jurídica a função modesta e secundária de "trazer para a consciência e representar cientificamente" o direito positivo que se origina da legislação e do costume.⁶⁷ Opondo-se a isso, G. F. Puchta defende, no final do século, a idéia de que a produção do direito não pode ser matéria exclusiva do

67 Citado segundo W. Mainhofer (ed.), *Begriff und Wesen des Rechts*, Darmstadt, 1973, 52ss.

legislador político, pois, neste caso, o Estado não estaria apoiado no direito legítimo, ou seja, não seria Estado de direito. Segundo ele, a justiça, que não pode limitar-se à aplicação do direito em vigor, assume a tarefa produtiva de um desenvolvimento e de uma complementação do direito vigente. A autoridade desse direito judicial provém do *método científico da fundamentação*, portanto dos argumentos de uma jurisprudência que procede cientificamente. O próprio Puchta oferece o ponto inicial para uma teoria, a qual, na perspectiva da jurisdição, procura os argumentos legitimadores da legalidade na racionalidade procedimental embutida no discurso jurídico.

Na perspectiva da legislação, impõe-se uma interpretação análoga, mesmo que a discussão parlamentar esteja mais voltada para a formação de compromissos e o discurso jurídico para a fundamentação disciplinada e científica de juízos. Por este lado também, os que não conseguem tolerar o positivismo legal democrático têm que discutir as razões nas quais se apóia a pretensão de legitimidade das leis criadas por maioria parlamentar. Kant, ao tomar o conceito de autonomia de Rousseau, dera o passo decisivo, a fim de extrair do próprio processo da legislação democrática o ponto de vista moral da imparcialidade. Sabemos que ele tomou o critério de universalidade como pedra de toque para a forma jurídica de cada lei pública – como se a lei “pudesse surgir da vontade reunida de um povo inteiro”.⁶⁸ Todavia, o próprio Kant contribuiu para que surgissem e se confundissem dois significados: intrinsecamente diferentes de universalidade da lei: a universalidade semântica da lei geralmente abstrata assumiu o lugar de uma universalidade procedimental, que caracteriza a lei surgida democraticamente como expressão da “vontade popular reunida”.

Na Alemanha, onde a discussão sobre a teoria da democracia ressurgiu nos anos 20, essa confusão teve duas consequências desagradáveis. Pois era possível enganar-se sobre o imenso trabalho de prova a ser realizado por uma teoria procedimentalista da democracia. Em primeiro lugar, era preciso mostrar, na linha de uma teoria da argumentação, como, na formação parlamentar da vontade do legislador, os discursos morais de fundamentação e os discursos políticos que giram em torno de objetivos dependem sempre de um controle através de normas jurídicas. Em segundo lugar, era necessário esclari-

recer em que pontos um acordo obtido argumentativamente se distingue de compromissos de negociação, e como o ponto de vista moral se impõe indiretamente nas condições de equidade que orientam os compromissos. Em terceiro lugar, e isto é o mais importante, era preciso reconstruir o processo de institucionalização da imparcialidade da formação da vontade legisladora, começando pela regra da maioria e passando pelas regras da agenda parlamentar, até chegar ao direito de escolha e de formação da opinião, isto é, da seleção e distribuição dos temas e contribuições na esfera pública política. Esta análise teria que orientar-se por um modelo capaz de representar os pressupostos comunicacionais necessários para a formação discursiva da vontade e para o balanceamento equitativo de interesses em seu conjunto. Somente na base deste contraste, seria possível analisar criticamente o sentido normativo e a prática real de tais processos.⁶⁹

Além disso, a possibilidade de se confundir a universalidade procedimental com a universalidade semântica da lei parlamentar pode levar a enganos quanto à problemática da aplicação do direito, que é independente. Pois, mesmo que a racionalidade procedimental dotada de conteúdo moral estivesse assegurada institucionalmente, as leis não poderiam normalmente atingir uma forma semântica e uma determinação tão completa a ponto de se transformarem em algo parecido com uma tábua de algoritmos a ser aplicada pelo juiz. No entanto, a hermenêutica filosófica⁷⁰ revela que os atos de interpretação nos quais se aplicam regras estão entrelaçados indissoluvelmente com atos de construção que desenvolvem implicitamente o direito (no sentido de Dworkin). Por isso, o problema da racionalidade do procedimento reaparece na prática de decisão judicial e na doutrina jurídica.

