

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.<sup>1</sup> 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*. Colônia, 1964, Cap. III, 2, 160ss

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

da 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.<sup>2</sup> 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 desenvolve atualmente na Alemanha sobre a transformação das formas do direito, a fim de aglutinar argumentos mais apropriados 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 metos 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, equivalem, 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.<sup>3</sup> As necessidades de intervenção de um aparelho estatal ativo, ao mesmo tempo regulador e compensador, fazem com que

as funções e estruturas internas do sistema jurídico se modifiquem. 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 chamou 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*".<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

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. "Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege", in Kübler, (1984), 289ss; *id.* (ed.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin, 1986.

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

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

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 à lei 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 reconstitutiva, guiada por princípios, a qual não está objetivada enquanto tal, no texto da lei.<sup>6</sup> 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 juízes 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, estremeçeram 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 nexo 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".<sup>7</sup>

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 cosmovisões 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 regras, 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 detida, 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, para a segurança jurídica, na medida em que ela é garantida na base 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 Macpherson<sup>8</sup> 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 leis, 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.

22/11/51



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 uniformizados. 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 poderiam ter garantido a legitimidade da legalidade na medida em que 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” positivado. 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...*”<sup>9</sup> 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 contém 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.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> 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. Inclui-se 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.<sup>14</sup> 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

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 exequibilidade ou de aceitação; a assimilação do direito penal a formas do controle social. A substituição da execução da pena estatal através de convênios privados, o acordo negociável entre criminoso e vítima, e fatos semelhantes, fortalecem a "erosão das normas" e a tendência a uma questionável "orientação pelo consenso".<sup>15</sup> 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 frequentemente 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 subistemas 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. A cada mudança de governo, novos interesses tornam-se maioria, atingindo, por exemplo, o direito tributário, da família ou do aluguel.

13 R. Ogorek. *Richterkönig 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.

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



1. 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 sistêmicas. 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".<sup>16</sup>

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.<sup>17</sup> 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 controvérsia conduzida no início dos anos 50 pelos protagonistas Ernst Forsthoff e Wolfgang Abendroth, e que tinha como tema

o Estado de direito e o Estado social, reflete o trabalho de elaboração das experiências históricas vividas na época do regime nazista.<sup>18</sup> Essa controvérsia situa-se na linha de debates realizados outrora, durante a época de Weimar, entre Carl Schmitt, Hans Kelsen e Hermann Heller.<sup>19</sup> 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 transportar 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*".<sup>20</sup>

A fraqueza 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.). *Rechtstaathlichkeit und Sozialstaatlichkeit*. Darmstadt, 1968.

19 I. Maus. *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*. Munique, 1980.

20 R. S. Summers, Lon Fuller, Stanford, 1984, 33ss.

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.

Estado social, poderia ser rebinada para o formato de uma forma legal, há muito tempo solapada, sem renunciar ao compromisso do Estado social.<sup>21</sup>

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 Forsthoft, o direito regulador do Estado do bem-estar social continua sendo um corpo estranho, uma vez que pouco adiantam compromissos de fórmulas.<sup>22</sup> 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 estojo 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

Entretanto, 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

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.<sup>23</sup> A justiça preenche os espaços ampliados de sua área de decisão com programas de leis e representações 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 iênue 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

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

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

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

apenas segundo o padrão clássico do processo do tribunal civil, que subsume o caso a normas.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> Dissolveu-se a hierarquia que havia entre norma básica e simples lei, do mesmo modo que o caráter regulador dos direitos fundamentais.<sup>26</sup> 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".<sup>27</sup>

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.

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 conservadoras são motivadas geralmente pela desconfiança em relação a um legislador parlamentar que pode ser seduzido demagogicamente. Essa posição é um reflexo da linha de argumentação 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 majorias irrefletidas, amedrontadas ou violentadas, incapazes de vislumbrar o direito".<sup>28</sup> 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".<sup>29</sup> 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-aristotélico, confirma as suspeitas de Weber, segundo as quais a desformalização do direito abre a porta para orientações materiais discutíveis, cujo núcleo é irracional.<sup>30</sup>

Os advogados desta prática judicial jusracionalista 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 embutido em contextos de ação históricos e concretos. Os neo-aristotélicos, 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.

a diferença que Kant introduzira entre questões de fundamentação e questões de aplicação, e reduzindo as abordagens morais ao nível de considerações inteligentes.<sup>31</sup> 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 proporcionalidade) 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-aristotelismo 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 *obrigatórias 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 Neoaristotelismus?", in W. Kuhlmann (ed.), *Moralität und Sittlichkeit*. Frankfurt/M., 1986, 38ss.

