

**Universidade de Brasília - UNB
Instituto de Ciências Humanas - IH
Departamento de Filosofia - FIL
Curso de Filosofia - Bacharelado**

ELOY CARVALHO DINIZ

DIREITO OU DEMOCRACIA

BRASÍLIA

2011

**Universidade de Brasília - UNB
Instituto de Ciências Humanas - IH
Departamento de Filosofia - FIL
Curso de Filosofia - Bacharelado**

ELOY CARVALHO DINIZ

DIREITO OU DEMOCRACIA

**Dissertação Filosófica apresentada como
requisito para obtenção do título de bacharel
em filosofia da Universidade de Brasília, sob
a orientação do Professor Dr. Erick Calheiros**

BRASÍLIA

2011

RESUMO

Este trabalho objetiva debater e problematizar o discurso hodierno sobre a fundamentação e legitimação do Estado Democrático de Direito, demonstrando a relação de complementaridade entre racionalidade filosófica e jurídica, e o vínculo desses saberes com a padronização lógico-argumentativa, precipuamente no contexto jurídico, demonstrando a imbricação jurídico-institucional para o controle lingüístico, ligado às condições factuais de poder.

Palavras-Chave: direito, razão, legitimidade, democracia, linguagem.

ABSTRACT

This paper aims to debate and problematize today's discourse on the justification and legitimization of the democratic rule of law, demonstrating the relationship of complementarity between legal and philosophical rationality, and the relationship of this knowledge with the standardization logical-argumentative, primarily in the legal context, showing the legal-institutional imbrication for the linguistic control, related to factual conditions of power.

Keywords: law, reason, legitimacy, democracy, language.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	05
1. DIREITO E RACIONALIDADE.....	09
1.1 Direito.....	09
1.2 Racionalidade.....	18
2. EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA.....	31
2.1 Pêndulo Jurídico.....	31
3. LEGITIMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO.....	35
3.1 Legitimação do Estado Moderno.....	35
3.2 Contratualismo Transcendental.....	46
3.3 Legitimação Discursiva.....	53
3.4 Democracia e Jurisdição.....	64
4. DIREITO OU DEMOCRACIA.....	71
4.1 Inabilitação Ético-Discursiva.....	71
4.1.1 Suicídio ou Silêncio.....	81
4.2 “Direito e Hierarquia”.....	84
CONCLUSÃO.....	98
REFERÊNCIAS.....	103

INTRODUÇÃO

O problema da legitimação do Estado e mais especificamente do direito ocupa atualmente o centro do debate político-jurídico. O projeto iluminista que pregava a autodeterminação do indivíduo não somente enquanto sujeito constitutivo duma racionalidade atingível individualmente e reconhecida intersubjetivamente, como também dum Estado pactuado, é hoje retomado sob outras fundamentações, num contexto pós-metafísico, em que tanto os direitos naturais quanto o discurso de legitimação calcado em capacidades intuitivas são contestados.

Entretanto, o projeto iluminista perdura no discurso filosófico e jurídico. O Estado de direito hodierno tem como fundamento do seu agir a soberania popular, é, pelo menos discursivamente, um Estado democrático, diz-se garante das liberdades individuais precípuas que permitem a preservação dos cidadãos enquanto seres autônomos e iguais, privilegiando o caráter pluralístico da representação e assegurando a coexistência dos diversos modos de vida e linguagens presentes na tessitura social. Cabe, pois, ao direito, servir de mediador desses interesses, permitindo que as metasociais e individuais possam coexistir, criando-se uma unidade.

O presente estudo não parte desse ideal legitimador do direito, fazendo uma análise distinta. Primeiramente não concebe a sociedade como sistema macroscópico pressuposto pela sociologia clássica, tomando a conjuntura social como unidade orgânico-funcional e o direito como integrador pós-metafísico dessa unidade. Desse modo, o controle jurídico institucional aqui salientado não está vinculado ao discurso jurídico tradicional, que fundamenta sua atuação em princípios de igualdade e liberdade e em seu papel ordenador e protetor dos interesses públicos. Ademais, mesmo que existam práticas de controle ou uma ideologia hegemônica que se repete no *modus procedendi* das instituições, tomar-se-á como objeto de estudo nesse trabalho o direito em sentido estrito, enquanto subsistema - o subsistema jurídico e sua atuação pelos agentes especializados dos tribunais - analisando sua linguagem e mecanismos regulamentadores.

A escolha pelo sistema jurídico se justifica por manifestar explicitamente mecanismos de sujeição, de dominação e correção lógico-argumentativo, é um sistema procedimental completo que se processa formal e materialmente, se impõe não só por meio dum discurso legítimo racional, mas, sobretudo, por meio duma violência que ataca o sujeito em sua totalidade corporal e espiritual. O sistema do direito pode ser tomado como um tipo ideal que talvez aponte para práticas sócio-institucionais disciplinares a ele assemelhadas.

Não obstante, mesmo que sejam observados alguns fenômenos de desformalização do direito, seja permitindo as partes estabelecerem vínculos contratuais, seja pela limitação dos bens jurídicos, não regulamentando todas as relações sociais, seja pela interferência de outros sistemas, exigindo a assimilação doutros valores sociais, o direito assumirá nessa abordagem sua vocação totalitária, servindo de aparato instrumental disciplinar que limita a ação voluntária dos agentes tanto para feitura dum contrato (limitando o objeto e a forma), quanto direcionando as condutas e práticas sociais (ao estabelecer cânones legais que disciplinam as condutas em geral), e pelo modo que, imbricado aos valores sociais vigentes, garante a unificação mediante uma disciplina coercitiva hierarquizada.

Dessarte, o modo que se toma o termo 'direito' nesse trabalho; justificado pelo caráter aberto da semântica, podendo os termos assumirem diversos significados conforme o jogo lingüístico em que estão inseridos; não atende a uma concepção aberta, a uma 'extensão alargada' que alberga os múltiplos jogos jurídicos, o direito está vinculado a um cânone estatal responsável pelo surgimento da unidade em meio a pluralidade, vinculado ao poder institucional hierarquizado, sendo critério de correção do pensamento e linguagem jurídica, opondo-se a outras formas de solução conflitiva e de homogenização lingüístico-racional.

Foucault (2006, *passim*) também buscara analisar esses modos de reprodução social, o modo em que regimes de verdade são estabelecidos por meio de estratégias de dominação. Buscara, entretanto, pensar não na maneira como tal paradigma era estabelecido verticalmente, mas como era recepcionado nas extremidades, nas relações mínimas de poder. Aqui se tem dois objetivos diferentes: primeiro pensar na relação de dominação de maneira vertical, em como se estabelece o controle de racionalidade que

está centrado na figura do rei (ou filósofo) e no modo que esse controle institucional garante uma unidade lingüístico-racional antidemocrática (o problema levantado tem um fundo semântico, quer vincular o critério de correção lingüístico a práticas políticas, quer demonstrar como a práxis do tribunal estabelece o sentido duma unidade lingüística mínima, a palavra, e que a racionalidade nada mais é que repetição dum padrão previamente estabelecido por um senhor, absolutamente estranho a concepção duma sociedade aberta de interpretes); segundo, não se pretende demonstrar o modo em que o meta-discurso filosófico legitima a prática estatal, mas sim o modo em que o discurso se imbrica ao poder político estatal para gerar uma semelhança entre o que é de fato e o que é de direito, ou seja entre o que se exige e obriga *a latere* duma justificação, que apela ora para mitos intuicionistas, ora para mitos contratualistas.

O problema do pêndulo objetiva descrever exatamente este cenário em que nem um apelo a teses transcendentais ou a modelos contratuais dão conta da complexidade social, tornando-se incapazes de gerar uma unidade discursiva, seja firmada numa racionalidade subjetiva, seja numa legitimação intersubjetiva do discurso, incapazes de assimilar as idiossincrasias dos sujeitos e grupos sociais, bem como das peculiaridades histórico-institucionais que determinam o modo de reprodução dos saberes e das linguagens.

Assim, mesmo teorias filosóficas com pretensões democráticas e universalistas; apelando para modelos procedimentais ‘imparciais’ ou que objetivam garantir o equilíbrio entre os agentes, mediante a participação de todos os interessados num ambiente juridicamente controlado, objetivando solucionar o problema da legitimação do Estado de Direito, seja na velha roupagem epistêmica (intuicionismo x coerentismo), seja na nova roupagem jurídico-política (direito subjetivo x direito objetivo); são contestadas em face duma impossibilidade de síntese do complexo sistema lingüístico-social, tendo por fundamentação uma ontologia negativa que aparta o caráter consensual e integrador da linguagem.

A assunção duma ontologia negativa que justifica a complexidade ôntica das linguagens e dos sistemas sociais, dentre eles o jurídico, exigirá do direito um exercício regulamentar que se desprende da justificação moral, demonstrando a impossibilidade do cumprimento das condições duma ética discursiva, obrigando a aplicação de imperativos sancionadores de maneira hierárquica para se garantir a unidade e integração do sistema jurídico e social.

Esse trabalho, dessarte, terá como fio condutor a problemática do pêndulo jurídico, que descreve a oscilação dos modos de legitimação do Estado; antecedido por uma análise do termo ‘direito’ e o sentido em que será utilizado nessa abordagem; a tentativa de legitimação no Estado Moderno, seguindo-se a mudança paradigmática duma justificação epistêmica à política, e a apresentação dos diversos modelos procedimentais que objetivam garantir a racionalidade do multifacetado e complexo lingüístico da sociedade e do direito. Por fim, apresentar-se-á a problematização dessas teses utilizando-se duma justificação ôntica e ontológica da linguagem e de seu caráter precário e não consensual.

1. DIREITO E RACIONALIDADE

1.1- Direito

O direito enquanto fenômeno histórico social; emergente dum contexto vital que o agrega em suas praticas, seja em sua fundamentação e legitimação, seja em seus meios de efetivação pragmático-institucional, ou nos fins sociais que objetiva; pode ser analisado em diversas perspectivas, sob múltiplos aspectos.

O direito perpassa diversos âmbitos sociais; pensando-se na produção normativa hodierna, analisando não somente pelo primado dum direito público, com seus subsistemas do direito constitucional, administrativo, penal, tributário, econômico, processual, ou do direito privado e seus subsistemas, direito civil, empresarial; poder-se-ia observarem-se práticas jurídico-normativas em diversos sistemas outros que não só os que possuem sua diretriz regulada pelo Estado, ou com produções normativas que perpassem necessariamente por um legislador constitucional.

Sociedades que não conheceram o direito estatal centralizado não poderiam ser ditas sociedades pré-jurídicas (Cunha, 2005, pp.54-55), ou ainda sociedades que não encontraram um desenvolvimento jurídico suficiente, aderindo-se assim a um ponto de vista evolucionista do direito. Dessarte, o direito poderia ser pensado para além das regulamentações do Estado, para além da própria existência estatal, o que acabaria por implicar indubitavelmente numa escolha entre o paradigma estatal e um paradigma social mais amplo.

Quando se pensa no primeiro paradigma tratam-se as diversas fontes normativas pré-estatais ou para-estatais como um pré-direito, uma sociedade que é regulada por regras morais, em que a imbricação entre ser e dever-ser formam uma unidade totalizante, em que mesmo fenômenos naturais encontram-se vinculados a ações humanas valorativas; são compreendidos como atos de sanção ou premiação, ou como um não-direito, ações que não geram condutas obrigatórias, que não passam por um processo de produção normativo formal, não são nem legais, nem legítimos, estão fora do cânone que assegura tanto uma dominação legítima racional (Weber, 2004, pp.139-

147), quanto protegida por procedimentos que albergam valores como igualdade e liberdade, são, pois, não só ilegais como também irracionais e este controle de legalidade e racionalidade deve passar necessariamente por essa estrutura formal-valorativa regulamentar, centralizada e universalizante.

Quando se pensa no segundo paradigma, num direito imbricado a outras práticas normativas, certamente se perde em intensão - abandona-se todos os esforços essencialistas do positivismo jurídico (Kelsen, 2003, pp. 1-2), sua tentativa em conceituar o direito de modo estrito e distingui-lo da moral e da política de modo a obter um conceito de direito puro, abrindo mão dos elementos formais, da exigência duma metodologia procedimental rígida, dum poder que centraliza o *ius puniendi*, que edita sistematicamente e hierarquicamente as normas etc - ganha-se, contudo, em extensão.

Desse modo um conjunto maior de fatos e ações ganham estatuto jurídico, os agentes jurídicos podem ser multiplicados, os modelos de aplicação do direito, suas instituições, seus agentes, sua racionalidade e linguagem estarão concatenados à totalidade das práticas sociais, à cultura, ao 'mundo da vida' (Habermas, 2003, pp. 40-41), ao conjunto de valores que emergem dum determinado grupo e nesse 'conjunto' direito, seguindo essa definição ampla, tornar-se-ão 'objetos' diversos fatos e atos, não somente o direito proferido pelo Estado.

Nesses termos o direito poderia ser dito democrático, incluindo-se em seu conceito diversos modos de compreender e viver o fenômeno jurídico. O direito assim compreendido seria observado mesmo nos recôncavos em que o direito formal não penetra, para além do 'espaço lógico' do direito canônico, que não reconhece certos agentes - incapazes, desiguais – e seus modos de mediação conflitiva.

Outrossim, poder-se-ia hiperbolicamente incluir outras práticas não concebidas como efetivamente jurídicas, tais como as práticas pedagógicas, epistêmicas, éticas (Foucault, 2006, 182-183). O direito abrangeria uma diversidade de fenômenos normativos, perpassando relações contratuais mínimas, modelos de autotutela, de mediação, em que se incluem relações intersubjetivas até mesmo domésticas, até

mesmo em 'jogos pueris' (as crianças julgadas incapazes pela normatividade estatal fariam parte enquanto atores dessa vivência jurídica) .

A infinidade de jogos jurídicos seriam expressos numa infinidade de linguagens, de acordo com uma infinidade de vivências, num fenômeno tão lato que traria uma impossibilidade até mesmo de definição, ter-se-ia entre um fenômeno jurídico e outro uma semelhança de família (Wittgenstein, 1999, p. 52) não existiria, dessarte, uma definição do que é direito, ou um direito em si, em sua pureza.

Mas o discurso jurídico atual não abraça mão de sua formulação histórica tradicional, ou seja, de sua vocação centralizadora, de modo que as querelas teóricas sobre a atuação e limites do direito têm como fundamentos os princípios de direito natural; universalista e racional, garante incorruptível da igualdade, liberdade, dignidade, vida, propriedade; ratificados num sistema de direito positivo, manifesto pela emanção normativa por um corpo legislativo, pela aplicabilidade e exigibilidade das leis por um poder administrativo-policial, e pela solução conflitiva por juízes naturais com domínio técnico para o exercício do cargo, ou seja numa estrutura burocrático-funcional.

A escolha por essa abordagem jurídica centralizadora e universal, evoca do direito certas funções sociais integradoras e reguladoras (Arnaude, 2000, 145-148), em que a coexistência de modos distintos de direito torna-se contraditória (o sistema social, qual a lógica, e qual a estrutura da própria linguagem do direito não pode conceber a contradição, a desordem), dando-se origem a uma estrutura funcional idealizada, a um único modo de resolução conflitiva, a um único modo de distribuição de papéis, a preponderância de valores e bens jurídicos entre muitos outros, a exigência de certos tipos de conduta em detrimento de outras, a valorização de certos saberes em detrimento de outros, a existência de mecanismos de controle que permitam que a pluralidade, entendida como anárquica, anômala, possa ser controlada, integrada, corrigida.

Para tal o direito conta com proposições hipotéticas do tipo “se x então y”, em que a variável 'x' é o conjunto das condutas ilícitas, anti-jurídicas, irracionais, ilegais ou ilegítimas e 'y' é o conjunto de medidas pedagógico-punitivas que devem ser aplicadas aos criminosos, delinquentes, atávicos e loucos, indisciplinados. Essa medida de

adestramento comportamental não é a única nem talvez a mais eficiente para controlar as condutas desviantes (Foucault, 1999, pp. 118-119), afinal acaba por atingir sobremaneira os corpos e supervalorizar a punição, enquanto o foco do disciplinamento jurídico não é simplesmente o corpo, mas alma, não se quer apenas jogar a peça defeituosa fora, mas tentar fazer com que seja amoldada, e se existir falhas concertada (essa função de prevenção geral positiva tem sido esquecida pelo menos pelo no que se denomina *ultima ratio*, a ultima medida imperativa para a domesticação do sujeito - o direito penal - de modo que a política criminal passa a direcionar-se em suas ações a uma prevenção geral negativa, inflacionando o número de condutas penais típicas e abandonando-se a pretensão de reintegração do preso ao convívio social mediante tratamento pedagógico, optando-se pela simples apartação social por meio de medidas restritivas de liberdade).

Deste modo, o direito não assume caráter somente punitivo, mas também reforça certas condutas eleitas pelo sistema jurídico tal como abordado na teoria normativa de Hart (2007, pp. 45-47), dividindo as regras em primárias, que estabelecem deveres e cominam sanções, e outras não imperativas, que dependem da vontade dos sujeitos, tais como as regras contratuais e as de competência, chamadas de regras de reconhecimento. O reconhecimento se dá no momento em que sujeitos livremente internalizam e agem conforme as prescrições normativas. As condutas voluntárias não ajustadas ao modelo normativo não são punidas, mas não reconhecidas pelo mundo jurídico. No caso dum contrato não poderia a parte vincular-se a outra obrigatoriamente caso não cumprisse com os preceitos legais que lhe dão validade. O sistema jurídico assegura certas vantagens por isso pode ser voluntariamente reconhecido pela sociedade – é a mesma argumentação hobbesiana (Hobbes, 2002, pp. 101-104) que opõe o contrato social ao estado de natureza.

Na teoria hobbesiana o reconhecimento é maior, está vinculado mais proximamente aos interesses daqueles que tem competência institucional; daqueles que exercem o poder de soberania, dos que tem pelo sistema a competência institucional que lhes assegura a autoridade e a efetividade dos próprios valores; e esse vínculo de reconhecimento dá existência ao direito, torna as normas mais que imperativos hipotéticos, que não se efetivam na realidade, já que não estariam no mundo se ninguém os seguisse minimamente, as tornam hábitos jurídicos firmados pelas instituições do Estado.

Dessarte, o direito conta com mecanismos de premiação de certas condutas, de certos discursos, de certas ações, garantindo-se não por meio duma hegemônica violência corporal que se efetiva com penas restritivas de liberdade ou propriamente corporais, mas por meio duma premiação cultural, duma pedagogia limitativa e retributiva que objetiva extirpar o que se entende por subcultura ou comportamentos desviantes (não por acaso eleitos, visto que atendem interesses de grupos dominantes, mas verdadeiramente não necessários, sendo escolhidos de maneira pragmaticamente justificável – numa racionalidade instrumental). O estímulo social se dá exatamente pelo modo em que o sujeito corresponde às expectativas sociais, ao adequar-se a certas funções pré-estabelecidas, sustentando a crença na possibilidade de acessar e gozar minimamente dalguns bens juridicamente tutelados, de ter assistida algumas demandas necessárias à sobrevivência, de ter uma ascensão social por meio dos seus esforços e talentos pessoais, utilizando-se dos meios legais para consecução desses fins - o direito liberal que sustentava tal discurso tão só garantindo formalmente tais direitos, mostrara-se incapaz de tornar efetiva a realização duma 'justiça substancial' (Bobbio, 2004, pp.663-664), dando acesso universal aos bens juridicamente tutelados, daí o surgimento do assistencialismo estatal, do Estado de bem estar social que discursivamente promete aos sujeitos de direito uma proteção que preserve sua dignidade, objetivando atender minimamente as perspectivas sociais dum grupo que poderá 'futuramente' vir a gozar daqueles bens prometidos).

O direito pode ainda ser compreendido como totalidade disciplinar (Foucault, 2006, p. 8), como procedimento regulamentador emanado por um só eixo, que objetiva reger até mesmo as condutas ilegais ou condutas que poderiam comprometer a estabilidade social, mantendo-se dessa maneira a previsibilidade garante das expectativas sociais, fazendo com que a estrutura jurídica se dilate *ad infinitum* de modo a proteger o bem mais precioso - a segurança jurídica. Assim, alguns atos de subversão a regra são incorporados e reconhecidos pelo sistema enquanto negação, enquanto não direito, como conduta ilícita, outros, outrora tidos como anti-jurídicos, passam por uma mediação regulamentar procedimental (pense no direito de greve *v.g*) de maneira que nada escape ao seu controle, de modo que mesmo as condutas que estariam para além das possibilidades do direito tornem-se jurídicas, que sejam previsíveis e controláveis.

De outro modo, ao lado desse universalismo estatal, poder-se-ia conceber o direito dum modo menos abrangente, menos inflacionado, poder-se-ia compreendê-lo como um subsistema social dentre tantos outros, com sua linguagem e racionalidade restrita, com suas próprias regras e ações, com seus agentes e instituições limitados. Nessa outra escolha, do mesmo modo numa concepção universalista, parte-se do ente estatal que abarca em sentido estrito os fenômenos jurídicos, não se incluindo a estrutura “político-jurídica” do crime organizado ou numa comunidade periférica, mas sim o subsistema direito enquanto emanção de normas gerais de conduta reconhecidas pelo poder estatal, pelo legislador constitucional, pelo corpo burocrático dos tribunais.

O direito é abordado nessa vertente como um sistema autopoietico (Luhmann, 1983b, 18-21) , possuidor duma racionalidade própria, com linguagem e agentes limitados, com fundamentação e fins justificados internamente, estabilizando-se com meio externo de modo seletivo; bem como possuidor de mecanismos de adequação que se transformam conforme a necessidade adaptativa, de modo que em sua estrutura se altere parcialmente, sem contudo, mudar seu núcleo, sem variar os valores e práticas fundantes.

O subsistema jurídico faria parte duma rede macro-sociológica, relacionando-se com diversos subsistemas que atuam de forma relativamente independente sem, entretanto, atender a uma estrutura supra-sistêmica, diretriz integradora das funções sociais, orientando a sociedade a fins comuns de modo racional e democrático, vinculado a uma coerção transcendental fraca ou mesmo a valores tradicionais reproduzidos no mundo da vida.