No processo da legislação, pode emergir uma moralidade que emigrara para o direito positivo, de tal modo que os discursos políticos se encontram sob as limitações do ponto de vista moral, que temos que

69 U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*. Darmstadt, 1986, 70ss; A. Kaufmann, “Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft”, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 72 (1986), 425ss.

70 J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsprechung*. Frankfurt/M., 1972.

respeitar ao *fundamentar* normas. Porém, numa *aplicação* de normas, sensível ao contexto, a imparcialidade do juízo não está garantida pelo simples fato de perguntarmos acerca daquilo que todos poderiam querer, e sim pelo fato de levarmos adequadamente em conta todos os aspectos relevantes de uma situação dada. Por isso, a fim de decidir quais normas podem ser aplicadas a determinado caso, é preciso esclarecer se a descrição da situação é completa e adequada, englobando todos os interesses afetados. Klaus Günther⁷¹ demonstrou que a razão prática se faz valer, em contextos de fundamentação de normas, através de um exame da *possibilidade de universalização* de interesses, e em contextos de aplicação de normas, através da apreensão *adequada e completa* de contextos relevantes à luz de regras concorrentes. Por conseguinte, os processos jurídicos destinados a institucionalizar a imparcialidade da jurisdição têm que fazer jus a essa idéia reguladora.

2

Ao formular tais considerações, eu tenho em mente a idéia de um Esrado de direito que separa os poderes e que apóia sua legitimidade na racionalidade de processos de legislação e de jurisdição, capazes de garantir a imparcialidade. O resultado obtido até agora resume-se a uma medida crítica para a análise da realidade constitucional. Quando confrontada com uma realidade que não lhe corresponde, nem mesmo em termos abstratos, tal idéia não passa de uma exigência impotente. Após o colapso do direito racional, a racionalidade procedimental, que já emigrou para o direito positivo, constitui a única dimensão na qual é possível assegurar ao direito positivo um momento de indisponibilidade e uma estrutura subtraída a intervenções contingentes.

O entrelaçamento dos processos jurídicos com argumentações que se regulam a si mesmas, apoiando-se nos princípios da generalização e da adequação, explica a curiosa ambivalência da pretensão de validade do direito positivo. É preciso distinguir entre a validade do direito, garantida através de decisões competentes, e a validade social do direito aceito ou implantado de fato. No entanto, no próprio sentido complexo

da validade do direito, manifesta-se uma ambivalência que o direito moderno adquire devido à sua dupla base de validade, que repousa no princípio da fundamentação e no da normatização. Na pretensão de validade das normas morais, as quais, segundo o construtivismo rawlsiano, têm que ser *descobertas* e, ao mesmo tempo, construídas, prevalece o sentido de *idéias* morais, análogo ao do sentido da verdade. Ao passo que a pretensão de validade do direito positivo não consegue fugir da contingência que cerca a sua gênese, nem da facticidade da ameaça de sanção.⁷² Mesmo assim, as normas jurídicas positivas, emitidas conforme o processo, pretendem legitimidade. Pois o modo de validade do direito aponta, não somente para a expectativa política de submissão à decisão e à coerção, mas também para a expectativa moral do reconhecimento racionalmente motivado de uma pretensão de validade normativa, a qual só pode ser resgatada através de argumentação. E os casos-limites do direito de legítima defesa e da desobediência civil, por exemplo, revelam que tais argumentações podem romper a própria forma jurídica que as institucionaliza.⁷³

Finalmente, é necessário lembrar que a idéia do Estado de direito, que eu pretendo verter numa teoria do discurso, não é exaltada nem efusiva, pois brota do solo onde viceja a realidade do direito: e, sem essa idéia, não haveria como medir a autonomia do sistema jurídico. Se esta dimensão, na qual os caminhos de fundamentação, institucionalizados juridicamente, se abrem para a argumentação moral, se fechasse, só nos restaria um tipo de autonomia do direito, a saber, o da autonomia sistêmica. Além disso, um sistema jurídico não adquire autonomia somente para si mesmo. Pois ele só é autônomo na medida em que os processos institucionalizados da legislação e da jurisdição garantem uma formação imparcial da opinião e da vontade, abrindo assim o caminho para a entrada da racionalidade moral procedimental no direito e na política. E não pode haver direito autônomo sem a consolidação da democracia.

72 R. Dreier. *Rechtsbegriff und Rechtsidee*. Frankfurt/M., 1986.

73 Sobre a desobediência civil cf. J. Habermas. *Die neue Unübersichtlichkeit*. Frankfurt/M., 1985, 79-107.