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

#### I

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 manietado 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 legitimção 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 descuidamos 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. Oriundos da tradição kantiana, eles se distinguem de acordo com os modelos que

tomam para explicar o processo da formação imparcial da vontade.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup> 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.<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup>

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 reagir à necessidade de fundamentação resultante da positividade 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 para explicar como é possível julgar algo sob o ponto de vista moral 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. Neles, 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.<sup>36</sup> Além disso, a fraqueza cognitiva vem acompanhada de uma fraqueza 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 juízes tornarem-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 surgiram, caso ficassem entregues a uma regulação do comportamento puramente moral. Nesse contexto, K.-O. Apel destaca os problemas da imputabilidade de uma moral universalista pretensiosa.<sup>37</sup> 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.

Caraterísticas importantes do direito positivo tornam-se compreensíveis, quando o entendemos pelo ângulo da compensação pelas fraquezas da moral autônoma. Expectativas de comportamento juridicamente institucionalizadas adquirem *força vinculante*, quando acolhidas 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.

estruturado sistematicamente, alivia as pessoas privadas do esforço exigido na solução moral de conflitos de ação. Finalmente, o direito positivo deve as suas *características convencionais* ao fato de entrar 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: diferenciando as 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 sub-reptícias introduzidas sistematicamente. Tais efeitos não se desenhavam 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 juízos que eliminam pontos de vista normativos em benefício de exigências funcionais subentendidas. 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 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.<sup>38</sup> 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 maiorias 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 polêmicas, 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.<sup>39</sup> 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 consequências, 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 nexo interno com bons argumentos. E as estruturas de racionalidade, exploradas com intenção reconstitutiva, 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 reinterpretação 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 vertida 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.<sup>40</sup> Numa linha funcionalista, ele explica a prática de decisão

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.<sup>41</sup> 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 empirista. O direito adquire esta capacidade através de diferen-

41 Luhmann, (1981), 73ss.

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

ciações, na medida em que se separa, de um lado, das normas morais alheias ao direito ou fundamentadas no direito racional e, de outro, na medida em que se torna independente da política, portanto da legislação e da administração. Ele se estabelece ao *lado* de outros sistemas, como um sistema parcial funcionalmente especificado que se reproduz a si próprio, operando de modo auto-referencial, isto é, que só elabora informações exteriores na medida do próprio código. Entretanto, esta autonomia sistêmica tem um preço, que o sistema jurídico paga através do paradoxo que se manifesta na “*regra de reconhecimento*” (*rule of recognition*), descrita por Hart: aquilo que, visto de fora, é fato social, característica emergente ou prática costumeira, contingente, passa a ser critério convincente da validade, quando visto a partir de dentro. Nisso se reflete o seguinte paradoxo, embutido nos fundamentos da validade do direito positivo: se a função do direito consiste em estabilizar expectativas de comportamento generalizadas, como é que essa função pode ser preenchida por um direito vigente modificável a qualquer momento por uma simples decisão do legislador político? Por isso, o próprio Luhmann não pode deixar de procurar uma resposta à questão: como é possível a legitimidade através da legalidade?

*ad (c)* Um sistema jurídico diferenciado não pode romper a circularidade própria dos códigos jurídicos autônomos — segundo a qual só vale como direito aquilo que é estabelecido juridicamente como direito —, recorrendo a argumentos legitimadores situados fora do direito. Se o direito tem que ser aceito como válido, independentemente do fato de ele, enquanto direito positivo, só valer até logo mais, então, a ficção do direito correto tem que ser mantida entre os destinatários do direito, obrigados à obediência, e entre os especialistas, que administram o direito de modo não cínico.

Neste ponto, Luhmann desenvolve uma interpretação interessante da legitimação obtida através de processos.<sup>42</sup> Com relação aos destinatários, os processos institucionalizados da aplicação do direito vigente existem para inibir o desejo de conflito dos clientes, absorvendo as decepções. No decorrer de um processo, as posições são especificadas de tal maneira com relação ao resultado visado, os temas conflitivos perdem a tal

42 Luhmann. *Legitimation durch Verfahren*. Neuwied, 1969.

ponto a relevância que têm no mundo da vida, sendo reduzidos a pretensões meramente subjetivas, “que aquele que tenta oferecer resistência é isolado como indivíduo e despolitizado”.<sup>43</sup> Não se trata, pois, de produzir um consenso, mas da impressão exterior de que existe uma aceitação geral, ou de que é provável a suposição desta aceitação. Do ponto de vista da psicologia social, a participação em processos jurídicos tem algo de desconcertante, pois gera a impressão de que os decepcionados “não podem apelar para um consenso institucionalizado, pois são obrigados a aprender”.