Tal desintegração justificar-se-ia pelo aumento da complexidade social; pela divisão do trabalho, pelo fracionamento do saber tradicional em ciências específicas, pela formação de grupos identitários cada vez mais heterogêneos. A compreensão funcionalista tradicional, que assume aprioristicamente um modelo organicista teleológico (Luhmann, 1983a, pp. 22-23), passa a não 'figurar adequadamente' uma realidade em que as metas sociais não apenas são múltiplas, mas até mesmo contraditório. O apelo a uma instância superior integradora apresenta-se como idealização metafísica, como pressuposto dum modelo normativo e não descritivo.

Desse modo cabe ao judiciário a função específica de estabilização dos comportamentos (Luhmann, 1983a, pp. 57-58) e das expectativas sociais mediante um procedimento que legitima a decisão do magistrado, tendo como pressupostos axiológicos o reconhecimento desse domínio de conteúdo normativo-dogmático, garantido por uma autoridade epistêmico-jurídica imparcial, em que se exige a observância equânime dos argumentos apresentados pelas partes, desencadeando um terceiro momento de síntese decisória capaz de justificar e legitimar certas escolhas - ao explicitar-se o modo dedutivo-racional para se decidir daquelas formas não doutras. Esse é o modelo axiomático-procedimental asseverado pelo discurso jurídico para se obter a legitimidade por meio da obediência ao rito processual legalmente instituído.

Entretanto, a estabilização social prometida pelo direito nem se dá unicamente pelo reconhecimento do procedimento e da autoridade epistêmico-institucional do juiz, nem se passa propriamente pela sua argumentação racional, sobremaneira ininteligível ao leigo (aos advogados interessa precipuamente sob aspectos funcionais, não propriamente à fundamentação do conteúdo decisório, já que representam interesses parciais, não estando disponíveis à justificação, a retidão, ao acerto do *decisum*, senão ao possível acolhimento de suas respectivas teses) mas pela exigência vinculativa da decisão, ou seja, mediante o poder de império que torna seu cumprimento obrigatório, bem como obrigatório a escolha do direito estatal como meio exclusivo de solução dos litígios.

Dessarte, a justificação racional duma decisão; sabendo que essa de longe não preconiza a um agir comunicativo voltado ao entendimento mútuo (Habermas, 2004, p.118), não objetiva gerar um consenso entre as partes - não obstante hoje seja estimulado meios de composição para solução do conflito, para que as partes entrem num acordo, respeitantes as regras gerais do direito, sem, contudo, serem exigidas nessa composição justificativas ou questionar-se pelo melhor argumento, o que se busca é atender uma necessidade prática em face duma prestação jurisdicional que não acompanha a dinâmica social, tornando-se cada vez mais intempestiva; acaba por servir como argumentação a um número menor de partícipes, àqueles que possuem poder institucional de decisão, aos juízes, não para que tentem justificar aos seus pares ou as partes que devem cumprir seu imperativo, mas para os que lhes são superiores, que têm capacidade de retificar ou ratificar sua decisão, se dirigem, pois, a esfera recursal

que pode corrigi-lo, para que façam o reexame da causa e determinem o acerto ou não da decisão, se a decisão obedecera ou não ao padrão de racionalidade.

A racionalidade do sistema jurídico é reflexiva (Luhmann, 2003b, pp. 12-14) na medida em que tão só os partícipes integrados a sua linguagem e a sua própria lógica podem compreendê-lo e julgá-lo, a coerência do sistema jurídico só pode ser estabelecida a partir de dentro, a partir do seu próprio paradigma, na medida em que as ações e o poder de decisão e correção não estão numa esfera exterior, delegados a uma autoridade meta-jurídica, a um direito natural esquecido pela consciência pós-tradicional, pós-metafísica, sem embargos da influencia doutros sistemas que interferem em seu *modus procedendi*, impondo-lhe a observância doutros preceitos, doutros valores outrora não incorporados, sem, contudo, modificar radicalmente sua estrutura. A mudança radical dum sistema por outro só pode ser entendida por uma exigência de maneira tão radical que altere sua própria linguagem, racionalidade, que gere uma mudança paradigmática, que gere uma revolução.

A legitimidade surge da legalidade (Kelsen, 2003, pp. 233-234) ao impor a lei os procedimentos necessários para que tenha validade, incorporando ademais os princípios valorativos duma comunidade jurídica, que passa também pelo legislador constitucional e por toda ficção ideológica da democracia participativa, não conforme o entendimento vulgar da linguagem incorporada ao direito, mas segundo a hermenêutica desse círculo restrito de partícipes. A simples observância dos princípios processuais constitucionais, tais como o da ampla defesa e do contraditório *v.g.*, ou até mesmo outros com vocação ainda mais democrática, tal como a possibilidade da intervenção de terceiro interessado, como se apresenta no *amici curiae*, não são exemplos duma racionalidade mais ampla que extrapolam o limite desse 'espaço lógico', eles são reproduzidos dentro do sistema, filtrados por ele e obediente a suas formas, de modo que a legitimidade é pressuposta em decorrência desse esquema procedimental formal, só passando por crises de legitimação em face duma exigência revolucionária de transformação.

Com efeito, o direito tem sido tratado tanto pela filosofia, quanto pela sociologia sob o paradigma do direito estatal. A racionalidade e linguagem jurídica se referem a esse ente ou de modo totalizante numa teoria funcionalista, tendo como função premente a integração social, ou enquanto subsistema limitado, não traçando as

diretrizes sociais mas garantindo uma segurança jurídica por meio da estabilização dos comportamentos e das expectativas sociais, coexistindo com outros sistemas auto-referentes.

Essa escolha certamente trás como consequência o abandono do fenômeno jurídico entendido como manifestação normativa imbricada ao mundo da vida, a cultura, as múltiplas maneiras de vínculo obrigacional e de solução de conflitos possíveis intersubjetivamente. Ela limita o referencial normativo, ela cria a esfera de correção, o padrão lingüístico, a racionalidade de modo que falar sobre direito é falar sobre o direito estatal e o modo que esse se relaciona com seu exterior. O Estado passa a ter não só o monopólio do uso da força para solução conflitiva, mas ainda a ser o vértice que orienta o discurso jurídico, passa a ter o monopólio do pensamento jurídico e ser responsável por delimitar o alcance de sua atuação.

Dessarte, ao tratar-se aqui sobre uma análise do direito, entenda-se o direito que se tornara preponderante para regulação do comportamento e do pensamento (Foucault, 2006, 182-183), àquele que se tornara o referencial para o discurso e pensamento jurídico hodierno, o direito estatal. E se verdadeiramente o direito integra certos valores, tais como democracia, igualdade, liberdade, deve-se compreender o modo que o Estado toma esses valores, já que não se pode falar de 'democracia' pelo modo que os sujeitos duma favela ou duma comunidade indígena tomam esse conceito ou pelo modo que vivenciam esses valores em suas práticas jurídicas 'domésticas'.

Caso se possa dizer, ademais, que o direito passa por uma descentralização, uma democratização, numa sociedade livre de interpretes (Häberle, 2002, *passim*) deve-se pensar em como o direito tem se encarregado de assimilar os múltiplos discursos sociais conflitantes dando-lhes unidade, no modo que assimila o discurso democrático e qual semântica assume esse termo em suas práticas discursivas e decisórias, o modo pelo qual coloniza o mundo da vida encarregando-se de disciplinar as práticas sociais, e de orientar o uso da linguagem, numa pedagogia valorativo-lingüística, ou como assimila a complexidade do fenômeno e linguagem social nesse sistema fechado.

1.2- Racionalidade

Habermas (2000, *passim*) ao descrever a história do pensamento ocidental observara como a filosofia desde a antiguidade abriu mão dum saber calcado na intersubjetividade, dum saber dialógico, optando por uma aceção epistêmica e prática que outorgara o esquecimento do outro, sobrepondo-se o saber transcendental capaz de concluir sobre as regras de pensamento e de ação, chegando-se a ciência e a verdade independentemente duma convenção, sem a interferência prejudicial de incultos ou retóricos, afastando-se da *doxa*, atingindo-se um saber imutável, universal e necessário.

Mesmo numa filosofia prática, questionando-se sobre os modelos de ação, sobre o modo devido de reportar-se ao outro, essa alteridade existente pode ser dispensada, já que a ação correta pode ser apreendida por meio duma reflexão subjetiva, por meio da sabença duma moralidade transcendente, que nem mesmo habita esse mundo, que nem mesmo está reproduzida fielmente nas práticas humanas, que somente apontam a sua verdadeira forma, à sua idéia.

Esse modo de compreensão que vincula as práticas humanas a um saber verdadeiro privilegia certamente a prática teórica 'solipsística', e mesmo servindo de base para criticar o pensamento tradicional, tal como fizera a filosofia ao conhecimento mítico *v.g.*, pressupõe um lugar comum do pensamento, um fim comum que todo ser racionalmente pensante pode chegar, propõe-se ademais um método, servindo de *medium* para se chegar ao saber objetivo.

O saber é objetivamente alcançado, não obstante se percorra o caminho sozinho, o solipsismo que se estabelece nesse modelo não é o solipsismo dos fins, de conteúdo individualista, do *homo metron* de Protágoras, da impossibilidade duma verdade objetivamente compartilhada, mas o solipsismo dos meios, pois que independe duma dialética intersubjetiva (Araújo, 1996, pp. 85-87), pode-se ter uma dialética monológica, em que se supere os próprios vícios, os próprios erros, em que se perceba as contradições, em que se construa a alteridade a partir de si, em que o *medium* solipsista não compromete o conteúdo final do pensamento, sua objetividade.

Nisso difere do solipsismo dos fins, daquele que diante duma descrença na possibilidade dum saber absoluto, não pode se arrogar duma verdade privilegiada, duma objetividade imperativa atingida singularmente e ensinada *a posteriori*, que se sobreponha a uma diversidade de saberes, e por serem esses concorrentes, sem que nenhum critério seja legítimo para dizer qual é aprioristicamente verdadeiro, deve-se apelar a um meio convencional, a um debate intersubjetivo para chegar a uma conclusão pragmática sobre o melhor agir, o melhor saber, sobre qual deles é capaz de atender os interesses da maioria, sob a égide dum imperativo intersubjetivo, que é, não uma verdade, mas um consenso .

Ademais, a convenção ou contrato tem a potestade de ser local, específico, mutável, e intersubjetivo. Ninguém pode contratar consigo mesmo, assinar com uma mão e receber com a outra (Wittgenstein, 1999, 103-103), mas as leis universais do pensamento podem ser outorgadas por uma autoridade, sejam normas processuais, que estabelecem o procedimento ou métodos, ou normas de conteúdo que estabelecem os fins e as verdades objetivas.

Quando se pensa sobre os modos de se firmar tais contratos, tais convenções, pode-se também concluir pela infinidade de formas possíveis para sua implementação, poderiam ser escritos ou falados, poderiam ser bilaterais ou unilaterais, poderiam ter 'objeto determinado' ou 'indeterminado', poderiam ser tácitos; contratos, convenções estão mais uma vez ligados a um conjunto de valores e linguagens, ao modo de vida.

Mas a verdade, sob a égide dum modelo transcendental idealizado, não é necessariamente pactuada, pode ser estabelecida até mesmo por um só sujeito que a apreende, a verdade é uma revelação, não uma construção intersubjetiva, é descrição duma realidade imperativa, não uma escolha que se possa fazer, é dada, apreendida passivamente. A verdade não pode ser local, nem particular, nem mutável.

Desse modo, tal qual o pensamento deve se afastar das falácias, dos sofismas, do modo corruptível que reproduz a falsa opinião, objetivando a unidade epistêmica reveladora da verdade, também a ética, a política e o direito devem apartar-se da multiplicidade que reproduz o vício. O estado por sua vez deve apartar-se duma forma 'demagógica', versão corrompida dum modelo democrático, que longe de ser o ideal, é

preferível a uma monarquia constitucional, e mais ainda ao modelo organicista apresentado por Platão (1999, pp.146-148) , governado por uma aristocracia filosófica em que se funde o ideal epistêmico com o ideal ético-político-jurídico numa totalidade.

O dualismo platônico; enquanto síntese da oposição existente entre Parmênides e Heráclito (Reale, 1994, pp.69-70), apontando o primeiro para impossibilidade do conhecimento mediante a percepção sensível (enganosa) , e o segundo para o caráter mutável e contraditório da própria natureza; pretendo solucionar esse problema entre unidade e multiplicidade no campo da teoria do conhecimento, estabelecendo a cisão entre o mundo sensível e o mundo das idéias, em que as percepções sensíveis captam tão só a imagem imperfeita da realidade, servindo apenas de modelo mimético para a apreensão racional dos princípios ideais, e o *logos* que apreende as verdades imutáveis; serve ainda para solucionar a tensão existente entre a pluralidade ético-político-jurídica, representada pela multiplicidade de costumes, de códigos morais, de leis, pelas distintas formas de Estado.

Tal qual existe uma verdade ideal, uma justiça ideal, também existe um Estado ideal cujo os exemplares terrenos somente se assemelham (Platão, 1999, pp.144-145), e nele mais uma vez aparece a figura heróica do filósofo, que verdadeiramente reúne as melhores virtudes do homem, o filósofo é o 'super-homem' capaz de captar dialeticamente a unidade e equilibrar a sabedoria, a coragem e a temperança, formando a aristocracia estatal e conduzindo a coletividade ao bem comum.

A multiplicidade e a liberdade democrática são vistas como anárquica, o Estado democrático se assemelha a um corpo doente, desenfreado em suas paixões, e tem encarregado de sua pedagogia justamente aqueles que ensinam a arte da persuasão, a arte de convencer e não a verdade. O seu saber é, pois, não saber, não tem objeto, é mera imitação e bajulação. Aprimora-se em incitar o vulgo com pseudo-argumentos de efeito psicológico, em atacar a emoção, as partes da alma ligadas ao prazer e não ao logos (Platão, 1972, pp.143-150) Essa oposição entre razão e paixão, entre saber e prazer, ligados ao ascetismo platônico perpetuara-se no pensamento cristão medieval e mesmo na modernidade a razão era cindida do corpo, sendo esse portador dos vícios que prejudicam o conhecimento - a razão, ou a racionalidade ocidental vigente, outorgara também o esquecimento do corpo e do prazer.

A razão platônica (Reale, 1999, 245-249) representa um sistema totalizante, seus princípios normativos explicitam tanto as leis que regem o pensamento, quanto as que levam ao bem agir singular, busca da felicidade individual, e o bem agir comum, busca da felicidade social, tudo isso num modelo Estatal ideal guiado pelos melhores humanos. Não obstante todos tenham as mesmas condições iniciais para desenvolverem suas potencialidades nesse Estado, existe uma seleção que depura os mais qualificados, os mais sábios, aqueles capazes de chegar ao nível das idéias, a contemplar as verdades, ou seja, capazes de reproduzir o pensamento platônico. Os melhores são exatamente os que correspondem ao modelo “socrático-platônico” aos capazes de chegar aonde os mestres chegaram, mediante os passos dados por eles em sua dialética.

Estas relações de complementaridade entre razão teórica e prático-jurídica se dão ainda mais estreitamente no pensamento estóico, influenciando a formulação das codificações romanas, o *Corpus Iuris Civilis*, cuja herança é patente em toda tradição jurídica ocidental. Os estóicos comparavam a filosofia ao ser vivo (Blanché, 1996, pp. 108-109), integrado em suas partes, sendo a lógica os ossos, dando a estrutura rígida e formal ao corpo, a física, a carne, e a moral a alma, estando todas em equilíbrio, seguindo, contudo, um mesmo primado normativo: a lógica possui leis que orientam o raciocínio correto, a física, as leis que ordenam a natureza, e a moralidade, as leis necessárias à orientação humana e dos animais.

Todas essas leis morais são necessárias e universais, são apreensíveis a quaisquer ser racional, e assim como existem regras imperativas que estabelecem a correção dialética (lógica), servindo de instância disciplinar ao pensamento, também existe um direito natural que estabelece as normas para o bem agir de qualquer ser racional. O direito natural passa, pois, a ser essa instância limitadora, paradigmática capaz de fazer frente a uma série de ordenamentos temporais, tem-se dessarte, a oposição entre uma *lex temporalis* e *lex aeterna*, a primeira relacionada ao caráter contingente e local dos povos a segunda ligada ao caráter necessário e universal da razão moral, fazendo frente a multiplicidade normativa da primeira, o que fora de fundamental importância ao império romano, criando uma unidade necessária pela amplidão de suas fronteiras e pela pluralidade que passara a dominar.

Somente em Rousseau (2001, pp. 20-25) romper-se-á com esse modelo de “rei-filósofo”, radicalizando o princípio democrático; agora apelando para razão humana, não mais para o sentimento, para o instinto dum “bom selvagem”; única capaz de restaurar as virtudes individuais corrompidas por uma socialização egoística, fundamentando-as numa moralidade, que não obstante preserve a qualidade natural de igualdade e liberdade é constituída mediante um pacto social, em que as vontades individuais e as necessidades particulares são superadas em prol duma vontade geral, que não vem a se constituir enquanto vontade da maioria, um consenso firmado para se atender os interesses estratégicos individualmente, senão enquanto resultante duma vontade que abre mão duma realidade particular para tornar-se uma realidade pública, um ente público.

Certamente o modelo rousseauiano supera não só o solipsismo metodológico, mas também o solipsismo ético, já que a vontade geral não pode ser dita produto singular duma consciência, mas imperativo intersubjetivamente constituído e autonomamente interiorizado. Entretanto, a unidade entre sujeito e Estado não pode ser rompida, ou seja, o vínculo intersubjetivo uma vez pactuado deve ser cumprido - *pacta servanda sunt* - de modo que a tentativa de fuga do padrão convencional é vista como atentado a própria liberdade (Rousseau, 2001, pp. 24-25), que deixa seu caráter negativa passando a ser positiva, vinculada aos padrões objetivos que instituem uma relação obrigacional; o corpo político passa a ter direito de corrigir atos contrários aos preceitos outrora estipulados, obrigando o indivíduo a atender sua nova 'natureza pública', forçando-o ao exercício dessa liberdade maior que é a liberdade estatal.

Kant (2003, *passim*) também apela para uma racionalidade prática calcada na liberdade positiva. Tal qual em sua crítica (Kant, 1996, *passim*) da razão pura (em que deslegitima a pretensão da metafísica tradicional em obter um saber numênico, demonstrando que a necessidade do conhecimento resulta duma composição entre as formas *a priori* da consciência e os dados sensíveis fornecidos pelos objetos, tomando, o sujeito, conhecimento dos dados empíricos não como são em si, mas segundo sua capacidade de apreendê-los, pelo modo que lhe aparecem - fenômeno) em que a necessidade e objetividade do saber teórico estão firmados na capacidade cognoscente do sujeito em apreender de modo similar os estímulos sensíveis dados pelos objetos, na crítica à razão prática (Kant, 2003, pp. 88-90) a objetividade é garantida por força

duma estrutura formal, existente em todo ser racional, que impõe um dever imperativo em face desse mundo exterior. A lei moral deixa de ser um imperativo público que surge mediante um pacto ou objetivamente dado como um direito natural, firmando-se num imperativo subjetivo.

O preceito moral, dessarte, independe duma natureza que estabelece objetivamente leis que podem ser apreendidas *a priori*, independem também dum padrão público de convenção, funda-se unicamente na capacidade racional do sujeito constitutivo que age segundo seu arbítrio, conforme a prescrição do dever moral, obedecendo a forma do imperativo categórico. O sujeito constitutivo da razão teórica, que tem nas formas *a priori* da sensibilidade e do intelecto o modo de conhecer os objetos, ou seja, amoldam o objeto em conformidade com sua capacidade cognoscente, possui a forma *a priori* da razão prática que orienta o cumprimento do dever, ou seja, amolda a conduta subjetiva conforme o preceito de sua vontade pura, conforme a sua liberdade. Enquanto na razão teórica o mundo se apresenta as formas da sensibilidade pela intuição, na razão prática o dever se apresenta ao mundo como lei moral universal.

Kant (2003, pp. 86-87) distingue desse modo os atos livres (imperativo categórico), autônomos, dos atos obrigacionais (vinculados a algum imperativo hipotético), heterônomos. O livre arbítrio se dá exatamente pela capacidade do ser racional em seguir o puro mandamento do dever, de seguir a lei moral que trás consigo sem subverte-la em quaisquer situação hipotética, ou vinculada a qualquer calculo de vantagem ou desvantagem. O ser humano só pode ser livre quando é capaz de escolher a lei que emana de sua consciência racional. Todos os atos de escolha que possuem uma forma do tipo se x então y, são imperativos hipotéticos, não necessários, determinado por meio de fatores exógenos, são atos que viciam a vontade livre do sujeito.

Os atos jurídicos são do segundo tipo, pois condicionam a vontade impondo prêmio ou sanção. Essa é a distinção entre direito e moral formulada por Kant, que não obstante possuírem formas de exigência distintas, um pelo cumprimento do dever pelo dever, outro pelo cumprimento da prescrição jurídica sancionatória, tem o mesmo conteúdo moral.

O direito puro objetivado por Kant não pode ser concebido pela pluralidade de fatos e atos jurídicos empíricos, mas refere-se as leis racionais que regulam as condutas individuais, devem pois estar ligados a faculdade prática dos sujeitos em conduzir-se moralmente, respeitantes as leis universais. O direito em Kant “obriga o sujeito a ser livre” ou seja obriga o sujeito a obedecer os preceitos da reta razão impedindo o conflito entre as vontades individuais. O direito tem por objeto a liberdade, evitando os abusos duma vontade individual descontrolada, permitindo aos sujeitos que gozem de seus direitos (*suum cuique tribuere*), sem que causem dano a outrem (*neminem laedere*). A imposição da coerção jurídica torna-se imprescindível, já que o atentado ao direito alheio é um atentado a lei moral, atentado a própria liberdade. Assim a negação (coerção) dessa negação delitiva (*nefas*) é afirmação da liberdade.

O caráter necessário, universal, imutável e solipsístico da racionalidade kantiana é ratificado em suas palavras:

“O conhecimento das leis morais não foi obtido pela observação de si mesmo ou da animalidade em nós; tampouco foi tomado da observação do mundo, do que se faz e de como se faz (...) pelo contrário, a razão prescreve a maneira como se deve agir, mesmo quando ninguém tenha agido assim” (Kant, 1993, p.27)

Mesmo a formação do Estado por meio dum contrato social esta vinculada a vontade livre dos sujeitos que objetivam instituir e seguir os preceitos contratuais, que nada mais são que a ratificação dos preceitos morais das consciências individuais. O vínculo surge para garantir o cumprimento do imperativo moral, tornando-o obrigatório e coercível pela forma do direito, impondo-se independentemente da liberdade do agente, que pode agir irracionalmente, atentando contra a liberdade alheia e seu próprio imperativo de consciência.

Tal abordagem subjetiva do direito fora rechaçada por Hegel (1997, pp.150-155) afirmando seu caráter público (universal) e objetivo, superior a uma análise meramente formal ou a uma publicidade estabelecida por meio dum contrato firmado pela soma das vontades individuais. Assim como em sua dialética da consciência; que parte da

superação dum ser-em-si finito, aquele que se apresenta enquanto um 'eu' que se põe em oposição ao não 'eu', ou seja, numa relação dual entre sujeito-objeto que acaba por renegar a realidade (abandono do conceito de númeno), para um ser em si-para-si, que abrange a totalidade fenomênica antes tida como opostas, formando uma totalidade dialética que sintetiza o Espírito subjetivo-objetivo (Hartmann 1960, *passim*) num Espírito intersubjetivo-absoluto; Hegel (*ibidem*, *passim*) apresenta o processo dialético da formação do direito, não mais tido como direito abstrato, postulado pelos iluministas e preconizado nas liberdades negativas garantidas pelo estado burguês (liberdade, igualdade, propriedade).

Dessarte as qualidades formais do direito liberal que reconhece a igualdade dos sujeitos perante a lei, a proteção da propriedade privada e o controle das liberdades individuais, compreende tão só a pessoa em seu exercício privado, o direito é fortemente marcado por ser subjetivo, reconhecendo o indivíduo como portador de natureza autoconsciente, distinta dos objetos que lhe servem como exteriorização de seu domínio e vontade, e por isso protegida contra o exercício abusivo de outras liberdades que tentem turbá-la ou aliená-la .

Tais propriedades dão ao direito uma essência meramente negativa (Hegel, 1997, pp.48-50); o direito é reconhecido pelos sujeitos aprioristicamente, calcado numa moralidade subjetiva por força dum imperativo categórico, subsumido numa lei intrínseca e formal, da qual retira seu conteúdo e justeza ; vincula-se, pois, à vontade, ao livre-arbítrio, ao dever-ser intrínseco que não chega a se manifestar objetivamente, não abrange o caráter universal e necessário do bem, tão só elimina as barreiras externas que impedem o exercício da liberdade. A boa-vontade kantiana apresenta a forma do ser em-si, que tem sua condição de liberdade enquanto ser naturalmente livre, sua capacidade de autodeterminação que ainda não reconheceu a liberdade fora de si, extrinsecamente, não constituindo a liberdade infinita do ser-em-si-para-si, a liberdade objetiva.

Destarte, a propriedade vincular-se-á a um sujeito de direito que exterioriza seu domínio sobre a coisa (Hegel, 1997, p. 74), agregando-a em sua liberdade de uso e gozo, opondo seu domínio *erga omnes* (contra todos seres livres). Daí não se tratar propriamente dum direito real, não é a própria *res* que fundamenta o direito, não existe

uma relação jurídica entre o objeto e a pessoa, visto que este se concretiza enquanto objeto pelo uso instrumental que essa faz. O direito é relação interpessoal estabelecida entre duas ou mais vontades que podem confluir negativamente, na violação ao direito, ao direito de propriedade pelo esbulho v.g, ou positivamente pela relação contratual.

A relação contratual estabelece o vínculo positivo entre duas vontades que abrem mão de parte do seu domínio transferindo-o para outra parte mediante uma contraprestação. O contrato assume em seus contornos um aspecto supra-individual (Hegel, 1997, p.93) visto que consubstancia duas liberdades, não é uma relação de negação da alteridade senão sua afirmação, pois que essa deve vincular-se necessariamente para sua realização. As vontades se ligam, contudo, não para atender fins coletivos, mas precipuamente individuais. O contrato aponta para verdade do direito, mas não a realiza pois acaba por assentar-se na realização dum bem que é em-si, mas não para-si.

Entretanto surge com o contrato um vínculo que o torna necessário, o vínculo obrigacional que exige das partes o cumprimento do contrato. A exigibilidade do cumprimento e a possibilidade de uso da força para coagir a parte inadimplente não nasce do acordo, mas duma realidade, duma comunidade jurídica, dum direito consuetudinário que estabelecera a segurança e a ordem, e mais que isso estabelece os valores afirmativamente compartilhados (nesse caso estabelece um princípio de confiança e boa-fé - *bona fide* - declinado pela máxima *pacta sunt servanda*).

Deste modo a violação contratual é um meio de violação duma lei objetiva que reconhece a possibilidade entre as partes de firmarem acordos particulares contanto que não contrariem nesse ordenamento inferior, nessa lei *inter partem*, a lei objetiva e geral e os valores por ela incorporados. O injusto (Hegel, 1997, p. 99), que se manifesta por uma vontade subjetiva não adequada a vontade objetiva, a liberdade real, assume tão só aparência de direito, como um contrato simulado que tem aparência de real, ou como uma vontade subjetiva (em-si) que apela para um direito natural que reconhece singularmente. A liberdade desse sujeito em si é tão só aparente, colidindo com uma vontade comum e real, negando a verdadeira justiça, a verdadeira liberdade, o direito publicamente reconhecido.

Tal aparência é desfeita, ou tal liberdade manifesta pelo injusto é confrontada com a realidade jurídica por meio duma sanção. O direito penal, que é o mais emblemático nesse aspecto coercivo, visto ter em seus tipos descritivos a previsão da sanção cominada, assume caráter eminentemente público, pois que a negação dos valores protegidos por tal direito, que não decorrem duma vontade particular, ofende não só o interesse privado, mas toda coletividade. Assim a aparente injustiça (*ibidem*, p.104) que se apresenta com a cominação duma sanção, ou seja, o mal pelo mal (mal do injusto pelo mal da sanção) é na verdade a confrontação entre duas negações que ao se anularem, resultam na afirmatividade do direito (a negação da negação resulta numa afirmação do justo).

O reconhecimento e afirmatividade do direito não se opõe a vontade individual essa tem a substância e realidade da idéia, existe aqui também a fusão entre a vontade do sujeito e a vontade geral, ou seja, da subjetividade e da objetividade, formando a realidade ética do estado. Rousseau (Hegel, 1997, p.206) nesse ponto concebe claramente o vínculo entre a liberdade subjetiva e a liberdade pública, mas erra ao cindir essas duas vontades no momento do contrato social, concebendo o sujeito pré-contratual como pessoas, indivíduos, segundo os princípios do estado liberal, e os sujeitos pós-contratuais como cidadãos, formadores dum ente com natureza pública.

O Estado não é contradição entre subjetividade e objetividade (Hegel, 1997, p. 215), ele não se realiza pela fixação premente das coerções, mas pela capacidade de sintetizar as liberdades mediante um processo dialético, em que o sujeito apreende e participa gradativamente da formação do Espírito: primeiramente está imerso num contexto público menor, num contexto familiar, depois participa dum conjunto que é superior a família, a sociedade civil, e conflui para uma etapa superior e racional, em-si-para-si, o Estado.

A família (Hegel, 1997, p.162) tem seu vínculo firmado pela sensibilidade e pelo amor entre os membros, *mutatis mutandis*, numa solidariedade mecânica, representando uma realidade supra-individual em que os sujeitos se apresentam como membros, possuindo uma propriedade comum que atende a necessidade comum e uma moralidade responsável pela correção da conduta dos integrantes e da educação dos filhos. Essa unidade formada de modo 'natural', constitui uma unidade objetiva, resultante dum

processo afetivo, que pouco a pouco se dissolve em meio ao desenvolvimento superior dos filhos que agregam a sociedade civil e constituem as próprias famílias.

A sociedade civil (Hegel, 1997, p.175), por sua vez, nasce da integração natural-racional entre os membros que se organizam para satisfação dos interesses particulares, atendendo certas necessidades naturais e também interesses intersubjetivos numa coletividade estrita, numa corporação que objetiva atender fins privados, mas que possui contornos e metas traçadas intersubjetivamente. Seria uma solidariedade orgânica em que se divide funcionalmente a sociedade, objetivando atender os sistemas de carências, mas não criando ainda uma unidade capaz de integrar a totalidade dos sujeitos enquanto cidadãos, os quais conduzem a unidade desse Estado de fato, segundo as finalidades gerais, superando-se os interesses individuais e corporativos, a um Estado de direito, racionalmente estruturado, tornando-se em-si-para-si.

O Estado é a realidade da Idéia (Hegel, 1997, p.205), é o absoluto que corporifica a totalidade ética, é o momento de dissolução da contradição entre a liberdade formal, individual, subjetiva e a liberdade objetiva, coletiva, intersubjetiva. O bem que atendia outrora somente um princípio formal realiza seu conteúdo num bem objetivo-real, assim como a liberdade antes considerada negativamente assume todo seu contorno afirmativo. O Estado surge mediante um desdobramento espiritual do qual o sujeito faz parte, ao qual vai assimilando paulatinamente o seu teor universal. O Espírito objetivo agrega o Espírito subjetivo, modela-o, instrui-o, corrige-o.

Em Hegel coincidem a racionalidade e a verdade em todas as formas, seja enquanto ciência, ética ou direito. O Estado-absoluto constitui unidade racional que agrega os elementos empíricos e essenciais, constituindo a própria Idéia, que supera a pluralidade e a contingência histórica, tornando-se unidade-objetiva e necessária. Todo esse processo se realiza pela corporificação da vontade-objetiva num único sujeito, numa personalidade que dá vida a essa totalidade – o monarca.

O monarca (Hegel, 1997, p. 235) carrega consigo a realidade histórica (e divina), exercendo de modo hereditário o poder soberano, que não é dele, nem do povo, mas do Estado em si-para-si autônomo, obtendo o esclarecimento do conteúdo e circunstâncias desse ente por meio dum corpo burocrático qualificado, fundindo esse conteúdo

objetivo com sua vontade particular, tornando-se vontade estatal. Diante disso não se poderia admitir o erro ou responsabilizar o príncipe por seus atos, visto que ele encerra em si e em suas decisões o caráter universal e verdadeiro do bem comum, de modo que a afronta a essa realidade racional, seria manifestamente particular e irracional – o rei nunca erra, ele é o paradigma, o limite da correção.

Assim, o povo que representa uma massa que não sabe o que quer e somente busca atender suas vontades individuais, tem em seus representantes e na hierarquia burocrática o melhor conteúdo e preparo para realizar os fins comuns, estando esses capazes de compreender e exercer seu ofício de maneira impessoal, de modo a atender as demandas do Estado e da coletividade de maneira racional, com observância da lei. Tal estrutura hierárquica tem em seu ápice a figura do monarca o que coordena racionalmente os interesses do Estado acima das necessidades e apetites individuais. Na base está a população em geral que precisa da orientação heróica e sábia desse deus vivo, para que encontre o bem objetivamente e realize a sua vontade em consonância com a vontade geral. A massa carrega consigo a substância em si, menos esclarecida e singular, o corpo burocrático uma racionalidade formal que ganha corpo com a ação do monarca.

Dessarte mesmo que Hegel tenha se preocupado em analisar o modo em que o Espírito se realiza partindo duma vontade singular para uma vontade geral, que se firma na unidade do Estado, existe uma gradação, em que a participação democrática torna-se superficial, já que a objetividade é reconhecida e realizada pelos membros do estado e pelo monarca, que diferentemente do povo, irracionalmente imerso na pluralidade *doxástica*, na moralidade subjetiva, e no direito abstrato, é capaz de sintetizar a razão histórica necessária, a ética e o direito positivamente aplicado. O conteúdo da lei deve surgir da vontade soberana, não da vontade geral em sentido rousseauniano, o filtro que torna a pluralidade da *doxa* em *episteme* e a moralidade em *ethos* é dado pelo controle estatal realizando em-si-para-si o conteúdo espiritual duma nação.

No que se refere ao âmbito restrito duma racionalidade jurídica, o juiz certamente é responsável por concatenar a vontade das partes a vontade universal, seja confirmando o conteúdo subjetivo do direito garantido pela positividade da lei, seja apartando a ofensa contra esse pressuposto universal. Hegel ao asseverar sobre a prática jurídica; e ao que interessa em todo esse discurso, que é saber sobre a participação democrática, tornando a razão solipsística numa racionalidade intersubjetiva e aberta; não se atém a esse detalhe que lhe são superficiais, pois não abrangem o conteúdo verdadeiro do direito que tanto pode ser reconhecido por um tribunal quanto por um juiz singular, o necessário é que não exista contradição entre *decisum* particular e a razão universal.

2. EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA

2.1- Pêndulo Jurídico

No tópico primeiro, 1.1, fora asseverado que o pensamento jurídico tradicional vincula conceitualmente o direito a sua produção normativa e resolução conflitiva pelo Estado, e que esse ente público passa a ser critério de correção não só das condutas lícitas e ilícitas, como também estabelece e padroniza racionalmente, não só em sua atividade burocrático institucional, mas enquanto poder hegemônico disciplinar, outras práticas não jurídicas em sentido estrito, tais como práticas pedagógicas, morais etc, limitando dessa forma o conteúdo múltiplo e caótico do mundo da vida (linguagens, valores, racionalidades, comportamentos etc) de modo que alguns princípios assegurados em sua constituição - igualdade, democracia, pluralidade política etc - devem ser analisados segundo o modo que essa esfera de correção os utiliza (como se dá a participação do cidadão nos casos de intervenção de terceiro, qual linguagem, qual a racionalidade utilizada nesses casos, v.g) pois que se fossemos considerar o direito em sentido lato ele seria *per se* democrático.

No tópico 1.2, por sua vez, fora afirmado que a filosofia epistêmica tradicional, solipsista metodológica, emprestara sua forma ao saber prático-jurídico, em que a legitimidade (justiça) e legalidade podem ser alcançadas por meio de sua adequação aos imperativos do direito natural, apreendidos racionalmente, ou ao imperativo de consciência subjetivo (categórico), não obstante existirem tentativas de superação desse modelo por teorias que contemplam a participação democrática para realização do direito, seja apelando a um contrato social pactuado, intersubjetivamente exigível, seja mediante a dissolução das contradições existentes entre razão subjetiva e objetiva, entre moralidade subjetiva e objetiva, formando-se a unidade ideal-real absoluta que se dá com a formação do Estado Nacional.

Essa oscilação da justificação do direito, ora pautada numa razão monológica que apela para uma lei natural evidente, uma 'dádiva divina', uma justiça em si; ora apelando para modelos contratuais convencionais, pode ser chamada de 'pêndulo jurídico', em analogia a análise feita por McDowell (1996, *passim*) ao modo que as teorias do conhecimento gravitam ora em torno duma fundamentação pautada num conhecimento imediato, dado; ora numa justificação coerentista, convencional, que desconsidera quaisquer fundamentações intuitivas para justificar o conhecimento.

A oscilação descrita por McDowell (1996, *passim*) apresenta as dificuldades presentes em ambas propostas epistêmicas. Quando se apela para um saber imediato, intuitivo (MacDowell fala somente da intuição sensível, mas pode-se incluir também a intuição intelectual para os fins desta argumentação) apreendido de modo necessário e universal por qualquer ser racional, a razão tornar-se imperativa, podendo ser aprendida aprioristicamente pela sensibilidade ou pensamento, tornando esse passivo a suas revelações, não podendo desse modo ser justificado, nem mesmo corrigido ou refutado. O conhecimento solipsisticamente atingido está para além das justificações, o que tornaria essa intuição inútil num contexto de justificação – pode ser comparado ao besouro da caixinha de Wittgenstein (1999, p.107), quando apresenta o argumento contra linguagem privada, já que a intuição é particular, e a linguagem justificativa, pública. Quando, por outro lado, apela-se para uma teoria coerentista, perde-se o ponto de fricção com o mundo, de modo que não se teria nenhuma instância limitadora do pensamento, tão só a observância das categorias auto-referentes produzidas dentro do próprio esquema conceitual.

O pêndulo jurídico certamente trás gravames mais sérios que o pêndulo epistêmico. Numa epistemologia o mundo permanece inalterado, a direção de ajuste como diz Searle (1995, pp. 4-5) é do mundo para palavra, a linguagem ou intelecto buscam duma forma ou doutra captar a realidade. Poder-se-ia, como diz Hume (1996, p.149), ser um cético numa biblioteca, mas não no mundo real, em que se exigem certas crenças para que se possa continuar vivo – pode-se talvez pensar no exemplo grego em que as teorias filosóficas eram vividas e no exemplo de Pirro que levava as ultimas conseqüências seu pensamento, mas esses são filósofos do passado e hoje em dia pensa-se de tudo sobre o mundo sem que se preocupe efetivamente em transformá-lo. Não obstante exista uma imbricação entre epistemologia, filosofia prática e direito, tal como

fora descrito no tópico supra, na relação da epistemologia platônica ou hegeliana e seus modelos de Estado, é na filosofia prática, e precipuamente no direito, que tal distinção altera efetivamente a vida das pessoas - pelo caráter coativo desse, por ser prescritivo e não descritivo, por exigir, imperar, proibir, punir, modificar o mundo e os comportamentos, disciplinando o sujeito desde o nascimento até o óbito!

Desse modo, ao se conceber o direito como naturalmente dado, intuído pela razão ou pela sentimento do justo, as práticas jurídicas legais amoldar-se-iam as leis universais de modo que a legitimidade do direito positivo poderia ser deduzida da sua adequação ou não às leis naturais. O direito dessa forma poderia ser imposto com justeza mesmo *a latere* dum modelo democrático e ser também oposto por qualquer sujeito já que pode ser singularmente acessado. Tanto o estado pode opor-se ao sujeito, qualificando-o irracional, quanto o sujeito opor-se ao Estado, qualificando-o tirânico, mas o caminho duma democracia parece estar tão distante desse modelo quanto dum contratualista.

No contratualismo a intersubjetividade é necessária, já a democracia é possível. Pode fundamentar-se por meio dum contrato tanto uma monarquia quanto uma democracia, e, verdadeiramente, por meio do pacto social, pode-se convencionar qualquer coisa, mesmo um contrato com cláusulas abusivas como parece hodiernamente o pacto hobbesiano. A falta dum ponto de fricção, presente no direito natural é abandonado pelo direito positivo, fazendo com que toda legitimidade esteja firmada na legalidade, ou seja, que não se apele a um mito jusnaturalista, a um direito transcendental apoiado em algo que está para além do espaço das justificativas do próprio sistema.

O contrato social, que trás a tona a norma fundamental (Kelsen, 2003, pp. 221-222) da qual se deduz coerentemente todo sistema jurídico, é o único parâmetro de correção da justeza das leis derivadas e das ações dos agentes públicos e sociais. Entretanto, o contrato social também é um mito que pressupõe a adesão voluntária e equânime dos indivíduos em algum momento histórico, impondo a todos, mesmo aos que herdaram tal legado, o cumprimento do contrato que não pode ser deslegitimado por ser naturalmente injusto. Ademais esse paradigma corretivo - a norma fundamental - exige uma interpretação para aplicação dos seus princípios, que não são

democraticamente debatidos e decididos, mas aplicados segundo entendimento dum grupo burocrático restrito , com domínio técnico para o exercício de tais funções, uma corte constitucional, como existe atualmente.

O tribunal de Nuremberg é exemplo dos abusos que podem ser cometidos seja em nome dum direito natural, seja em nome dum direito positivo. O direito natural fora utilizado para justificar a condenação dos nazistas alemães por crimes de guerra, sendo julgados por um tribunal militar de exceção (*ad hoc*) em que até mesmo os básicos princípios de legalidade e irretroatividade foram afastados. Por outro lado todas as violações humanitárias cometidas pelos nazistas eram justificadas apelando-se ao direito público interno, a carta constitucional alemã, ao esquema jurídico conceitual de seu país, em que todas as mortes de judeus e adversários eram legitimadas.

Algumas teorias jurídicas atuais pretendem solucionar tal dilema, permitindo a legitimação e legalidade sem apelar a um jusnaturalismo 'cego' ou a um contratualismo 'vazio', mas numa síntese que permita garantir tanto a racionalidade dos fins (dos conteúdos), quanto dos meios (dos procedimentos), respeitantes aos fundamentos basilares do estado de direito moderno, pelo menos *in abstracto*, aos princípios de igualdade e democracia.

3. LEGITIMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

3.1- Legitimação do Estado Moderno

Fora exposto anteriormente o problema do pêndulo jurídico que em analogia a crítica epistêmica apresentada por McDowell (1996, *passim*); qual seja, a tentativa em estabelecer uma fundamentação para o conhecimento ora calcando-o em bases intuicionistas - conhecimento adquirido sem mediação, seja por evidências sensíveis ou intelectuais - ora numa argumentação coerentistas - conhecimento que parte duma convenção, obedecendo a racionalidade dum esquema conceptual; demonstra a oscilação existente no campo jurídico, em que ora se apela para postulados de direito natural; cujos princípios e imperativos poderiam ser acessados por quaisquer seres racionais, cabendo ao Estado em seu arcabouço normativo garantir a proteção de tais direitos; ora para teorias contratualistas, que legitimam a atuação desse ente, apelando a uma ordem contratual originária pactuada por todos os membros.

O trinômio intuicionismo, coerentismo, verdade, que faz parte da teoria do conhecimento é aqui substituído pelo trinômio direito natural, contratualismo, legitimidade que faz parte da teoria do direito, estando aqueles termos inseridos numa análise ontológica e esses numa deontológica, o primeiro questionando a condição e possibilidade da verdade, o segundo a condição e possibilidade do justo ou legítimo. As duas críticas (ôntica e deôntica) seguem *pari passu*, visto ambas, por um lado, se servirem das bases metafísicas para fundamentar o modo em que se conhece o mundo e as leis físicas ou o homem e seus imperativos morais, respectivamente, por outro, por criticarem essas bases apelando a um convencionalismo, gerando assim o movimento pendular.