É evidente que tal explicação só vale para leigos, não para os especialistas em direito, que o administram na qualidade de juízes, advogados ou promotores. Os juristas, que elaboram casos jurídicos e que se orientam cada vez mais pela eficácia, conhecem o seu espaço de atuação e sabem que os prognósticos são inseguros e os princípios ambíguos. Se apesar disso, o uso oficial do direito deve manter a fé na legitimidade do direito, os processos jurídicos têm que ser interpretados pelos iniciados como institucionalização de deveres de fundamentação e de argumentação; quanto aos clientes, eles interpretam esses processos de modo diferente. Os argumentos existem para que os juristas possam entregar-se à ilusão de que não estão decidindo a seu bel-prazer: “*Cada argumento diminui o valor de surpresa de outros argumentos e, em última instância, o valor de surpresa das decisões*”.<sup>44</sup> Uma argumentação pode ser descrita desta maneira, sob pontos de vista funcionalísticos; porém Luhmann pensa que ela se resume nisso, pois ele não acredita que os argumentos tenham uma força racional motivadora. No seu entendimento, não existem bons argumentos capazes de decidir sobre a fragilidade de argumentos ruins; a argumentação apenas cria a impressão de que “os argumentos justificam as decisões e não (a coerção para) as decisões os argumentos”.<sup>45</sup>

43 Luhmann, (1983), 264.

44 Luhmann. *Die soziologische Beobachtung des Rechts*. Frankfurt/M., 1986, 35.

45 *Ibid.*, 33 (O acréscimo é meu).



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 sistêmica<sup>46</sup> não deve ir tão longe, a ponto de ameaçar a identidade do próprio direito. Tal ameaça concretizar-se-ia, caso o sistema do direito substituisse simplesmente sua autocompreensão dogmática por uma análise do sistema, compreendida a partir do exterior. A internalização de uma descrição neutra, desenvolvida no estilo de Luhmann, acarretaria a dissolução cínica 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 "superpolitização" 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 Forsthooff, 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.<sup>47</sup> 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-ilusão 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.<sup>48</sup> A crítica casuística pode ser resumida numa

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

48 R. W. Gorden. "Critical Legal Histories", in *Stanford Law Review*, 1984, 57ss. R.M. Unge. *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, imiscuem-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 autocrítico 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 tribunais<sup>49</sup> 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*".

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

*no passado e venham a ser justificadas no futuro...*"<sup>50</sup> Entretanto, esta verdade traz à tona suposições de racionalidade, as quais continuam praticamente eficazes, enquanto puderem funcionar como medidas contrafáticas e apelar para a crítica e a autocrítica 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.<sup>51</sup>

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*".<sup>52</sup> 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, *Einführung in die Staatslehre*, Opladen, 1981, 38-39.

51 F. Michelman, (1986).

52 Luhmann, (1986), 26.

Tudo indica que o conceito de autonomia sistêmica, 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 levamos 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.<sup>53</sup> 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 europeia, 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. E 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".<sup>54</sup>

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 reconstituído 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 cargos, 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.<sup>55</sup>

## 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.<sup>56</sup> 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 relíquia 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-imperativa. 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 ocasiões 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.<sup>57</sup> 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 feitiçaria.<sup>58</sup> 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 reconstituição de uma ordem estremecida. Essa ordem, feita de simetrias e reciprocidades, estende-se não somente às

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

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

pessoas 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 tornou 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 tornam 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.<sup>59</sup>

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 dirimir 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

59 L. Pospisil, *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 consequência, 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, misturando 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,<sup>60</sup> porém eu me interesso, em primeira linha, pelo esclarecimento teórico. Somente as cosmovisões que se tomam 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 *noossos* 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, desaparecem 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.<sup>61</sup> 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 duas 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-affirmação. 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, desacoplada de cosmovisões. 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, cai 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, fundamentado autonomamente, deve assumir o lugar vazio deixado pelo direito natural metafísico-religioso. Com isso, modifica-se a função mediadora 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 noumenon* (como simples idéia), justificada pela razão, a qual deve ser copiada, do modo mais fiel possível, pela *res publica phainomenon* (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.<sup>62</sup>

### 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-

riisticamente. 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.<sup>63</sup> 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”.<sup>64</sup> 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.

torrou-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.<sup>65</sup> 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".<sup>66</sup>

Eu retomo este desenvolvimento, que certamente não é típico apenas da Alemanha, porque ele permite estudar, numa dupla perspectiva, a criação 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 Citação extraída de I. Maus, "Entwicklung und Funktionswandel des bürgerlichen Rechtsstaates", in M. Tohidipur (ed.), *Der bürgerliche Rechtsstaat I*, Frankfurt/M., 1978, 13ss.

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 *due process* apresentou-se como modelo unitário de interpretação, aplicação 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 acontece 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.<sup>67</sup> 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. Maihofer (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”.<sup>68</sup> Todavia, o próprio Kant contribuiu para que surgissem e se confundissem dois significados inteiramente diferentes de universalidade da lei: a universalidade semântica da lei geral 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 escla-

<sup>68</sup> I. Kant. *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, § 46.

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.<sup>69</sup>

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 filosófica<sup>70</sup> revela que os atos de interpretação nos quais se aplicam regras estão entrelaçados indissolivelmente 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

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

<sup>70</sup> J. Esser. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtssprechung*. Frankfurt/M., 1972.



respeitar ao *fundamental* 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 Günther<sup>71</sup> 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 Estado 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

71 K. Günther. *Der Sinn für Angemessenheit*, (1988).

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.<sup>72</sup> 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.<sup>73</sup>

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.