A dificuldade apresentada por Dowell (1996, *passim*) na epistemologia; em que tanto a postulação à intuição torna-se incapaz de fornecer razões ou justificar a verdade dos enunciados, tornando a razão paciente, receptora dos conteúdos sensíveis e inteligíveis sem que neles intervenham - já que as intuições são subjetivas e não podem ser acessadas por outrem - quanto a postulação a uma convenção em que se perde o ponto de fricção com o mundo - analisando-se tão só a coerência dos enunciados;

também será observada no direito ao se questionarem as justificativas metafísico-religiosas ou metafísico-racionalista, enquanto garantes da legitimidade normativa do Estado, tendo-se nos imperativos da *lex aeterna* os axiomas dos quais são deduzidos os imperativos da *lex temporalis*; ou ao questionar-se sobre a fundamentação contratualista, cujo formalismo alberga qualquer conteúdo, contanto que obedeça a certas condições procedimentais.

Assim, a legitimação do direito fora problematizada primeiramente em sua fundamentação metafísico-religiosa. O Estado representado pela figura do monarca passa a ser definido não mais como a externalização de sua personalidade divina, mas como representante personalíssimo dum pacto convencionado entre humanos que abrem mão de parte de sua autonomia para formarem uma totalidade “espiritual” que beneficie a todos. Os pressupostos metafísicos, garantido pelo dogmatismo religioso, que tornam o rei um deus entre os humanos, legitimando sua soberania, tornam-se injustificáveis. Os homens tornar-se-ão desde então fundamentalmente iguais e livres, igualdade inconcebível em tempo histórico anterior, e a única possível justificação para eleição do rei enquanto portador da soberania estatal seria sua escolha por seus iguais. O rei não consagraria mais a *dei potestas*, mas mesmo assim continuaria sendo monarca por exercer a *hominis potestas*.

O discurso hobbesiano (Hobbes,2002,pp.96-97) traz exatamente tais considerações sobre a nova fundamentação do Estado Moderno, que resulta duma nova compreensão do homem, de sua representação de si, do outro e do mundo. O homem passa a ter igualdade, e mais do que uma igualdade trazida por sua dignidade religiosa - por possuir uma centelha divina que o constitui, é igual por possuir os mesmos atributos naturais que todos os outros, ou por padecerem dos mesmos sofrimentos, desejos e temores. O homem não traz mais consigo uma aura, uma precedência divina que justifica a preferência hierárquica, uma razão reveladora, daí sua aproximação à natureza, à guerra, à morte, a toda miséria que fazem dos homens iguais, senão por sua capacidade de previsibilidade, por sua racionalidade estratégica. O mundo passa a ser conhecido segundo suas leis, leis naturais apreendidas por uma razão instrumental ou leis civis pactuadas.

A dicotomia entre estado de natureza e estado civil, o primeiro estabelecendo os imperativos da racionalidade subjetiva-instrumental, o segundo pelos imperativos intersubjetivos-covencionais, é apresentada por Hobbes (2002,*passim*) pela contraposição entre lei natural e lei civil, entre uma condição de liberdade e igualdade ilimitada e caótica, pela ausência de força cogente da lei natural, que representa uma situação de constante temor, guerra e egoísmo, e outra, que não obstante gere restrições as liberdades individuais outrora ilimitadas, representa uma salvaguarda da vida, da paz, e da liberdade intersubjetiva, assegurada pela restrição estatal, personificada pelo monarca, ao agir dos homens, que formam um ente fictício, capaz de agregar voluntária e solidariamente os sujeitos, tornando-os cidadãos.

A razão de existência do Estado é a segurança que artificialmente estabelece e sua capacidade em garantir o bem estar geral, tendo por fundamento um contrato pactuado pelas partes que voluntariamente optam por subordinarem-se, criando um segundo estado, um estado civil que segue um *medium* racional e afasta, por temor ao castigo, o homem de suas paixões naturais.

O monarca representa, em analogia ao corpo humano, a cabeça que gere de modo coordenado suas partes, representa a defesa dos interesses comuns transcendentemente as vontades individuais e egoísticas, a racionalidade empregada para realização do bem comum, a imparcialidade e racionalidade que conjuntamente com o corpo burocrático é capaz de promover a paz e proporcionar o bem-estar.

Tudo isso não dispensa uma nova fundamentação calcada na voluntariedade do homem, que apesar de seguir os fins duma lei naturalmente imposta, a busca instrumental-racional para manutenção dessa paz, tem como *médium* para tal consecução a criação do Estado e das leis civis mediante o pacto social que dá ao sujeito um *status civis*.

A soberania é instituída por meio da legitimação das vontades livres, pela sapiência humana capaz de concluir sobre os melhores meios para atingir seus fins naturais, delegando sua liberdade absoluta ao imperativo estatal. Fundar-se-á, pois, o estado na liberdade e igualdade dos indivíduos, mesmo que delegada *in uno acto*, num “consenso racional” que estabelece um vínculo indissolúvel calcado num imperativo de

ordem natural que estabelece o cumprimento dos pactos – *pacta servanda sunt* – e pela exigibilidade mútua garantida pela coatividade estatal.

Mesmo em Hobbes (2002,*passim*) vê-se o reconhecimento duma legitimação do Estado vinculada à vontade dos indivíduos, pressupondo-se na condição originária o princípio de igualdade e liberdade que se conclui pela externalização da vontade autônoma. A instituição do Estado atende a necessidade racional dos indivíduos (objetivamente) e se conclui na manifestação voluntária dessa razão (subjetivamente), existe aí um ideal de fusão entre a vontade dos indivíduos e uma objetividade racionalmente constituída em que se dissolvem as idiossincrasias dos sujeitos numa totalidade ética. A unidade, dessarte, pode ser mantida não somente pela disciplina punitiva, mas, sobretudo, por garantir a realização duma vontade racional consentida pelos sujeitos.

Todavia, em Hobbes (2002,*passim*) o Estado, que nasce da vontade dos sujeitos, deles se desvencilha, adquirindo uma realidade que lhes é externa e passa a ser uma instância superior que age e regula as liberdades, seguindo suas próprias necessidades que correspondem parcialmente às dos cidadãos (proteção, pacificação). A esfera superior não se confunde com as partes, não objetiva atender as carências de nenhuma delas em particular, age segundo seus interesses e justamente por não se confundir com os singulares torna-se um terceiro não interessado, permitindo a solução neutra dos conflitos. Existe em Hobbes a aposta na disciplina estatal, no direito positivo, capaz de manter a integração social, que não se realizaria em um estado de natureza em que todos têm as mesmas condições de igualdade e liberdade ilimitadas.

A condição de justiça e legitimidade não poderia ser dada na tessitura natural, o caráter proporcional, ou seja, da distribuição de bens e a limitação da liberdade só pode ser exercida dentro dum paradigma, que não fora firmado antes da instituição estatal. Entretanto, poder-se-ia supor, mesmo antes da instituição estatal, a capacidade dos sujeitos em limitarem consensualmente suas ações, estabelecendo um contrato que atendesse as necessidades recíprocas, mediante concessões.

Certamente existe em Hobbes (2002, *passim*) uma descrença nessa capacidade consensual que surge exatamente da incapacidade dos sujeitos em abrirem mão de seus interesses e liberdades individuais, estabelecendo a paz dialogicamente. Os indivíduos seguem as paixões, objetivam sujeitar os outros para realizarem seus objetivos, agem instrumentalmente uns com os outros. O consenso só se deixa realizar num contexto de fala em que as circunstâncias exógenas, tais como o temor da guerra e da morte, impelem os indivíduos ao consenso. Mesmo assim o consentimento se dá minimamente, não se discutem os conteúdos como numa carta constitucional hodierna. O acordo sobre os conteúdos também seria impossíveis, conduzindo inevitavelmente à outra situação beligerante, restando tão só a possibilidade de eleição dum ente imparcial e superior que regule todos os interesses independentemente dum consenso mais amplo.

Entretanto, esse distanciamento que tornara possível a imparcialidade e a proteção dos indivíduos, porque alheio as partes conflitantes, gera uma tensão não mais localizada entre esses naturalmente iguais, que agem segundo suas inclinações, mas entre um Estado instituído para atender a certas necessidades primordiais dos cidadãos, que passa a não mais atender os fins para o qual fora instituído, e aqueles pactuantes. A relação de tensão entre essa autoridade legitimamente instituída, portadora duma soberania absoluta e irrevogável e o cidadão desloca a problemática polarizada pelos indivíduos ao binarismo cidadão-Estado.

O Estado de garante pacificador imparcial passa a ser o algoz da violação dos direitos naturais de vida, liberdade e propriedade, sendo garantido ao cidadão não a dissolução e destituição do poder soberano, mas a fuga para proteger-se do irresistível temor, o temor da morte. Existe, pois, a primazia da vida e sua proteção é dever do Estado, isso não quer dizer que tal ente deva dissolver-se ao atentar contra a vida dum cidadão, mas sim que esse pode naturalmente defender-se contra essa violação. A tirania artificial por pior que seja é superior à tirania natural, a tirania de um ente contra um cidadão é melhor que a tirania de todos contra todos.

Nesses termos não existe restrição ao agir do Estado, que pode interferir ilimitadamente no âmbito de ação dos cidadãos, pode restringir-lhes a liberdade arbitrariamente, pode, até mesmo, levá-los à condição de escravo. A escravidão pelo ente artificial continuaria sendo mais proveitosa que numa condição natural, visto que

naquele existe um direito de vida e de morte, dada pela liberdade absoluta entre os indivíduos, já no Estado não se observa tal legitimidade, pois que tal ente fora instituído exatamente para salvaguardar a vida de seus cidadãos.

Todavia a relação estabelecida em bases contratuais pela escolha de um terceiro a quem as partes se subordinam é remodelada no modelo liberal. As partes não se apresentam mais como querelantes, mas como seres solidários que objetivam atender seus interesses (Locke, 2003, *passim*). No estado de natureza não existe uma condição de guerra de todos contra todos, mas uma moralidade e solidariedade que permitem a realização de contratos de outro teor – econômico *vg.* – antes mesmo da existência Estatal. O surgimento do Estado atende uma condição de liberdade e socialização dos indivíduos de modo a garantirem o melhor proveito de seus interesses dentro dessa coletividade. O Estado não é a resposta racional a condição natural de temor, mas uma escolha racional em que os membros abdicam parcialmente de suas liberdades e individualidades para instituírem uma organização que atenda suas carências comuns de modo mais eficiente, trazendo vantagens recíprocas. Esse *plus* justifica a instituição dum Estado e sem ele o ente tornar-se-ia desnecessário e até indesejável.

O pactuante no Estado liberal (Locke, *ibidem, passim*) se une solidariamente aos outros justamente para melhor salvaguardar seus direitos naturais. O Estado firma sua existência legítima num contrato capaz de conciliar a positividade do direito e as vantagens trazidas por ele – exigibilidade, ordenação, integração, coatividade – aos princípios de direito natural, numa relação normativa dedutiva, ou seja, as normas de direito positivo são limitadas pelas de direito natural e mais que isso devem ser decorrência delas. A atuação estatal não poderia opor-se a tais imperativos, o Estado tem poderes limitados, seus princípios e fins foram ajustados de modo a satisfazer as carências de um mandante, que é o povo.

A formulação do contrato que outrora reconhecia uma autoridade alheia às partes para dirimir-lhes os conflitos, cedendo a este terceiro o poder de dizer o direito em última instância, passa a ter a formulação dum contrato mandamental. O mandatário, dessarte, só age nos limites determinados pelos mandantes, podendo ser destituído de suas funções caso não atenda os fins para o qual fora constituído. A soberania que no Estado absolutista refere-se ao poder de império estatal é transferida na teoria

contratualista liberal ao povo, esse enquanto portador dos direitos fundamentais consente voluntariamente na instituição dum ente que representa seus interesses, promovendo-os racionalmente.

Permanece, contudo, a distinção entre Estado e cidadão, ora numa relação subordinativa, ora de ordenação. O estado não representa uma universalidade que é “em-si-para-si” em termos hegelianos (Hegel, 1997, p.205), mas estranha aos indivíduos. Essa alteridade, que garante direitos e institui obrigações, tem sua fundamentação plena no contrato, seguindo a doutrina positivista hobbesiana, em que o campo de justificação limitar-se-á a carta política, por sua vez, no pensamento liberal, a *magna carta* deve atender a outras condições extracontratuais, quais sejam, as estabelecidas pelo direito natural. A legitimação estatal tem nesses dois modelos critérios de legitimação distintos: no primeiro a própria formulação normativa estabelecida pelo grupo pactuante, no segundo a subordinação normativa a princípios fundamentais, têm-se num caso, *mutatis mutandis*, uma fundamentação coerentista, noutro uma intuicionista.

A proteção dos interesses individuais, a garantia de bem estar e precipuamente a conservação da segurança justificara a limitação da liberdade e a constituição do Estado nas doutrinas contratualistas supra-expostas. Não obstante haver uma realização da vontade do sujeito para constituição do Estado, esse se apresenta como *medium*, como instrumento, como objetividade alheia, ser artificial distinto das partes constitutivas. Tal qual a realização do contrato pressupõe uma bilateralidade, a composição entre duas ou mais vontades, e a exigibilidade, a força coativa que obriga seu cumprimento, o Estado figura-se como estrutura heterônoma, limitando o âmbito de liberdade do sujeito.

A legitimação do Estado que ora se justificara por ser razão limitante das paixões (relação senhor-servo) ora instrumento que realiza as vontades racionais dos cidadãos, relação (servo-senhor), em razão duma nova conjuntura pragmático-política, deslocara o argumento teórico-conteudístico, firmada na construção de discursos sobre a formação e os fins estatais ideais, para uma legitimação prático-procedimental. A problemática passa não mais a considerar a condição de servo ou senhor, mas de superar a limitação desse dualismo que impossibilita ao homem ser livre.

Nem a condição de senhor, tampouco a de servo, garante ao cidadão a plenitude de sua liberdade e igualdade, tanto o servo quanto o senhor são interdependentes. A liberdade se dá quando se é capaz de seguir os imperativos da própria vontade, o que só pode ocorrer ao homem que é senhor de si, àquele que é autônomo. A garantia de legitimidade se dá na medida em que quaisquer princípios e fins que venham a ser estabelecidos, independentemente do conteúdo, sejam admitidos de maneira autônoma, pelo consentimento do cidadão que o institui.

A identidade entre cidadão e Estado (Rousseau, 2001, pp. 20-25) implica na comunhão indissociável entre as duas vontades, garantindo ao segundo mais do que uma existência fictícia e instrumental, mas a realização imediata das necessidades em conformidade plena com os interesses dos cidadãos que as manifesta diretamente. O problema do pêndulo é teoricamente afastado. O que em bases epistêmicas significaria tornar indissociável a consciência do sujeito e a manifestação do objeto, inserindo-as numa esfera pública de discussão, torna indissociável a liberdade privada e a liberdade pública que forma uma vontade intersubjetivamente compartilhada, a vontade geral.

O Estado não age, em simetria ao objeto na epistemologia tradicional, coativamente, por ser portador duma legitimidade que está para além do assentimento do cidadão, impondo-lhes quaisquer imperativos, nem os cidadãos apelam unicamente para o sentimento singular de justiça. A garantia da racionalidade transfere-se duma conjuntura solipsística entre sujeito-mundo ou duma estrutura normativa coerente exigível mediante a força, a uma legitimação formal, em que quaisquer imperativos resultantes dum método racionalizador possuem legitimidade, visto terem sido assimilados de modo autônomo, dada à liberdade e igualdade garantidas pelo procedimento.

O procedimento racional objetiva restabelecer a unidade; que outrora se firmava entre lei-natural e vontade natural, em que o sujeito agia no estado de natureza conforme os imperativos manifestos *secundum motus sensualitatis*, numa unidade entre os instintos guiados por dois princípios, o amor de si e a piedade; pela lei positiva firmada numa vontade livre, em que o sujeito reconhece os imperativos dum corpo social ao qual adere *secundum motus rationis*, numa unidade racional, firmados numa condição de liberdade e igualdade, sintetizando a positividade do direito.

Essa unidade entre imperativo subjetivo e normatividade estatal; que preserva a vontade singular constituindo uma vontade geral, ou seja, resguardando os interesses partilhados intersubjetivamente; tem o condão de limitar os interesses particulares, interesses egoísticos, exigindo dos cidadãos a observância primordial do interesse público, do bem estar geral, para preservação do corpo político que realiza sua natureza racional. A vontade geral nasce, pois, dum consenso, da intersecção das vontades singulares que preservam os laços de solidariedade entre os cidadãos, que são seus interesses comuns.

A vontade geral (Rousseau, 2001, pp. 24-25) não se constitui num consenso normativo para realização das vontades privatísticas das partes, o conteúdo publicístico desses imperativos, traçam a nítida distinção entre um pacto social e um contrato privado. Longe de realizar um ajuste bilateral entre os interesses de particulares que objetivam preservar seus bens e direitos naturais elegendo o Estado como gestor, o ente passa a ser uma unidade em que o próprio sujeito realizar-se-á, em que as múltiplas vontades se ajustam para um único fim, os fins coletivos, unindo os cidadãos num corpo social, tornando o Estado fim em si mesmo.

Desse modo, a legitimidade do direito transita numa fundamentação em que a validade dos enunciados jurídicos deixa de ter uma correspondência com enunciados prescritivos de ordem natural ou por serem impostos por uma autoridade legalmente instituída, mas por nascerem numa ordem política legítima. Não é a validade “numênica” que garante a retidão das normas aplicadas nesse “novo modelo institucional”, mas sim o fato de obedecerem a um processo político democrático. A legitimidade passa a ter mais intimidade com a “democracia política” que com a “verdade epistêmica”.

Todavia o processo de legitimação político instaura dois princípios necessários que permearam os discursos jurídicos modernos com pretensões de validade: liberdade e igualdade. A liberdade e igualdade defendidas sobre pressupostos religiosos, passam a ser descrições dum estado de natureza que coloca os homens em condições de reciprocidade. Os homens nascem, pois, com semelhante força, talentos, racionalidade, podendo agir segundo seu arbítrio. Essas condições não pedem uma justificação

argumentativo-discursiva apenas um reconhecimento, reconhecimento de que a alteridade é também capaz de se impor livre e racionalmente.

Contudo, mesmo a existência do “outro” parte da construção duma egoidade que se constitui num contexto vital, o “outro” se torna uma projeção do “eu”, um “não-eu” constituído pelas categorias dum sujeito, e assim tanto a idéia de identidade, quanto a idéia de alteridade surgem de modo arbitrário, dentro da arbitrariedade da vida, que permite num passo posterior, pretensamente racional, estabelecer uma comparação entre “ego” e “alter ego”.

O que se impõe a partir daí é uma aceitação tácita dos dois princípios, figurando-se como pontos não controversos e necessários, em que se discute, por outro lado, o modo em que passam a ser aplicados dentro das teorias hodiernas que objetivam legitimar o Estado seguindo essa constelação de valores. O problema pendular transfere-se duma fundamentação moral em que se aproximava das teoria epistêmica intuicionista ou coerentista a uma tentativa de conciliação entre pressupostos políticos republicanos ou liberais, ou seja, na regulação dos limites de atuação das liberdades pública e privada.

O problema do pêndulo se perpetua ganhando uma nova roupagem, uma nova semântica, que se deve a alterações paradigmáticas surgidas pelo abandono de pressupostos anteriores, assumindo-se novas categorias, numa renovada conjuntura agora política. Numa tessitura em que a confrontação entre Estado soberano e cidadão torna-se obsoleta; já que a soberania passa a ser definida como poder do povo, estando a vontade do Estado imbricada à vontade dos cidadãos, manifestando-a diretamente ou por meio de seus representantes; não se discute mais sobre a fundamentação metafísica do Estado, tampouco são opostas as teses do direito natural e direito positivo, que se confluem pela exigência procedimental da participação democrática em condições de igualdade e liberdade pelos cidadãos. O problema central passa a ser a definição dos limites de atuação das liberdades, o pêndulo que oscilava entre subjetividade e objetividade, passa a pendular entre liberdade pública e liberdade privada, ou entre direito subjetivo e objetivo.

A dissolução da vontade do sujeito que passa a manifestar-se numa vontade geral; em que essa vontade tem capacidade de efetivação por meio da coatividade que impele o cidadão a ser livre, sujeitando-o aos imperativos publicísticos previamente acordados; assume contornos totalitários. Os projetos particulares, a busca pelo bem estar e felicidade, as liberdades privadas, quais as de manifestação do pensamento etc. poderiam ser limitadas injustificadamente pela assembléia, corrompendo-se numa forma despótica e demagógica. A problemática estaria em estabelecer a fundamentação do Estado para que não apenas assuma uma estrutura procedimental respeitante aos princípios de igualdade e liberdade, mas que garanta sua aplicabilidade racionalmente.

3.2- Contratualismo Transcendental

A crítica kantiana (Kant, 1993, *passim*) a Rousseau se dá nos termos da argumentação *ante* exposta. Kant não fundamenta a legitimidade do Estado numa formulação política, mas numa formulação metafísico-transcendental, que possibilita não só uma assimilação desses valores políticos, mas a justificação racional do Estado. Para Kant não bastaria garantir a racionalização das regras políticas de modo a garantir uma democracia que permitisse a autonomia dos cidadãos. O caráter fundamental da liberdade dentro dos pressupostos kantianos não se dá em seguir tão só uma vontade acordada por uma assembléia situada num tempo histórico, formada por cidadãos dum determinado país, sob a égide de leis locais.

O caráter contratual não garantiria a veracidade do conteúdo, não impediria que determinado grupo estipulasse leis irracionais, não obstante fossem confirmadas coletivamente. Os pressupostos da razão prática kantiana exigem o cumprimento dos imperativos que possam ter validade necessária e universal, são pressupostos apriorístico, e é essa fundamentação apriorística, calcada numa razão prática, que Kant objetiva dar ao direito.

Kant (1996, *passim*) seguindo o modelo transcendental do seu criticismo; que faz a distinção entre a razão epistêmica e a razão moral, servido a primeira para determinar o modo em que os sujeitos constituem os fenômenos da experiência em conformidade com as categorias do juízo, a segunda para estabelecer a fundamentação objetiva dos imperativos morais não sujeitos aos imperativos externos (heterônomos), imperativos que não permitem que se siga sua própria natureza racional; objetiva fundamentar o direito não em conformidade com as experiências históricas dos Estados, a realidade factual, mas em conformidade com a idéia pura da justiça, ou seja, dum modelo que pretende formular o direito em conformidade com um ideal de justiça enquanto liberdade.

Kant (*ibidem, passim*) em sua crítica epistemológica estabelece os limites da razão, demonstrando a impossibilidade dum conhecimento de verdades que independessem da experiência, como queriam os racionalistas, bem como na impossibilidade da representação da realidade como é em si mesma, como queriam os empiristas. O modelo kantiano objetivara demonstrar os limites da razão e o modo constitutivo do conhecimento. A chamada revolução copernicana volveu à problemática do conhecimento centrada outrora no objeto, no modo em que o objeto se mostra ao sujeito, a própria investigação das categorias que permitem ao sujeito conhecer.

A problemática do pêndulo na epistemologia, que impossibilitaria segundo a argumentação kantiana o conhecimento numênico da realidade objetiva, mas tão só conforme as categorias do sujeito, traz conseqüências fundamentais para fundamentação intuicionista do direito, qual se dá em teses racionalistas. A capacidade intuitiva do sujeito é restrita a intuição sensível captada pela formas pura da sensibilidade, espaço e tempo. Desse modo, os conteúdos do direito natural extrapolam os limites da razão e a fundamentação intuicionista careceria de legitimidade.

Resta, pois, a fundamentação coerentista, em que a legitimação normativa pautar-se-ia num contrato firmado entre os sujeitos, em que quaisquer conteúdos estabelecidos pelas partes teriam validade. Essa possibilidade também é rejeitada por Kant. Um contrato estabelecido dessa forma não atenderia os pressupostos de universalidade, tampouco de necessidade, sendo concebido *a posteriori*. Assim como em sua crítica epistêmica a objetividade do conhecimento é garantida pelo modo em que os sujeitos constituem os fenômenos, em conformidade com as categorias transcendentais do juízo, a objetividade do conteúdo moral também é garantida por uma categoria prescritiva, que lhe permite agir segundo sua racionalidade pura, independentemente de interferências exógenas, empíricas, permitindo uma ação livre, que não é ilimitada, mas em conformidade com o puro dever, com as leis impostas pelo juízo moral, um agir autônomo.

A fundamentação do direito legítimo dar-se-ia conforme deduzido duma razão pura prática (Kant, 2003, *passim*), capaz de resguardar a autonomia da vontade, permitindo ao sujeito o cumprimento das prescrições morais que orientam sua faculdade de agir. O direito não teria, dessarte, um conteúdo distinto dos imperativos da razão prática, não haveria uma oposição entre moralidade e direito, mas modos diversos de aplicação desse conteúdo moral, teriam uma diferença formal. Dessa maneira, a orientação do direito justo não segue a composição dos interesses duma coletividade, o critério último de fundamentação não é o consenso duma assembléia ratificado numa vontade geral, mas a unidade prático-racional que permite aos sujeitos a formação do consenso.

Outrossim, o direito em Kant (1993, *passim*), diferentemente do contratualismo hobbesiano e lockeano, não tem por objetivo garantir o bem estar do cidadão. O estado é instituído para permitir o exercício intersubjetivo dos direitos, impondo restrições ao agir dos cidadãos para que possam exercer de modo igualitário e não abusivo suas liberdades. O Estado em Kant, qual em Rousseau, tem um fim em si mesmo, razão pela qual não se justifica sua dissolução por motivos utilitários. O Estado é estabelecido para que o dever moral possa ser concluído, não para garantir a felicidade dos cidadãos, a formação do Estado atende um imperativo, uma lei moral da razão. Abrir mão do Estado seria abrir mão do próprio dever moral, seria abrir mão da própria liberdade.

Não objetivando o Estado nenhuma finalidade outra que não resguardar o exercício da liberdade, cabendo-lhe precipuamente a proteção desse direito negativo, e dos outros direitos fundamentais que desse deriva, tal como a vida e a igualdade, compete a tal ente não uma função teleológico-valorativa, contudo uma função formal-limitativa, permitindo que os cidadãos busquem suas felicidades em conformidade com seus valores, nos limites de suas liberdades. O direito surge dessa exigência intersubjetiva de convivência, impondo-se restrições às liberdades para que os cidadãos não extrapolem tais limites, violando a liberdade alheia para consecução de seus projetos ou realização de seus desejos. Essa relação intersubjetiva gera o acordo entre os cidadãos que estabelecem direitos e obrigações mútuas necessárias ao exercício regular da liberdade. Se por um lado todos têm o direito de buscar os projetos pessoais, por outro não podem invadir o âmbito de liberdade alheia para atingirem seus objetivos, o

direito de liberdade garantido a todos cria, simultaneamente, obrigações recíprocas de não violação da liberdade, tendo sua efetividade garantida pela coatividade jurídica.

Distintamente da moral, que estabelece imperativos categóricos, que determinam a ação sem imposição de condições, o direito garante sua efetividade pela possibilidade de coação, utilizando-se dum comando hipotético em que o descumprimento duma obrigação, precedente, gera uma sanção, conseqüente. Sua formalidade tenciona a adequação da conduta ao imperativo legal independentemente do interesse, da motivação do agente. O direito não impossibilita o cumprimento dos deveres morais, os cidadãos podem cumprir os imperativos seguindo motivações utilitárias ou não, mas impede que motivações em desacordo com o conteúdo moral universal venham a ofender direito subjetivo alheio para consecução de fins instrumentais. O direito não impede que os cidadãos busquem os fins instrumentalmente, mas disciplina tal ínterim, já que podem levar a violação das liberdades doutrem.

Essa violação de direitos constante no estado de natureza, estado provisional; não obstante a existência de imperativos que permitiriam ao homem ser positivamente livre nesse estado; implica numa impossibilidade de gozo recíproco de liberdades negativas, consideradas enquanto ausência de restrições injustamente impostas. O estado de natureza não possibilita a regulação das liberdades em conformidade com as leis universais, caracterizando-se pela constante violação de direitos e pelo uso abusivo das liberdades negativas. Essas violações são restringidas com estado civil que deve sua perenidade justamente por proteger os direitos subjetivos garantindo aos cidadãos a faculdade de protegerem e terem reparados seus direitos quando atacados. Os cidadãos ao estabelecerem deveres e obrigações num contrato, sujeitam-se a coação ao violarem as obrigações pactuadas.

A autonomia da vontade é garantida pela exigência de acordo entre as partes, havendo a conformidade dos preceitos legais aos ditames racionais que poderiam ser ratificados pelos sujeitos. Em Kant (1993, *passim*) distintamente a Rousseau; em que o procedimento formal que garante a retidão da norma se dá em conformidade com uma vontade geral intersubjetivamente acordada, realizando-se por meio da participação direta e efetiva do cidadão; o acordo intersubjetivo é pressuposto pela adequação aos preceitos que poderiam ser pactuados por quaisquer seres racionais. O ajuste realizado

factualmente numa assembléia, respeitante aos procedimentos que assegurem a liberdade e igualdade das partes, torna-se procedimento formal transcendental, estabelecendo regras que poderiam ser consentidas pelos sujeitos mesmo quando não participam de sua formação, já que correspondem as suas expectativas racionais.

A racionalidade e consenso podem ser estabelecidos de modo transcendental, mesmo em Estados instituídos mediante a força, mesmo pelos que não tem conhecimento duma cártula contratual originária. O modelo transcendental kantiano serve de diretriz para quaisquer Estados de direito. Para Kant indifere os exemplos empíricos, históricos de instituição estatal, não se atém, ademais, a propor relatos empíricos da passagem dum estado de natureza a um estado civil, tomando-a como pura formulação teórica.

Destarte, o estado de natureza que fora motivo de controvérsias entre os outros filósofos contratualistas; ora figurando como um estado por si mesmo isento de justiça e moralidade, qual em Hobbes, ora como um estado em que os homens conviviam conforme as regras de direito natural sem terem, contudo, uma efetividade no seu cumprimento, qual em Locke, ou um estado em que o homem agia conforme seus instintos, num estágio pré-moral, qual em Rousseau – não obstante se reconheça que tais autores usaram tais fundamentações como recursos teóricos, mas com pretensões de figurarem relativamente à realidade; em Kant não passa dum modelo hipotético ideal que objetiva descrever as condições apriorística para que o direito possa se estabelecer em conformidade com a liberdade privada e pública.

Como dito alhures, Kant responde ao problema do pêndulo rejeitando tanto uma justificação metafísica racionalista quanto uma solução convencionalista. A razão estabelece limites que inadvertidamente o homem tenta transpor, por outro lado o conhecimento do mundo e de suas leis práticas não pode ser dito meras convenções arbitrárias permitindo que se estabeleçam quaisquer conteúdos sobre eles. Existe uma unidade que permite o conhecimento do mundo, e mais ainda o conhecimento objetivo dos imperativos morais, a unidade da consciência. Em última instância é a consciência do sujeito constitutivo que assegura a unidade dos conteúdos da razão prática e do direito.

Contudo, o modelo transcendental kantiano que apela para uma consciência metafísica capaz de gerar uma unidade racional; não obstante responder uma demanda teórica em que o sujeito tem a prevalência sobre o objeto, assim como os direitos subjetivos tem prevalência sobre os objetivos, que surgem da necessidade de se resguardarem os primeiros; não soluciona as controvérsias sobre os conteúdos morais ou sobre o âmbito de atuação dos sujeitos, que podem ter sua liberdade cerceada segundo a orientação racional do Estado. A unidade da razão transcendental não gera necessariamente uma unidade discursiva capaz de estabelecer um consenso entre as partes para criação de leis que se adéquem ao cânon duma razão pura prática.

As teorias contratualistas de Locke e Rousseau objetivavam oferecer não apenas uma fundamentação teórica para legitimação do Estado, mas medidas pragmáticas que permitissem a participação efetiva dos cidadãos no processo legislativo, de modo a assegurar por meio dum procedimento político a unidade entre a vontade do cidadão e a vontade do Estado. Esse critério de legitimação político não se repete na formulação kantiana. Os procedimentos que orientam os cidadãos para formarem um acordo empiricamente, tornar-se-ão condições de legitimação transcendental, em que a prática comunicativa intersubjetiva é abolida em contrapartida duma formulação teórica capaz de chegar ao consenso universal solipsisticamente. A correção dos conteúdos e práticas estatais não passa por um engajamento político do cidadão, mas pela especulação teórica que permite verificar em que grau as práticas estatais se assemelham as exigências racionais.

Isso não impõe um caráter transformador a teoria kantiana, a inadequação do Estado as exigências transcendentais, não sugere que deva ser dissolvido. Verdadeiramente, o caráter revolucionário do liberalismo lockeano, que propõe um direito de resistência, torna-se não-direito em Kant, práxis que não se coaduna com as exigências racionais, mesmo que o Estado factualmente não atenda ao modelo transcendental.

Kant concentrara na metafísica transcendental todos os esforços de legitimação tanto epistêmica, quanto política ou jurídica. A razão transcendental passa a ser diretriz que permite o juízo teórico e moral, e a problemática pendular que havia transferidos seus primeiros esforços de legitimação teórica para uma prática política, retorna ao

ponto de partida, em que as práticas políticas estão subordinadas a uma racionalidade apriorística.

O modelo kantiano não soluciona a precípua dificuldade apresentada pelo modelo do pêndulo jurídico; que distintamente dum modelo vereditivo tem pretensões performáticas; justificar as práticas político-sociais do Estado que impõe aos cidadãos uma série de medidas disciplinares restritivas fundadas em suas próprias razões, razões de Estado, que apelam justamente aos fins de pacificação que emergem do uso arbitrário das liberdades pelos cidadãos. O Estado e o cidadão, por não formarem uma unidade, opondo suas pretensões de legitimidade, não têm na formulação kantiana da máxima universal um conteúdo incontestado para solucionar tal impasse. A metafísica kantiana, igualmente, tornara inócua a discussão quanto ao procedimento político-democrático para formação duma vontade pública, transferindo para um contexto ideal de consenso o impasse real do dissenso.

Romper com esse impasse entre a vontade pública e privada, garantindo a racionalidade dos conteúdos por meio dum procedimento capaz de observar a interação entre os cidadãos; já que no modelo kantiano tal garantia se dá por meio duma racionalidade calcada nas estruturas transcendentais do sujeito, tendo nessa racionalidade transcendental monológica a última instância para julgamento da racionalidade dos conteúdos da razão prática; por meio duma razão dialógica que cumpre o projeto moderno de legitimação, tornar-se-á meta para alguns filósofos contemporâneos.

3.3- Habermas: Legitimação Discursiva

A filosofia kantiana ao apelar para categorias transcendentais do sujeito em que a legitimidade do direito dar-se-ia mediante uma formulação teórico-idealista; garantida pelo controle intersubjetivo das liberdades, não necessariamente por meio duma formulação intersubjetiva dos conteúdos ou na consecução intersubjetiva de fins para formação duma vontade pública em que o Estado se afirme positivamente; não consegue dissolver o paradoxo existente entre a formulação duma vontade privada e duma vontade pública, estabelecendo de maneira consensual seus conteúdos.

Assim, os direitos subjetivos ganham primazia na abordagem kantiana. O Estado cumpre uma função regulamentadora, tornando-se garante das liberdades sem que seja necessariamente democrático. As garantias de igualdade e liberdade asseguradas por um controle político, em que tais princípios são firmados pela participação e formulação direta dum pacto, em Kant (Habermas, 2003, *passim*) é pressuposto por meio duma racionalização estatal monológica, aplicando-se os procedimentos que julgue necessário para garantir aos cidadãos o gozo equânime de suas liberdades negativas.

Os meios institucionais para promoção das liberdades na tradição formalista kantiana constituem um arcabouço lógico, garantem a retidão dos conteúdos sem que eles mesmos sejam pensados como direitos subjetivos, são tomados como construtos imparciais, algo que para os teóricos da democracia se figura como direito de participação na formação pública da vontade. Tal formulação democrática objetiva resguardar a autonomia do indivíduo para que o Estado não venha a agir arbitrariamente em seus meios instrumentais.

Para Kant o instrumental que leva a retidão das normas é o aparato cognitivo. O médium público de formação discursiva é substituído pela reflexão solipsística. A eliminação do debate, meio político procedimental para formação das metas teleológicas e criação das normas, dá lugar à formulação racional que suprime dois valores políticos fundamentais exigíveis também em sede procedimental, a liberdade e igualdade, colocados tão só em termos coteudísticos.

Habermas (2000, *passim*) pretende legitimar o direito retomando o projeto inacabado da modernidade sem apelar, entretanto, a tal aparato metafísico da filosofia da consciência, que privilegia uma abordagem monológica tradicional, em que se transfere do objeto ao indivíduo as garantias de correção de todos os saberes, sejam epistêmicos, morais ou estéticos. A filosofia da consciência ao estabelecer as condições transcendentais para a aplicação justa do direito não só se afasta dos sujeitos concretos e das práticas políticas, mas também de seu caráter mutável, de sua condição histórica, figurando-se como estrutura atemporal.

Contudo, tanto a política quanto o direito se caracterizam por serem fenômenos sociais que se processam nas relações intersubjetivas por meio da linguagem. Ambas as disciplinas mesmo nas formulações filosóficas tradicionais são relatadas enquanto práticas intersubjetivas, distintas do saber epistêmico, caracterizado tradicionalmente por ser teórico e solipsístico, tratado como relação de correspondência entre consciência e mundo.

Habermas (2000, *passim*) critica essa tradição filosófica em que a razão prescindindo duma avaliação histórica, intersubjetiva, apresenta-se como personagem cartesiana, intocável e alheia a quaisquer influências *extra iurem*, em que o sujeito pode conhecer os fenômenos independentemente das relações comunicativas com o outro, e que igualmente descreve a alteridade objetivamente, como reprodução duma consciência .

Para o filósofo alemão mesmo na relação epistêmica os indivíduos estão inseridos num contexto comunicativo, levantando pretensões de veracidade frente ao outro. Dessarte, a verdade não poderia ser definida num contexto comunicativo como correspondência entre a consciência do sujeito e o mundo. Qualquer relato epistêmico é mediado pela linguagem, não se tem acesso privilegiado à consciência do outro para que tal relação seja confirmada, nem mesmo o sujeito poderia relatar suas experiências privadas de modo não lingüístico.

O caráter público da linguagem (Wittgenstein, 1996, *passim*) impossibilita qualquer fundamentação metafísica que apele para descrição solipsística dum fenômeno, os indivíduos compartilhando suas experiências por meio da linguagem não poderiam apelar para instâncias extralingüísticas para justificarem suas pretensões de verdade, validade, e legitimidade nos campos epistêmico, moral e jurídico respectivamente. Desse modo Habermas (2004, *passim*) observa a condição fundamental para configuração de qualquer ato comunicativo, a relação intersubjetiva, que é pressuposto necessário para aqueles que objetivam expor suas pretensões, propondo-se a justificar suas asserções em face dum ouvinte. O ato comunicativo tem por objetivo a criação dum entendimento mútuo direcionado ao consenso por meio duma conversação dialógico-argumentativa.

A justificação argumentativa insere-se num âmbito lingüístico-pragmático, em que as proposições são analisadas não só por sua estrutura sintática e por seu conteúdo semântico, mas segundo os propósitos ilocucionários e perlocucionários que objetivam atender. A linguagem figura-se como estrutura dinâmica, em que suas condições de validade dependem dum contexto de fala, afastando-se, pois, do ideal semântico tradicional que pretendia constituir uma linguagem lógica universal em que o sentido da proposição é dado pelo isomorfismo palavra-mundo. A linguagem desse modo se afasta do modelo descritivista, sendo abordado em outros contextos em que a justificação é necessária, entre esses, o de legitimação das normas jurídicas.

A diversidade dos atos ilocucionários; tais como os assertivos, proposições que descrevem o mundo, diretivos, que objetivam levar o interlocutor a fazer algo, compromissivos, exprimem um imperativo do sujeito em face dum interlocutor, expressivos, que manifestam os estados psicológicos, declarativos, instituem uma nova realidade ao serem proferidos; propostas pela taxonomia searleana (Searle, 1995, *passim*) que trazem algumas condições de possibilidade para que sejam bem sucedidos, dentre elas as condições de sinceridade do sujeito falante (crer, querer etc), são acrescentados outros chamados por Habermas (2001a, *passim*) de atos comunicativos.

Os atos comunicativos se diferenciam dos apresentados por Searle (1995, *passim*) por terem como condição de sucesso não apenas a relação do enunciado com o mundo, qual são definidos por esse filósofo na direção de ajuste, mundo-palavra, em que a palavra se adéqua ao mundo ou palavra-mundo, quando o mundo se adéqua a palavra, ou na condição de sinceridade, atendo-se ao caráter subjetivo daquele que profere o enunciado, mas precipuamente ao caráter intersubjetivo da comunicação em que tanto a veracidade, a validade, e a legitimidade das proposições são colocadas em face dum interlocutor que pode aceitar ou rejeitar tais pretensões. Habermas situa o critério intersubjetivo como condição de êxito de quaisquer atos, assim mesmo que uma lei cumprisse requisitos formais poderia não ser legítima, ser consentida racionalmente.

Os atos comunicativos diferem, pois, dos demais por terem como condição necessária o entendimento mútuo, objetivando não apenas ter uma validade monológica, caracterizada pela descrição das condições constitutivas internas agrupando-se taxonomicamente, mas orientando-se ao debate necessário para que os enunciados tenham sua validade ratificada consensualmente. A ação comunicativa caracterizar-se-á não pela condição de validade objetiva, mas pela mediação discursiva em que os participantes diante dum entendimento mútuo que subjaz a própria linguagem, ratifica ou aparta as pretensões ilocucionárias conforme sua capacidade motivacional argumentativa.

De tal sorte, todo ato comunicativo atende uma dimensão perlocucionária incluindo em sua condição de possibilidade a ratificação das pretensões de verdade, validade e legitimidade pelo outro, levando-o a compartilhar tais convicções com o falante. Na abordagem searleana para atenderem-se as condições de possibilidade dum ato assertivo ou compromissivo *vg.* o estado psicológico do falante, a crença na asserção, ou a real intenção de cumprir o prometido, respectivamente, são condições suficientes para sua felicidade, de modo que mesmo que a alteridade não venha a compartilhar as convicções com o agente ou não acredite em suas promessas os proferimentos terão atendido suas condições de possibilidade.

As condições de possibilidade apresentadas por Searle têm caráter normativo, estabelecendo critérios para determinação de atos de fala normais e anormais, ou seja, entre aqueles que atendem todas as condições para sua realização e os que falham em determinado aspecto. O filósofo descreve algumas condições extralingüísticas e lingüísticas tais como as condições de contorno, condição de relevância, condição de lealdade etc, estabelecendo formas puras, ideais, para que um ato ilocucionário possa ser realizado.

Essas condições de possibilidade necessárias para realização eficaz dum ato de fala é transplantada por Habermas a esfera discursiva. O filósofo (Habermas, 2001, *passim*) distingue a ação comunicativa ordinária duma esfera discursiva, distinguindo-se a segunda da primeira por ser essa crítica, problematizando as pretensões de validade, não sendo tão só um falatório despropositado. Nela os agentes objetivam apresentar justificações para os proferimentos problematizados, seja sobre a validade de opiniões ou de normas de modo a atingirem um consenso por força exclusiva da argumentação.

Não se poderia dizer que quaisquer tipos discursivos atendem as condições de possibilidade para que possam ser ditos legítimos, ou que quaisquer consensos podem ser adjetivados racionais. A linguagem cotidiana é marcada por empecilhos factuais capazes de viciar um contexto dialógico. Não bastaria, pois, a uma teoria comunicativa elencar fenômenos discursivos empíricos, já que o critério de legitimação não está na ordem do ser mas do dever-ser. A teoria comunicativa deve ser capaz de estabelecer limites para que as práticas empíricas possam ser julgadas não segundo regularidades habituais, mas seguindo padrões de racionalidade.

Contudo, o padrão de racionalidade é estabelecido dentro duma esfera discursiva que deve, por sua vez, ser também legitimada. Desse modo, o próprio padrão metodológico que estabelece a legitimidade deve ser dado num contexto discursivo. As condições de legitimação não regressam *ad infinitum* em sucessivas tentativas sobrepostas de legitimação, se assim se desse o diálogo seria impossível, até mesmo na comunicação ordinária. Existem, assim, condições de possibilidade discursiva que são pressupostas mutuamente pelos falantes, condições previamente consentidas, que atendem suas expectativas racionais, aquilo que esperam uns dos outros para que qualquer discurso seja legítimo.

Poder-se-ia, então, dividir as condições de possibilidade para o discurso legítimo em três níveis: condições exigíveis duma primeira pessoa, falante, condições exigíveis duma segunda pessoa, ouvinte, e condições da terceira pessoa, mundo compartilhado. No que se refere à primeira pessoa, mister o vínculo intencional com o argumento proferido em que se pressupõe uma *bona fide* do debatedor, aceitando como válido o próprio argumento, não estando corrompido por quaisquer forças extra-argumentativas, coação ou por pretensões estratégicas.

Em relação à segunda pessoa é forçosa a intenção perlocucionária voltada ao entendimento mutuo, tratando os debatedores de forma igualitária e pressupondo sua racionalidade, utilizando-se unicamente de argumentos que pretenda verdadeiro de modo a convencer o interlocutor da validade de suas pretensões. O interlocutor deve ser motivado unicamente pela força argumentativa, sendo tratado como o fim da ação não como meio instrumental para consecução dos fins individuais do debatedor.

No que se refere a terceira pessoa é imprescindível a existência das condições de contorno, existência de falantes com competências lingüística além da possibilidade de compartilharem certas verdades aproblemáticas, tornando o diálogo possível. Esse pano de fundo faz parte do mundo da vida, enquanto conjunto de pressupostos que possibilitam aos indivíduos se inserirem num contexto de fala, numa comunidade lingüística, pressuposto mínimo e necessário para realização de qualquer comunicação, demonstrando um predomínio do entendimento mútuo na própria estrutura lingüística.

Essas condições intersubjetivas previamente consentidas têm caráter transcendental, apresentando-se como estrutura idealizada que estabelece critérios procedimentais para realização dum discurso válido em qualquer esfera argumentativa, servindo de crivo para o julgamento de atos comunicativos puros, ou seja, separando os atos performativos voltados ao debate e entendimento, dos atos performativos estratégicos, em que a orientação do ato comunicativo serve para persecução de fins individuais, numa racionalidade instrumental em que a alteridade não se mostra como participe racional capaz de justificar e interferir reciprocamente em tomadas de decisão, mas tão só como um objeto a ser considerado no cálculo para consecução desses fins.

A ação comunicativa; não por determinar objetivamente a validade das pretensões, mas por mediar a ação dos participantes racionais dum discurso, que diante do entendimento mútuo que subjaz a estrutura lingüística ratifica ou afasta pretensões de validade em proferimentos ilocucionários, objetivando a unificação do entendimento por meio duma validação racional dialógica; permitiria a formação crítica da consciência e dos projetos sociais. A razão comunicativa se apresenta como alternativa a uma racionalidade instrumental que tornara predominante na sociedade moderna.

A modernidade (Habermas, 2001, *passim*) que trouxera a crítica as estruturas integradoras dogmáticas; impondo um novo paradigma tanto epistêmico quanto político, respeitante aos limites duma razão autônoma, à participação das metas sociais, e à formação pública da vontade; não conseguira cumprir seu projeto dando origem a um quadro social “patológico” em que o aumento da complexidade rompe com os vínculos de solidariedade, fazendo com que essa sociedade aja em conformidade com os imperativos do dinheiro e poder, absorvendo de maneira acrítica os parâmetros da economia liberal, do saber técnico científico, e do direito formal burguês.

Entretanto, mesmo diante dos fenômenos de centralismo político, da burocratização estatal, e do fomento ideológico, a mentalidade revolucionária da modernidade ancorada pelo liberalismo político, defensor dos princípios de igualdade e liberdade, continua a ser postulado por Habermas como ideal duma sociedade que soubera romper com a dominação tradicional, exigindo não só padrões de racionalidade ligados a burocratização e a dominação legal, mas a legitimação das instituições por meio da formação duma vontade geral processualmente orientada, garantido a participação coletiva e a tomada de decisão pública motivada.

O caráter normativo transcendental da teoria do agir comunicativo objetiva regular os processos de tomada de decisão legítimo, impedindo que os conteúdos e metas teleológicas originárias dum discurso performativo estratégico possam orientar as ações sociais de modo a atender instrumentalmente as necessidades egoísticas de certos grupos ou indivíduo. Desse modo, o agir comunicativo serve de filtro que barra a utilização de discursos ideológicos fornecedores de pseudo-justificações que levam o agente ao acordo, não por força da argumentação legítima e dum agir autônomo

assimilado pelo outro, mas por uma falsa consciência, uma falsa percepção dos fenômenos e das próprias intenções do falante.

O direito em Habermas serve justamente de mediador instrumental que efetiva tais condições ético-transcendentais em condições reais de fala. A ética discursiva que pressupõe condições contra-factuais que permitem o agir comunicativo voltado ao entendimento, outrora atendido mediante os pressupostos racionais dos agentes que se envolvem num debate, passa a ser assegurado por um instrumental normativo-coativo limitador daquelas condições factuais que deslegitimam o processo comunicativo. A distinção segue a cunha kantiana em que os pressupostos éticos racionais possuem conteúdo idêntico ao do Direito, mas forma de efetivação distinta.

O direito (Habermas, 2003, *passim*), assim, imbricar-se-á a moral desde sua gênese ao criar um modelo procedimental; pautando-se por princípios democrático-discursivos que garantam o respeito simétrico as liberdades dos sujeitos primando pelas metas ilocucionárias voltadas ao entendimento, enquanto *conditio sine qua non* da formação duma ordem legítima. Dessa monta, o uso da força para imposição dum imperativo ético-jurídico é ratificado ao concatenar-se a uma moralidade discursiva, ao imperativo racional, não enquanto imposição fática, violenta e injusta, mas sim como poder legitimado pelos agentes comunicativos capazes. Também em Kant (1993, pp.45-46) a imposição da coerção não impede o agir ético, sendo aplicada àqueles que excedem no uso de sua liberdade negativa, agindo de modo abusivo, violando alguns dos preceitos discursivos.

Tal qual na ética kantiana, que se opõe as de tipo utilitarista, o modelo habermasiano não visa atender os interesses particulares, as metas teleológicas individuais, senão assegurar que os sujeitos possam conciliar por meio duma prática discursiva a sua vontade, sua busca da felicidade enquanto indivíduo, a uma vontade pública, imbricando as liberdades privadas as necessidades do corpo político. Assim, como as diversas vontades particulares esbarram numa ética discursiva que as limita, também será limitada pela mediação dialógica do debate público que traz à tona as metas sociais. A vontade privada é mediada pela vontade pública nascida do embate intersubjetivamente consentido, e a vontade pública é mediada pela vontade privada,

emergindo de forma dialética uma vontade geral respeitante ao âmbito privado dos sujeitos.

A unidade discursiva e das metas sociais outrora vinculados as formas de legitimação tradicional; após as transformações sociais ocorridas pelo processo de divisão do trabalho e do saber, além da fundamentação racional e política trazida pela crítica moderna a religião e a metafísica, centrada na figura dum sujeito pensante; tornar-se-á insuficiente para estabelecer metas teleológicas publicamente, diante da diversidade de modos de vida, de linguagens, de projetos sociais e individuais inconciliáveis. Mesmo que o direito pudesse garantir por meio de seus imperativos o controle social abstrato, não permitiria a assimilação de suas próprias categorias e a realização intersubjetiva dos projetos, concatenando-se ainda às metas individuais, caso não pudesse assimilar a diversidade de linguagens.

Habermas, (2003, *passim*) consciente dos riscos de dissenso trazido pelo aumento da complexidade social e pela desintegração da unidade sinótica trazida pelas certezas metafísicas, apela às estruturas mais básicas de integração social não problemáticas, mundo da vida e linguagem natural, em que se permeiam experiências existenciais de todos seres humanos, além da aposta numa capacidade universal de tradução por meio dessa linguagem básica. Tanto o mundo da vida quanto a linguagem natural, não são estanques à estrutura formal do Direito. O direito exatamente por tratar-se dum construto ético-normativo formal, não abarcaria um conteúdo positivo capaz de impedir a assimilação de outros ou uma meta teleológica que impedisse sua aplicação segundo os diferentes momentos e necessidades históricas.

Tratando-se duma estrutura formal como poderia trazer o direito a tona a multiplicidade de discursos e de metas teleológicas? Habermas (*ibidem, passim*) apreende a condição de co-originalidade entre direito e política, sendo este responsável pelo controle instrumental, ético-normativo, para construção da vontade pública, e essa o meio de participação dos agentes na formulação dos imperativos legais de modo aberto e igualitário, respeitantes a pura capacidade argumentativa que lhe dá legitimidade. Num debate político todas as partes interessadas são chamadas a apresentar seus argumentos defendendo seus pontos de vista, de modo que as decisões obtidas naquele contexto de fala atenderão um imperativo estabelecido por meio dum

consentimento racional que só será aplicado de modo coativo quando arbitrariamente negligenciado pelas partes.

As condições procedimentais habermasianas salvaguardam o Direito das críticas marxistas; que observara nesse a implementação de interesses privatísticos e irracionais dominados por imperativos factuais do dinheiro e poder, convertendo-se em superestrutura ideológica que atende os princípios duma racionalidade instrumental; convalidando-o em mecanismo de integração social e controle ideológico. A integração social se dá por meio da implementação das políticas públicas decididas legitimamente por todos interessados, sendo capaz, dessarte, de barrar imperativos de ordem econômica e permitindo que todos os interesses sociais ligados inclusive a divisão de riquezas possam ser ratificados por um processo de decisão político. A liberdade e igualdade, princípios apriorísticos do processo democrático, permitem que os *bônus* e *ônus* sociais sejam divididos de modo equânime entre todos indivíduos.

Assim, o bem estar social poderá ser tratado de maneira global não estando limitado ao gozo do patrimônio material, mas a proteção das liberdades, ao acesso dos bens intelectuais, ao ambiente ecologicamente protegido etc. por meio dos princípios democráticos vinculados ao direito e a participação política, não por força *adivosa* e unilateral dum Estado paternalista. O princípio democrático para Habermas não se configura como um bem a ser considerado num cálculo de felicidade utilitário, é imposto como condição procedimental.

Desse modo, Habermas (2003, *passim*) pretende conciliar o pressuposto da tradição liberal; em face da relevância das garantias que permitem aos sujeitos se oporem ao uso abusivo das liberdades negativas e a imperativos demagógicos; às metas finalísticas que permitam a harmonização entre os diversos modos de vida com seus projetos, e uma vontade pública que une esforços para realização dos bens comuns de modo justo. A teoria do agir comunicativo pretende solapar o problema pendular seja em sua abordagem epistemológica; em que a fundamentação nem se dá mediante um imperativo de natureza, nem por meio duma convenção que abarca qualquer conteúdo, mas pela argumentação dialógica em condições procedimentais adequadas capazes de justificar intersubjetivamente sua veracidade ou retidão normativa; seja em sua abordagem político-pragmática, em que as liberdades privadas e as necessidades

públicas se compatibilizam mediante a práxis livre e igualitária dos agentes, protegidas pelo princípio democrático, atingindo-se um consenso.

O consenso racional-argumentativo que se opera por meio duma linguagem compartilhada intersubjetivamente aparta a tese intuicionista que aponta para possibilidade de acesso a conteúdos privados, além de exigir que todas proposições assumidas numa debate sejam justificadas. O debate público equivale ainda a uma prática dialético-temporal, atendendo a peculiaridade do tempo histórico ao qual se inserem os partícipes reais. Assim Habermas pretende dissolver as antinomias entre intuicionismo-coerentismo, vontade privada e pública, teoria-práxis: o processo dialógico é uma práxis argumentativa, calcada numa linguagem pública capaz de justificar as proposições e tomadas de decisão, gerando um consenso entre os partícipes nas diversas dimensões ilocucionárias, precipuamente para o estabelecimento das metas sociais.

3.4- Democracia e Jurisdição

O Estado Democrático de Direito concebido como estrutura formal que se divide no exercício harmônico das três funções - legislar, aplicar, ou adequar a norma - em sua lógica permite a legitimação racional procedimental pelos pressupostos da formação discursiva da lei em âmbito parlamentar, processo de criação de leis gerais num contexto amplo de discussão, no âmbito executivo, pela aplicação dos preceitos regulamentadores gerais e específicos na administração pública deduzidos dum imperativo parlamentar prévio, e no judiciário pela observância da norma com a participação dos interessados no processo, favorecendo os elementos de convicção dos aplicadores da norma ao caso concreto, juízes e tribunais.

Dessarte, como garantir a unidade discursiva em núcleos funcionais díspares que constituem um mesmo Estado? A tripartição das funções estatais é capaz de gerar modos peculiares de exercício e de vivências pragmático-lingüísticas com a norma. Certamente, as diferentes funções exercidas dentro do Estado por agentes especializados que dominam linguagens estritamente técnicas, atendendo procedimentos diversos, cria subsistemas que atendem princípios distintos.

Entretanto a atividade hermenêutica dos agentes estatais deve ser direcionada segundo princípios estabelecidos por em um Estado constitucional de modo a atender os interesses socialmente legitimados (Häberle, 2002, *passim*). A orientação principiológica serve de paradigma para esclarecer o sentido normativo autêntico emanado pela assembléia no momento de criação da norma. Os princípios carregam o espírito valorativo que aponta o *telos* hermenêutico que passa a orientar todas as funções estatais, garantindo assim a sua unidade e harmonia funcional.

Contudo, a apreciação principiológica por parte dum grupo funcional especializado; qual se dá na prestação jurisdicional, incorporado a um círculo hermenêutico peculiar, possuidor de longa tradição - nem sempre democrática – e portador dum jargão ininteligível ao leigo; estreita o potencial semântico desses princípios, que seriam capazes de atender inclusive o caráter dinâmico da sociedade,

apartando a norma, abstratamente concebida pelos agentes públicos, de sua vivência e aplicabilidade prática.

A apreciação da norma por parte dum corpo burocrático gera uma cisão entre a atuação estatal, com seus subsistemas especializados, que atenderiam a semântica de grupos fechados, e a sociedade que vivencia e legitima o sistema normativo. A efetivação do ideal democrático, pressupondo uma autonomia em que os cidadãos estabelecem as próprias leis que devem seguir, torna-se um construto formal em que a própria legalidade procedimental garante a legitimidade dos resultados. Os pressupostos formais que explicitam o funcionamento do corpo burocrático e dos subsistemas permitem que o restante dos cidadãos tome como legítimos os imperativos estabelecidos por uma minoria.

A valorização da forma em detrimento do conteúdo, estabelecido por uma minoria, gera uma ruptura entre Estado e cidadão em que o formalismo se sobrepõe aos valores e metas racionais, podendo ser aplicados arbitrariamente desde que sejam válidos. Desse modo a afirmação formalista de tipo kelseniano, (Kelsen, 2003,p.79) em que qualquer conteúdo pode ser direito, reflete a problemática pendular concernente a condição daquele contratualismo “vazio”. A exigência do modelo democrático firmado na noção de autonomia, ancorado pela crítica às formas tradicionais de dominação e do pensamento metafísico, pretende garantir a racionalidade dos conteúdos mediante o controle procedimental impondo condições contra-factuais para que os imperativos sejam válidos precipuamente a participação de todos interessados.

Tais considerações fazem com que a jurisdição compreendida como prestação imparcial e unilateral do Estado; já que as partes servem tão só para levantarem suas pretensões resistidas a um órgão de decisão, devendo a esfera julgadora adequar isomorficamente o fato a norma e dizer o direito - há certamente nesse processo uma participação dos interessados para formar a convicção do juiz, que é, contudo, livre para decidir segundo suas convicções, conforme concatena o fato à lei; assumam uma nova conformação que se adeque às novas necessidades de legitimação postuladas pela sociedade hodierna, abandonando um paradigma fechado em que os órgãos jurisdicionais estabelecem o conteúdo e o sentido normativo, para um paradigma aberto em que a sociedade como um todo é considerada participe no processo de entendimento

e aplicação da norma, tal como formula Häberle (2002, pp.12-13) em sua teoria juídico-hermenêutica.

O jusfilósofo propõe um modelo hermenêutico em que os diversos agentes sociais participem do processo de aplicação e interpretação constitucional saindo assim duma concepção de sociedade fechada à de sociedade aberta, atendendo um princípio democrático, visto que todos os grupos sociais estão vinculados a constituição. O conceito de interpretação está ligado à relação dos agentes com a norma, que ao vivenciá-la em seu dia-a-dia acabam interpretando-a ou co-interpretando-a. Essa concepção é oposta a uma visão técnica e tradicional que toma a hermenêutica como análise consciente e intencional dum texto, qual abordado por Hesse (Häberle, 2002, pp.14-15) e mesmo criticada a muito por Schleiermacher (2006, p.15) que universaliza o ato hermenêutico como forma de compreender o mal-entendido em qualquer diálogo. Dessarte, quando um cidadão se depara com a norma ou age em conformidade com seu imperativo já está a interpretá-la. Toda ação que pressupõe uma compreensão da norma, ou uma vivência com ela é uma interpretação antecipada.

Desse modo, tais agentes sociais que participam da interpretação constitucional em sentido *lato* constituem forças produtivas de interpretação. Essas forças produtivas servem de fonte e influencia para decisão e legitimação hermenêutica numa sociedade democrática. O princípio da democracia estabelece como condição a participação dos cidadãos nas tomadas de decisão de modo a legitimar as ações do Estado e sendo a prestação jurisdicional, precipuamente numa contenda constitucional, um processo que abarca uma multiplicidade de interesses e interessados, que em certa medida se aproxima duma formulação normativa geral e abstrata, processo legislativo, não se poderia restringir a compreensão desses preceitos constitucionais a uma pequena corte. Tem se dessa forma uma aproximação entre sociedade civil e Estado.

Häberle (2002, *passim*) apresenta um catálogo sistemático que elenca os participantes da interpretação, não constituindo *numerus clausus* os agentes elencados. São eles representantes do Estado e suas funções, participantes do processo em geral (juízes, partes, terceiros interessados, peritos), grupos de pressão organizados, requerentes em processos participativos, *vg.* em audiências públicas, a opinião pública, e a própria doutrina constitucional. Os partícipes aqui elencados demonstram que todos

potenciais interessados participam do processo de entendimento normativo que não pode ser concebido como expediente exclusivamente estatal. Os grupos podem ser considerados interpretes constitucionais indiretos ou em longo prazo e o próprio contexto factual em que se processa a interpretação constitucional faz parte dessa atividade hermenêutica. Todos que interferem na formação da convicção do juiz para sua tomada de decisão podem ser considerados interpretes, nisso ter-se-ia uma multiplicidade de fontes do direito.

O caminho para essa nova atitude hermenêutica é a superação do paradigma da subsunção – em que se falara até mesmo em proibição da interpretação por parte dos agentes públicos, respeitando-se as determinações do órgão parlamentar e a pura vontade da lei – exigindo-se a integração da realidade social no processo de interpretação. Não se pode conceber o processo de interpretação estanque as influências dos agentes sociais. Toda essa atmosfera formada por um arcabouço teórico e prático tradicional, permite, não um desvirtuamento de sua atividade, outrora concebida como necessariamente distante das considerações dos envolvidos em favor duma imparcialidade, mas a legitimação, ao considerar o interesse público em sua tomada de decisão, vinculando-se aos valores sociais prementes erigidos num ambiente democrático que abarca os mais diversos atores, qual se mostra na própria criação duma carta constitucional.

As forças sociais não podem ser consideradas meros objetos, que são calculados instrumentalmente por um juiz formalmente constituído. Tais forças e agentes são partes integrante da realidade da constituição, são sujeitos que constituem intersubjetivamente o sentido da norma fundamental. A práxis atua na legitimação da teoria e a ciência constitucional deve considerar em seu método não o formalismo que repete o modelo clássico da *adequatio*, mas a metodologia que se abre a crítica e a participação dos diversos agentes, levando o interprete a considerar a aplicação da norma como uma empreitada intersubjetiva. A democracia não se desenvolve no âmbito formal, mas por um processo dialético capaz de mediar a ação estatal e a vontade pública em que ninguém dispõe duma exclusiva legitimação para interpretar, mesmo estrito senso. Esse construto é um desenvolvimento do processo em que não há um dirigente único, mas diversos interpretes com posições controversas. Na democracia

liberal o cidadão é interprete e por isso as liberdades negativas de opinião são garantias tão importantes.

Desse modo, mantém-se o ideal de soberania popular postulado por Rousseau (Häberle, 2002, p.38) sem, contudo, identificar no povo a personificação do monarca, realizando uma única vontade, mas que é forçosamente uma comunidade plural e democrática. Existem assim muitas formas de legitimação democrática o que se impõe é uma mudança de paradigma, considerando a democracia não enquanto unidade popular, mas pluralidade cidadã, assumindo a interpretação um caráter multifacetado. A sociedade é tão mais livre e aberta na medida em que amplia o círculo de interpretes.

A assunção desse novo paradigma traz conseqüências à hermenêutica constitucional. A interpretação passa a ser relativizada mediante a participação de diversos agentes, em que as forças sociais se antecipam às interpretações dadas pelos juízes e pelos tribunais. Mesmo fora do sistema formal do direito em sentido estrito muitas questões não chegam ao judiciário, fazendo subsistir uma constituição em sentido material, na prática cotidiana dos órgãos e da vivência dos cidadãos, podendo esse processo de interpretação, dentro e fora dos tribunais, ser infinito. Contudo, em face das divergentes e até contraditórias interpretações, a jurisdição, fundamentada no caráter integrador da constituição, utilizar-se-á de métodos e princípios pelos quais justificarão suas decisões, servindo assim de filtro que canalizam e disciplinam essa avalanche hermenêutica. O processo deve, deste modo, aproximar os órgãos de decisão desses potenciais interpretativos permitindo a ampliação do horizonte hermenêutico nesses âmbitos institucionais.

Esse princípio integrador não pretende gerar um consenso artificial. A busca de harmonização entre os diversos pontos de vista nem sempre é possível, ademais, as partes no processo judicial atendem um agir comunicativo estratégico, valendo-se da interpretação que melhor resguarde seus interesses. Essa divergência pode ocorrer também pelo modo em que os órgãos estatais observam a norma, visto que realizam funções e atendem pretensões distintas, valorizando-se certos princípios em detrimento doutros. Não se poderia, pois dizer que tais decisões não são acertadas, o que é premente é permitir uma maior participação nesses processos, que poderão de qualquer modo ser apreciados pelo judiciário.

Em certa medida a abordagem duma sociedade aberta apresentada por Häberle aproxima-se da definição de direito apresentada nas primeiras páginas desse trabalho: o direito é posto aqui como um fenômeno social aberto que está para além do sistema jurídico dos tribunais e dos agentes especializados, abarca ainda atos jurídicos que nem mesmo chegam a ser apreciados por esse sistema, assimilando uma multiplicidade de linguagens que serve ulteriormente de potencial hermenêutico para os tribunais. Os caminhos se cruzam em alguns pontos, mas partem de pressupostos diametralmente distintos. Häberle compreende o fenômeno jurídico de maneira aberta, num sentido lato não porque estão fora do construto formal albergado pelo Estado, mas por entender que o Estado inclui, ou deve incluir todos esses fenômenos, toda essa pluralidade social que está representada concretamente pela constituição no momento de sua formulação e que atende o imperativo principiológico da democracia.

O ponto fundamental não é demonstrar a multiplicidade de jogos que podem ser abarcados num conceito de direito, que observa em diversos fenômenos normativos as semelhanças de família, e assim multiplicar os agentes em proporção da multiplicação dos jogos, mas multiplicar o numero de jogadores em razão da forma que jogam o único jogo possível, o do direito emanado pelo Estado e o modo que compreendem seu regulamento precípua, a magna carta. Certamente a mudança hermenêutica, o modo de compreender as regras, modifica parcialmente o jogo. Isso faz com que haja uma pluralidade de compreensões ou que essa pluralidade passe a ser considerada ao se buscar um árbitro para determinar definitivamente a regra em caso de conflito. Os modos de vida e linguagens, que podem dar origem a uma diversidade de vivências jurídicas, passam a ser canalizados para esse eixo estatal em que são assimilados pelo direito.

Essas considerações demonstram a distinção fundamental entre as duas abordagens, numa tem-se um complexo de vivências formulando o conceito de direito, noutra existe um conceito de direito que integra o complexo de vivências. Häberle ao explicar sobre a função integradora do direito repete *ipsis litteris* o que fora anunciado como a visão tradicional do direito, a vocação centralizadora, racionalista e estatizante, e mesmo evocando-se tão valiosa abertura hermenêutica que congloba os diversos agentes sociais em sua interpretação, permitindo um maior número de interlocutores,

demonstra o papel disciplinar precípua exercido pelo órgão competente, que tem a última palavra.

Certamente haverá por parte dos agentes sociais que convivem com uma lei uma diversidade vivencial compreensiva sobre ela, tal qual se dá em qualquer tipo de prática lingüística e, dessa monta, o papel de interprete dos agentes que assimilam a lei é incontestável. Mas Häberle parece estabelecer dois níveis de interpretação: uma que se antecipa a interpretação oficial, uma hermenêutica constitucional exercida pelos agentes em geral, e outra mediada pela atuação dos especialistas num campo mais restrito, a interpretação dos tribunais. A primeira parece fornecer um substrato confuso e irracional, já que aponta contradições e teses desarmônicas, cabendo a segunda justamente dar razoabilidade ao sistema, garantindo um consenso assegurado pela visão sinótica do juiz, capaz de mediar e sintetizar o conjunto de interpretações dissonantes e estratégicas, numa interpretação dialógico-racional.

Em que medida poder-se-ia falar em princípio democrático em Häberle e Habermas? Em ambos o processo serve de médium racional, garantindo que todas as partes interessadas levantem suas pretensões de maneira livre e igualitária. O caráter universal impede que pensamentos divergentes, mesmo duma minoria, sejam limitados ou silenciados. Também o princípio de liberdade pretende garantir aos debatedores a possibilidade de levantarem suas pretensões sem que sejam coagidos por fatores externos a argumentação. A igualdade garante que todos tomem partido no processo de decisão, possuindo meios simétricos para apresentarem seus pontos de vista. Deve-se perguntar, entretanto, em que medida tais condições de possibilidade podem ser efetivamente cumpridas.

4. DIREITO OU DEMOCRACIA

4.1- Inabilitação Ético-Discursiva

Habermas (2001, *passim*) aposta num modelo procedimental que objetiva legitimar as tomadas de decisão em razão de sua conversão dialógica, barrando-se as pretensões estratégicas e egoísticas, em que se leva consideração a argumentação de todas as partes envolvidas para formulação dos imperativos legais. A legitimidade deste modo está vinculada a possibilidade de atender-se aos princípios democráticos tais como a liberdade, igualdade, participação, num contexto de fala protegido, sob condições contra-factuais que atendem os pressupostos duma moral racional.

A exigência de cumprimento das condições contra-factuais é forçosa para legitimação discursiva, sem a qual o procedimento cumpriria uma função meramente burocrática, garantindo a validade normativa sem que essa fosse efetivamente racional e legítima. A mera garantia de formalidades que não atendem os pressupostos duma ética discursiva são incapazes de atender as necessidades racionais que pretendem cumprir uma função integradora por meio duma aceitação autônoma dos imperativos pela força de sua motivação racional e não por uma imposição factual que atende a fins estratégicos.

Contudo, não se deveria antes de se estabelecer certas condições procedimentais, certos imperativos contra-factuais, questionar-se se eles são possivelmente realizáveis? Cabe aqui uma preocupação deontológica em que certas condições são estabelecidas como obrigatórias, mas que não poderiam ser realizadas aprioristicamente em nenhum dos mundos possíveis, ou seja, o imperativo perde sentido ao se fazer uma exigência que não pode ser realizada, ter-se-ia não um valor ‘F’ ou ‘V’, não seria o caso de dizer que a realização das condições não se dá em nenhum dos mundos, mas de dizer que o próprio mundo é incompatível com tal imperativo. Existiria, pois, uma incompatibilidade formal entre um dever ético e o ser do mundo, tratar-se-ia, dalgum modo, de duas estruturas diferentes e inconciliáveis.

Essas questões são convenientemente omitidas pelo filósofo alemão que certamente não levava as últimas consequências, ao radicalismo, seus pensamentos. A eticidade do mundo não pode ser tomada como axioma aproblemático, em que a maioria dos indivíduos está disposta a cumprir com suas obrigações morais, não prejudicando o outro em seu próprio benefício, sendo preciso tão só criar imperativos jurídicos de conteúdo moral, para impor àqueles indivíduos que negam sua autonomia, o cumprimento desses preceitos, garantindo assim a ordem social.

Esse íterim que começa pelo questionamento moral mais fundamental – se é possível ser ético – foi percorrido pela ética negativa (Cabrera, 1996, *passim*) que problematiza exatamente a visão ética tradicional, dentre elas a ética discursiva habermasiana, em que se postula por um valor intrínseco a vida humana ou no caso que será mais profundamente evidenciado aqui, um valor afirmativo na linguagem, que se volta naturalmente ao entendimento. Esse pano de fundo que para as éticas tradicionais são aproblemáticos como o caráter consensual da linguagem ou do próprio valor da vida são questionados por essa abordagem negativa. Todos os dilemas tratados pela ética negativa serão aqui transplantado para o campo discursivo, o plano da ética habermasiana.

As analogias serão aqui transferidas dum campo a outro em que demonstrar-se-á *pari passu* não só a condição de inabilitação moral estrutural da vida humana, mas ainda da linguagem que a acompanha. Para isso a distinção feita anteriormente em termos lógicos é colocada em termos fenomenológicos. A estrutura lógico-formal passa a corresponder a estrutura mesma do ser, a uma ontologia, e os modos de disposição desses mundos possíveis passam a corresponder a uma situação ôntica. A distinção feita entre ser e ente na ética negativa é tão só aproximativa a noção heideggeriana (Cabrera, 1996, *passim*), que se atém a uma analítica existencial do Dasein, não a uma análise moral, sendo mesmo criticada por conter elementos afirmativos.

Para ética negativa o ser mesmo não possui nenhum valor, isso não se confunde com os valores determinados no plano ôntico, no mundo dos entes, em que construímos uma infinidade valorativa e de modos de ser, pode-se dar valor a muitas coisas no plano intramundano – família, amigos, bens materiais – sem que estruturalmente o ser o tenha – para o ser mesmo, naturalizado, não faz o menor sentido dizer que algo é bom ou mal,

não se pode valorar quando dois átomos se chocam, e em analogia, qualquer choque humano, *vg.* um assassinato, poderia ser visto como um choque atômico (essa analogia como em qualquer analogia, traz problemas, já que um choque atômico é uma descrição física, logo ôntica, da natureza). A ontologia naturalizada refere-se à estrutura da natureza em seus aspectos fundamentais, tais como a geração, a terminalidade, o definhamento, o atritar. Não está ligada nem a uma metafísica religiosa, tampouco cientificista, e mesmo não dando valor intrínseco à vida, não se mostra agnóstica, tentando demonstrar como tais estruturas fazem com que o ser mesmo seja doloroso e moralmente inabilitante.

A inabilitação moral dar-se-ia pela impossibilidade humana em atender um mínimo ético, uma articulação ética fundamental (AEF), que se pretende aceitável pelas mais diversas teorias morais. Tal articulação pode ser resumida na seguinte máxima: comporta-se de tal maneira que não seja o caso que a única coisa que importe seja a defesa sem restrições de seus próprios interesses, dispondo-se, caso a consideração de interesses alheios assim exija, a ir contra os próprios. Entretanto, a condição estruturalmente dolorosa do ser que é terminal, definhante e conflitante, origina um cenário em que mesmo o imperativo moral mínimo não pode ser cumprido. Mesmo pessoas bem intencionadas, de boa fé, ocupam um espaço alheio, sacrificam o outro pelo próprio fato de serem. Em todo caso, mesmo os que agem intencionalmente, com dolo, ou aquele que descumprem preceitos exigíveis, com culpa, violam a AEF, e a distinção só pode ser dada no nível da culpabilidade, não da violação.

A ética negativa ao desinflacionar a vida de valores intrínsecos e demonstrar a inabilitação ética pelo simples fato de se estar aí, exigirá daqueles que ainda se propõem a serem éticos não mais um mínimo moral, mas um mínimo vital, que leva o agente a problematizar sua própria existência, e talvez por concluir pela justificação ética de atitudes socialmente execráveis tais como o suicídio e a abstenção de procriar-se. Note-se que não se trata de justificar a ética de qualquer suicídio ou abstenção, tanto o suicídio quanto a abstenção podem dar-se por razões puramente instrumentais e estratégicas, tal qual quanto não se tem filhos por não se querer atrapalhar a carreira profissional.

O imperativo da AEF que prescreve a observância do interesse do outro em detrimento dos próprios interesses caso seja exigível, implica o afastamento dum agir estratégico e egoístico que coloca o outro como meio para realização dos próprios interesses. A manipulação do outro é repudiada, não podendo ser justificada em termos éticos. Dessarte, poder-se-ia estar cometendo uma violação ética ao se gerar outra vida que será necessariamente manipulada, já que não pôde sequer manifestar-se sobre a própria existência. Essa impossibilidade ética gerada pela dolência do ser é transferida também para sua morada, para sua linguagem. A inabilitação moral, gerada pelo próprio ser cadente, atritante, conflitante, faz de sua morada (linguagem) também cadente, atritante, conflitante, em que não se poderiam atender os pressupostos da ética discursiva habermasiana.

Os pressupostos da ética discursiva habermasiana foram problematizados na “Crítica de La Moral Afirmativa” (Cabrera, 1996, *passim*): primeiro a pretensão universalista, que postula pela participação de todos os interessados para que se tome uma decisão legítima (Habermas tenta sempre fazer uma ligação entre as condições contra-factuais e factuais, aplicando os imperativos dialógicos de sua teoria discursiva aos diálogos reais, vindo à tona algumas pressuposições ilegítimas - qual ocorre *vg.* sobre uma possível representação dos seres que não foram gerados), segundo a questão da racionalidade.

Além da necessária participação de todos os interessados; mesmo que não estejam fisicamente presentes, o que leva Habermas a asseverar sobre participantes potenciais, assegurando-se, pela representação, a defesa dos interesses de todos envolvidos; esses participantes devem ser linguisticamente competentes. O que significa ter tais competências lingüísticas: não possuir nenhuma limitação física ou psicológica para participar do debate, ser capaz de argumentar livre e racionalmente, sem mecanismos estratégicos e justificar todos posicionamentos.

Cabrera (Cabrera, 1996, *passim*) demonstra a incapacidade absoluta de atender-se o pressuposto de universalidade - que implica na participação de todos os interessados num processo para que se possa legitimar uma tomada de decisão - qual se dá de maneira gravosa na geração de filhos, em que o maior interessado não poderá ser

consultado; tendo-se uma impossibilidade física, não existência, e conseqüentemente uma impossibilidade racional de dialogar, sendo necessário, destarte, a representação.

Entretanto, o ato de representação deve cumprir alguns requisitos mínimos para que não seja tido como uma relação assimétrica e manipulativa do outro, ser consentido pelo representado e cumprir (o representante) sua representação nos limites de seus interesses deste (representado). Percebe-se que no caso dos seres não gerados os dois pressupostos mínimos são violados: primeiramente, o não gerado não pode consentir com tal representação, sendo tomado de súbito e jogado como projeto dum outro ser que o cogita, e mesmo num esforço contra-factual, tornar-se-á a própria representação cogitativa, um objeto da enteléquia alheia; secundariamente, o limite da representação não pode ser colocado, toda a ação do outro não poderá ser tomada nos limites do debate intersubjetivo em que esse não nascido participa, os interesses desse serão nada mais que a representação do interesses daqueles que falam indevidamente por ele, se seus interesses estão necessariamente sendo respeitados nunca será sabido, já que não poderá ser ouvido antes de ser e uma vez que seja no mundo, nunca poderá não ter sido.

Esses agentes não consultados podem ser chamados de ausentes ou inauditos, não se limitando aos não gerados, podendo ser multiplicados em diversos grupos: os absolutamente ausentes, no caso dos não nascidos, dos doentes mentais severos e dos mortos, não obstante se possa pensar numa possível representação dos mortos por sua previa manifestação de vontade; os relativamente ausentes, tal como as crianças, indígenas, os analfabetos, ou pessoas que tem problemas mentais, e até os metafísicos, místicos e religiosos. Essa classificação demonstra um lugar de fala próprio do teórico que a concebe, ao fazer falar e calar certos grupos, atendendo os pressupostos duma tradição que concebe o homem como ser autônomo, racional e ético capaz de determinar suas ações de maneira livre, justificando suas asserções de modo racional sem apelar para estruturas tradicionais da religião, atendendo assim os pressuposto da racionalidade discursiva.

Habermas (2001, *passim*) assimila em sua teoria aspectos duma filosofia da consciência, reconhecendo como agentes capazes os indivíduos que atendem uma condição de racionalidade, seguindo os imperativos éticos discursivos, os quais, longe de comporem uma estrutura formal axiologicamente neutra, reitera valores e conteúdos

de um modo peculiar de compreensão. Assim, pode-se conceber a estrutura contra-factual como instrumental metodológico produto duma tradição filosófica a qual o autor está inserido, que em certa medida perpetua o projeto filosófico moderno firmado num princípio de autonomia.

Entretanto o próprio método é resultado duma mediação compreensiva, dum projeto, dum modo de ser que abarca uma totalidade que não só não fora problematizada, mas ainda servira de condição de possibilidade para constituição da teoria comunicativa e de quaisquer projetos filosóficos. Gadamer (2008, *passim*) demonstra como a tentativa metodológica resta frustrada ao se propor a fundamentar uma verdade que objetive afastar os preconceitos ou garantir a imparcialidade.

Assim, para Gadamer (2008, p.360) o momento da compreensão é o momento do ser que está lançado na ‘mundanidade’, na sua relação fundante com o outro, com a linguagem. Dessarte, o sujeito está sempre imerso num horizonte hermenêutico, sendo o mundo constituído nessa linguagem, e sua imbricação e imersão nesse horizonte antecede a orientação metodológica ou a intencionalidade racional, o ser já é um ser-em, um ser-com, um ser-para, antes de olhar objetivamente o mundo se relaciona com ele, antes que pense na linguagem como fenômeno social, ou como médium comunicativo, sua tradição o guia nessa escolha em que o método aparece tardiamente para repetir as ‘verdades’ já sabidas, incapaz de cumprir com sua promessa de neutralidade.

O círculo hermenêutico se dá nessa condição temporal da linguagem que nasce desde uma tradição, dum passado que nunca é apreendido objetivamente, mas sim presentificado pelo ser que o compreende, direcionando-se ainda num para onde, num projeto, fazendo com que uma ‘verdade’ mais originária se revele. Todo projeto habermasiano não é evidente, tampouco justificado, não existindo um plano superior, um tribunal para além da existência que possa assegurar sua racionalidade, atende, pois, essa condição temporal, sendo colocado num plano que abarca um modo de vida peculiar.

A circularidade dialógica, a circularidade própria da linguagem que tanto é condição quanto limite dum horizonte hermenêutico impossibilita estruturalmente uma condição de racionalidade que justifique as verdades mais básicas pressupostas, ou que torne legítima a escolha de qualquer método, senão dentro dum esquema conceitual previamente aceito, nem mesmo a simetria pode ser postulada, a assimilação da linguagem e de toda suas categorias não se dá de modo igualitário, num plano horizontal, mas sim verticalmente.

Essa condição de possibilidade, a apreensão dum linguagem, dum modo de vida que orienta o horizonte compreensivo dum sujeito, corresponde em termos ônticos a argumentação feita por Davidson, Wittgenstein e Luhmann.

Davidson (2001, *passim*) seguindo uma noção epistemológica holística; em que se afirma a necessidade de conhecimento dum esquema conceitual para determinar a verdade de suas asserções, não concebendo a linguagem como construto atômico em que a combinação das partes elementares formam o complexo semântico; assevera não ser possível rejeitar aprioristicamente um esquema conceitual tendo-o como falso. Para o filósofo, contrariamente os esquemas conceituais tem uma presunção de verdade, já que carregam elementos tão primordiais que permitem a própria inteligibilidade do mundo, sem os quais a própria linguagem seria impossível. A formulação sobre a verdade ou falsidade de certos enunciados só são apresentados depois que se apreende a maioria dos conceitos, na medida em que a linguagem torna-se uma estrutura com sentido. Dessarte, o julgamento sobre a verdade ou falsidade de certos enunciados só poderia ser dada após uma prévia apreensão de boa parte do arcabouço conceitual sem o qual não se poderia nem mesmo se formular um questionamento, e o julgamento prévio só poderia especular não sobre a verdade ou falsidade, mas dum linguagem com ou sem sentido.

Wittgenstein (1996, *passim*), refutando a concepção tradicional que descrevia a linguagem como estrutura lógica capaz de representar isomorficamente o mundo (uso designativo da linguagem), demonstra como a linguagem possui uma variedade de formas de manifestação, equivalendo a uma infinidade de formas de vida, atendendo ainda uma diversidade de funções, não somente a de descrever o mundo. Assevera ainda como as noções conceituais são construídas dentro de contextos pragmáticos de uso,

não podendo ser estabelecido um sentido único para os termo, tampouco uma linguagem que atenda a uma única estrutura lógica formal. Dessarte, da multiplicidade de formas de vida derivam uma multiplicidade de formas lingüísticas, de jogos de linguagem, que longe de possuírem uma estrutura intrínseca, possuem apenas semelhanças de família, características comuns que não são necessárias. O critério de correção, as regras semânticas, são postas na práxis do jogo lingüístico não podendo ser determinada por uma autoridade exterior que a regule.

Luhmann (1983, *passim*) absorve a teoria dos jogos wittgensteiniana, e tal qual o filósofo alemão criticara uma postura universalista firmada numa concepção metafísico-essencialista da linguagem, o sociólogo alemão problematiza a descrição sociológica clássica, que concebe a sociedade como sistema orgânico funcional com metas teleológicas que atendem a uma construção metafísica idealizada. Com o aumento da complexidade social, pela especialização e multiplicação das funções, das linguagens e dos agentes, a descrição macroscópica torna-se inapropriada. Luhmann constrói sua teoria compreendendo a sociedade não como uma unidade integrada, mas como um conjunto sistêmico em que os diversos subsistemas possuem formas distintas de comportamento, formando núcleos autopoieticos independentes, influenciando de maneira indireta no funcionamento uns dos outros. A legitimidade do sistema é auto-regulativa, é garantida no interior de seu próprio procedimento e linguagem, pelo reconhecimento de seus agentes

Todos esses exemplos são tomados como análises ônticas dum fenômeno lingüístico ontológico. A inabilitação dialógica se dá ao exigir-se uma justificação racional que independa de fatores externos a argumentação, sem apelar a fundamentações metafísicas tradicionais para que se possa atingir um consenso. Entretanto, nota-se que a condição de possibilidade da linguagem se dá exatamente por essa assimilação de verdades aproblemáticas, dessa linguagem que permite a inteligibilidade do mundo. O modo de assimilação das verdades são idênticos e necessários, tanto místicos, religiosos ou cientistas fundam suas convicções em narrativas não justificadas, as meta-narrativas constituem exatamente um modelo que instaura certas visões de mundo, certos esquemas conceituais. Resta destarte, a apreensão não refletida dos conteúdos o que traz a inabilitação de todos os falantes.

Um segundo aspecto que pode ser apresentado como inabilitante discursivo é a condição fundamentalmente assimétrica que acompanha a linguagem e se liga analogamente às críticas sobre a estratégia e manipulação das crianças (Cabrera, 1996, *passim*): já nascem sem o próprio consentimento, são educadas sem serem ouvidas, tratadas como seres incapazes de reflexões morais, sem a capacidade dialógica, devendo ter um adulto que as tutele até que assimilem as regras do jogo, tornando-se adultas, capazes e autônomas. Assim também ocorre com os ináditos em geral, não tem capacidade postulatória, só poderiam ser aceitos como seres racionais ao assimilar a linguagem peculiar que assegura sua competência. A questão é que só é possível considerar-se um agente competente quando se assimila boa parte das verdades dessa linguagem que seriam postas em discussão.

A assimetria fundamental se perpetua desde a infância até que se atinja um ‘mínimo’ consensual, para que seja considerado autônomo. Daí o que sobra não é a assimetria, mas a isonomia, já que a criança conseguira por meio desse processo dialético atingir um patamar de igualdade. O desenvolvimento do “espírito” que deveria ser dado dentro dos limites simétricos da ética discursiva é obtido numa relação assimétrica que se torna igualitária no fim do processo, no fim numa conversão em que se considera o agente capaz.

A linguagem assume, desse modo, um caráter disciplinar forte, centrada numa autoridade que tem competência corretiva. Isso não quer dizer que é aplicada mediante apenas sanções, mas por meio de reforços comportamentais. Mesmo no pensamento hegeliano o processo dialético-moral que culmina numa totalidade ética que se manifesta na figura do Estado tem por fundamento não uma relação primordialmente ética e igualitária com a alteridade, mas uma dependência assimétrica e amorosa. Hegel (1997, *passim*) coloca exatamente essa condição familiar e amorosa como uma das etapas da moralidade objetiva que permite o desenvolvimento do “Espírito” até que se torne ético e racional. Entretanto, não parece ser legítima e justificável a manipulação numa alteridade tomando-a como incapaz até que atinja uma maioria para que desde então possa ser senhora de si, o que gera uma atitude coativa e paternalista, em que o outro carece de cuidados até que atenda as expectativas de pensamento daqueles que os manipulam. A alteridade continua a ser julgada segundo os critérios unilaterais numa

tradição que não soubera sequer justificar em que momento aquele ato de amor tornara-se esclarecimento.

A assimilação duma linguagem é primordialmente assimétrica e manipulativa. A autoridade é sempre determinada do ponto de vista do agente capaz, aquele que reconhecidamente tem a autoridade para assegurar o cumprimento de certas regras e garantir a competência lingüística. O que fazer então para que um agente alheio a essa tradição possa criticar esse modo de ‘jogar’? A crítica a essa linguagem, a essa racionalidade só pode ser reconhecida a partir de dentro, por alguém que saiba jogar o jogo, por alguém reconhecidamente capaz. Entretanto, essa capacidade só pode ser adquirida por meio dum aprendizado e da assimilação desses pressupostos que deveriam ser debatidos. Toda a moralidade discursiva que deveria de certo modo ser debatida é já condição de possibilidade para um agir legítimo. A questão é que as regras do jogo acabam nunca sendo debatidas, ou o próprio jogar, ou se esse jogar externo, para além do intra-jogo, atendera as condições internas exigidas desde que fora chamado a ser ético.

O reconhecimento das competências, a relação assimétrica de aprendizado, bem como a impossibilidade de atender uma condição universal em que todos os agentes possam ser reconhecidamente capazes e apresentar seus pontos de vista, esbarra na condição inabilitante do ser que já nasce manipulativamente, e para que possa partilhar de tais competências lingüísticas deve submeter-se ao legado duma tradição, em que poderá falar tão só mediado por ela, em que os espaços de fala são limitados a poucos falantes, devendo a grande maioria ser forçosamente representados. A vida se mostra bastante coativa, impondo circunstâncias que violam uma condição de autonomia, impossibilitando a realização duma ética discursiva de tipo habermasiana.

Se a condição apriorística para atender uma ética discursiva é a igualdade e a liberdade, utilizando-se de argumentos racionais de modo não estratégico, e se esse critério de legitimação deve ser usado para qualquer teoria inclusive a habermasiana, parece ser impossível regressar-se *ad infinitum* a uma condição originária legítima, e mais ainda, parece que tal incapacidade é apriorística, já que a condição de assimilação de qualquer linguagem é assimétrica, partindo duma disciplina que se apresenta de modo vertical, duma autoridade que tem o primado de assegurar aquela competência

4.1.1- Suicídio ou Silêncio

Habermas compreende a linguagem em sua estrutura básica como resultante necessária dum consenso, e esse consenso de fundo pressupõe o cumprimento dalguns princípios elencados na ética discursiva. Certamente o dialogo é resultante duma tentativa de entendimento mínimo, o que não implica que seja estruturalmente consensual. A linguagem pode ser dada pela própria vontade de vida, a vontade do ser mesmo que quer se expandir, e desses ‘ruídos’ causados por essa expansão tem-se indiretamente um significado. O desdobrar dessa vontade pode eventualmente gerar um sentido intersubjetivo, levando dois seres a tomarem partido frente aqueles atos que ganham significação recíproca. A linguagem pode ser tida como uma busca unilateral de imposição dum entendimento, em que o consenso mínimo atingido se dá não por livre escolha dum ser autônomo, mas pela imposição e adestramento ocorrido factualmente (pense no modo de aprendizado da língua materna por uma criança).

O que se tem aqui é que o consenso surge dum esforço hercúleo, buscando convaler a condição precária da comunicação. A linguagem seria tal qual o próprio ser - conflitante, definhante, terminal - e a busca pelo entendimento no dialogo atenderia não a própria estrutura do ser, mas um valor vindicativo, um projeto intramundano de consentimento, que apela para todos valores ônticos apresentados por Habermas tais como boa-fé, igualdade e liberdade.

A compreensão enquanto estrutura básica da linguagem nascente com o ser é ilimitada, não consensual, paradoxal, causando primeiramente o choque, o conflito intersubjetivo. O outro não é para mim evidente, tal qual afirma Schleiermacher em sua hermenêutica, o que pressupõe a condição apriorística dum absolutamente outro que não se compreende, o que faz da compreensão enquanto busca pelo entendimento a tentativa de superação do mal entendido. Toda compreensão tem como pano de fundo o mal entendido e uma tentativa divinatória de chegar ao consenso com o outro, de modo que toda comunicação é estruturalmente uma tentativa de comunicação.

Dessarte, algumas condições estruturais da linguagem mostram sua inabilitação ética: a linguagem é resultante duma vontade de vida que se expande, e nessa busca acaba por atritar, conflitar, pugnar, sobrepondo-se uma a outra (os modos de compreensão ilimitados e divergentes se chocam constantemente e somente diante dos esforços intersubjetivos conseguem chegar a um mínimo semântico comum); tem como pano de fundo um mal entendido, um estranhamento do outro, uma condição que gera também o conflito, a precariedade, o choque (as palavras são capazes de ofender mesmo quando se tem boas intenções – mesmo quando se elogia, pode-se pensar nesse como uma ironia); a linguagem é invasiva, busca espaço e em qualquer dialogo percebe-se a busca indiscriminada por esse espaço precário assimetricamente; a própria linguagem é definhante, passa por modificações, assimila diversos sentidos, envelhece até que não seja mais usada, padece até que morra juntamente com quem a vivencia.

Desse modo, tal qual fora apresentado na ética negativa o suicídio como ato que pode atender a pressupostos éticos; impedindo àquele que sabe que está ou tornar-se-á moralmente inabilitado e cujo o bônus de estar vivo implique num ônus a alteridade, ou seja, que seu interesse em estar vivo importe numa desconsideração pelos interesses alheios; também o não falar, o silenciar, poderia atender analogamente tais pressupostos. Se sabidamente o viver traz consigo a impossibilidade ética, negar essa vontade de vida que é moralmente inabilitante pode ser um ato moral. Uma pessoa que possui uma doença gravosa que possa gerar inúmeros transtornos às pessoas que convive, prejudicando-as sobremaneira, poderia recusar-se a continuar vivendo para que não as prejudique. Tal ato não poderia ser condenado pelo simples fato de ser uma violação a vida humana, já que a vida não possui estruturalmente nenhum valor, ademais, estar-se-ia tão somente se consumando um fato inadiável que se traz desde que se nasce, em que apenas se lança na mesma direção que a vida conduz, à morte, sob a justificação de se estar tentando ser ético. Diz-se tentando ser ético porque mesmo na pretensão de ser ético por meio do suicídio estar-se-ia cometendo uma imoralidade, já que se traria também uma violação aos interesses alheios, daqueles que o prefeririam vivo. Contudo, o ato de suicídio, teria o privilégio de ser o ultimo ato imoral realizado.

O silenciar, objetiva também limitar a vontade de vida, atendendo-se um mínimo vital. Sabe-se que o falar é inabilitante, espaçoso, ofensivo, assentado numa incapacidade primordial de entender o outro. É ainda manipulativo, incapaz de auto-justificação racional, assimétrico, sendo imposto verticalmente, num espaço-tempo desproporcional, é definhante e terminal, o que reforça sua precariedade. Assim, talvez o ato de silenciar possa ser menos imoral que o ato de falar, e em se buscando cumprir os pressupostos da ética discursiva, tenha-se que paradoxalmente barrar a pretensão comunicativa. O silenciar, o omitir-se, certamente pode ferir interesses alheios, mas talvez possa evitar um prejuízo ainda maior. Vale, pois, nesse caso um preceito análogo ao wittgensteiniano: quando não se pode falar, deve-se calar...

4.2- Direito e Hierarquia

A assunção duma ontologia negativa, em que se reconhece o caráter precário, definhante e conflitante do ser e de sua linguagem, conduz a análise do direito a um caminho oposto ao apresentado por Habermas (2003, *passim*) e Häberle (20em que os valores vindicativos apresentados por aquele - igualdade, liberdade, consenso, racionalidade - não poderiam ser atendidos aprioristicamente, já que as exigências da ética discursiva não se efetivariam em nenhum dos mundos possíveis, tornando o projeto legitimador desse - em que se propõe uma mudança paradigmática duma sociedade fechada de interpretes a uma sociedade aberta – irrealizável.

A observância das condições de universalidade, liberdade, igualdade e racionalidade, garantes dum projeto legitimador, esbarra em algumas “dificuldades” já apresentadas pelos próprios teóricos: quanto ao princípio de universalidade, as pretensões devem ser apresentadas levando-se em conta os interesses de todos os partícipes reais e potenciais (qual se dá na representação do ministério público para defender o interesse coletivo - a objetividade do interesse público é materializada na figura dum representante estatal que tem um mandado fictício de representação coletiva, mesmo que nenhum cidadão tenha ratificado tais pretensões do *Parquet* - qual se dá na hipótese já apresentada: não nascidos e todos aqueles inauditos, respectivamente).

Assim, a pretensão de universalidade pressuporia o convencimento argumentativo num embate dialético entre todos interessados. Para que se pudesse atender essa condição, dever-se-ia poder ouvir, bem como tomar parte na decisão, qualquer cidadão ou sujeito em escala universal. Certamente as decisões sobre a criação ou não duma reserva ecológica no Brasil seria de interesse internacional e, verdadeiramente, uma alteração constitucional em âmbito parlamentar ou jurídico seriam do interesse de qualquer cidadão brasileiro e até mesmo dum latino-americano.

Mesmo em audiências públicas, tal como ocorrera na decisão sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança, em que se objetivara em algumas deliberações definir-se o termo “vida”, somente alguns grupos religiosos (cristão, precipuamente, *vg.* CNBB) e científicos (precipuamente médicos) foram “legitimados”

como partes interessadas – o maniqueísmo, ciência x fé, parecia ser a única possibilidade semântica (e semanticamente excludentes) para se definir o termo, sendo postulados por *experts*, pessoas reconhecidamente competentes para darem seus pareceres sobre a situação (Lyotard, 1979, *passim*) Poder-se-ia pensar, contudo, em filósofos interessados por tais questionamentos, ou filólogos, ou historiadores, sociólogos, lavradores, pescadores, marceneiros, poetas, todos os grupos sociais e, dentro deles, uma infinidade de posicionamentos diversos, ou mesmo de quaisquer cidadãos singularmente considerados. Dentro duma limitação espaço-temporal e duma seleção factual e arbitrária, o conjunto dos grupos de interesses representados correspondia a tal binarismo maniqueísta.

Tanto Habermas (2003, *passim*) quanto Häberle (2002, *passim*) objetivam legitimar o processo jurisdicional por meio duma participação dos cidadãos no processo de decisão, seja pela imbricação fundamental entre direito e política, seja pela participação social no processo hermenêutico-jurisdicional. Contudo, em ambos filósofos existe uma idealização democrático-racionalista, que pressupõe atender os multifacetados discursos por meio dum auditório real que represente todos os interesses, ou por meio da ponderação e justificação do juiz singular em seu processo de decisão. As críticas feitas por Habermas ao formalismo kantiano, em que a objetividade dos conteúdos é garantida pela reflexão monológica do sujeito, poderia ser dirigida, *multatis mutandis*, a sua própria idealização-dialógica.

A idealização forte que o filósofo observa no criticismo kantiano, em que a forma da máxima garante a racionalidade dos conteúdos sem que para tal seja forçoso o embate dialógico, ou sem que para tal tenha havido qualquer exemplar histórico que o tenha seguido, pode ser verificado no criticismo habermasiano com outra roupagem. Existe também no filósofo do agir comunicativo um construto formal-procedimental (condições ideais de possibilidade) que já não conta com uma única máxima diretriz das práticas discursivas, entretanto uma diversidade delas: as decisões devem ter validade universal, todos os interessados devem participar do processo, não se deve agir estrategicamente, deve-se buscar o consenso etc. Os pressupostos contra-factuais assumem contorno idealista ao se observar que as decisões e diálogos factuais não atendem as condições procedimentais, havendo tão só aproximações, deduzindo-se que

não houvera historicamente quaisquer diálogos que pudessem atender os pressupostos habermasianos e o que se argumenta, *hic et nunc*, é que nunca haverá.

Poder-se-ia, nesse intento, como convém ao discurso filosófico, querer dar-se um salto, apontar algo para além do discurso do filósofo alemão, analisar que estruturas poderiam legitimá-lo, pensar em quais pressupostos filosóficos o pensador do agir comunicativo fidedignamente se agarrara ao apresentar sua tese. Entretanto, toda essa metafilosofia já fora apresentada alhures. Sabe-se, pois, que o lugar de fala de Habermas é duma tradição ocidental, que abarca ecleticamente conteúdos racionalistas, idealistas, pragmatistas, marxistas etc, e que todo seu aparato lingüístico-conceitual vem dessa tradição, esse é o seu círculo hermenêutico.

Dessarte, a abertura semântica da filosofia habermasiana não é tão alargada, tão democrática, não é “*ad omnem*”. Ela não convida, por invisibilidades latentes e por incompatibilidades manifestas, todas as tradições. Nem mesmo as abordagens das quais se utiliza são abarcadas em sua totalidade. Não poderia incluir todos esses discursos, não somente por ser “espaço-temporalmente” impossível – como levar em consideração todos interlocutores possíveis ao criar uma teoria: como saber da língua que herdara sem questionamento, dos ditos e não ditos da tradição, do que inferira do discurso alheio, precipuamente do *de cuius*, das colocações legítimas e ilegítimas dos mausoléus filosóficos ou dos interesses dos futuros falantes competentes (nascidos ou não), ou de todos falantes hodiernos interessados; mas por ser incompatível com outras teorias que discordam do caráter universal da linguagem; pragmatismo, relativismo, ceticismo; que duvidam da racionalidade; filosofia da vontade, vitalismo, psicanálise, arqueologia; que problematizam os valores vindicativos (liberdade, igualdade, consenso, boa fé); ética negativa, existencialismo, marxismo. Isso demonstra a limitação do potencial de aprendizagem e consenso da teoria do agir comunicativo.

Para resolver esse impasse, ao aspecto procedimental, legado por Kant, fora acrescido o processual, legado por Hegel, inserindo-se tanto na proposta habermasiana quanto na häberliana uma escatologia democrático-dialógica da razão, em que se assimilam as diversas linguagens formadoras do consenso e ampliam-se maximamente os potenciais hermenêuticos jurisdicionais. Esse processo dialético permite que o ideal

se torne real na medida em que as condições procedimentais são paulatinamente atendidas e os discursos molestados se convalescem.

Todavia, não há convalescimento possível para moléstias congênicas. Não se pode conceber o convalescimento da razão ao nascer com uma doença estrutural, num meio em que todo aprendizado se dá irracionalmente. Não se pode oferecer resistência ao aprendizado irrefletido das verdades mais elementares numa linguagem, desses elementos donde seguem toda uma visão de mundo (Davidson, 1948, *passim*). Não se pode imaginar que todas as bases do conhecimento possam ser recolocadas, repetidas, refletidas, retificadas, ratificadas. De repente, se poderia colocar em suspenso todo o saber ou analisar ponto a ponto onde está o erro, sem nenhum tipo de mediação lingüístico-fenomenológica. Aqui se apresenta a tese dos frutos da árvore envenenada: todo saber, fruto, que tem origem ilegítima, árvore, mesmo que aparentemente saudável, é portador dos vícios, do veneno, de sua origem: é o que se dá com a tese habermasiana.

Como *ante dicto* não se pretende aqui adotar um ponto de vista privilegiado e desvelar vícios ocultos do sistema habermasiano, mesmo porque são abertamente problematizados pelo próprio filósofo. Pretende-se tão só aplicar as próprias categorias habermasianas a sua filosofia, já que não se poderia presumir nenhum privilégio de legitimação de sua teoria, senão os exigidos de todas as outras que têm pretensões epistêmicas, éticas ou jurídicas.

Entretanto, poder-se-ia argumentar logicamente que se está a cometer um erro: como exigir prova dum construto formal, numa estrutura axiomática? Não obstante as condições de possibilidade para validação discursiva tenham contorno formal, Habermas objetiva com seus argumentos demonstrar a plausibilidade de seu construto procedimental e dos axiomas exigidos para validação das pretensões discursivas. O filósofo pretende que sua própria teoria passe pelo crivo de suas categorias discursivas, já que não se pode apelar para nenhum outro plano de legitimação do discurso: poderia atender alguma delas?

A teoria do agir comunicativo falha, não apenas na tentativa de universalização discursiva, mas também e na pressuposição de atender as condições reflexivas de racionalidade: o mundo da vida, que é condição de possibilidade para comunicação mais básica poderia mesmo impossibilitá-la, qual se dá numa tese de incomensurabilidade (Quine, 1980, *passim*), visto que as verdades mais básicas sobre suas experiências lingüístico-factuais poderiam não ser compartilhadas entre os interlocutores, tratando-se de duas visões de mundo concorrentes, sem que nenhum critério pudesse ser apresentado para privilegiar qualquer um deles – certamente o vacilante conceito de plausibilidade servirá de princípio orientador para escolha entre teses, e provavelmente as categorias internas duma linguagem servirão para orientar essa escolha.

Ao postular uma distinção entre forma e conteúdo a teoria do agir comunicativo objetiva assimilar as mais distintas linguagens sob um método supostamente “claro e distinto” que pretende barrar os diálogos irracionais de maneira neutra. Entretanto, não se pode falar de formas puras, de formas sem conteúdo, de categorias que não tragam um sentido pré-determinado. Os termos utilizados por Habermas são portadores duma longa tradição em que o filósofo os articula, e quando exige dos interlocutores uma “racionalidade”, “liberdade” e “igualdade” não os concebe abertamente, com conteúdo semântico ilimitado, mas conforme um modo particular de definição, abrangente do modo e sentido tradicional da filosofia ocidental.

Vê-se, dessarte, o importante papel exercido pela tradição para assimilação duma linguagem, duma visão de mundo, duma teoria, o que consequentemente abarca uma relação assimétrica. O aprendizado da linguagem e dos valores não é debatido de modo igualitário e livre entre um adulto e uma criança, entre um professor e um aluno, entre as autoridades e o vulgo. Nessas relações a um vínculo de dependência vertical, as regras devem ser aprendidas pelos que não a sabem e ensinadas-exigidas pelos que as dominam. A determinação de sentido surge dessas relações, e para que se possa haver um debate racional entre os interlocutores é necessária a assimilação das competências previstas pelo sistema e já consentidas habitualmente, e não por um debate ideal entre os interlocutores. A formalização habermasiana ou quaisquer outras sempre chegarão tarde, visto que as visões de mundo consolidadas de modo habitual e vertical são *conditio sine qua non* para o aprendizado.

Häberle (2002, *passim*) propositadamente aplica essa assimetria ao apresentar dois níveis de compreensão, buscando convergir os dois aspectos, a assimilação e a racionalização; que se figuram na teoria do agir comunicativo e também no modo peculiar de aplicação das normas constitucionais; em sua almejada sociedade aberta. O primeiro nível é o de assimilação dos diversos discursos, da pluralidade hermenêutica fornecida pelos agentes sociais que vivenciam e interpretam a constituição no seu dia a dia. Certamente, a pluralidade desses potenciais hermenêuticos multiplicar-se-ão, não somente pela complexidade da organização social, mas também pela complexidade da organização estatal, em que cada órgão interpreta oficialmente uma infinidade de diplomas normativos. O segundo é uma interpretação mais restrita ligada ao caráter jurisdicional em que os juízes e tribunais ao conhecerem das diversas orientações hermenêuticas apresentadas, em geral conflitantes, imbuídos dum ideal integrador, disciplinam, racionalizam, aplicando a orientação hermenêutica correta ao caso concreto.

Não será necessário repetir todas as objeções já feitas à tese habermasiana que podem ser analogamente aplicadas ao jusfilósofo, tanto sobre a impossibilidade do juiz em conhecer todas as orientações hermenêuticas, quanto sobre a impossibilidade em cumprir as outras condições de racionalidade, tais como a busca pelo consenso, em geral as orientações hermenêuticas são excludentes e estratégicas nesse cenário; a igualdade, os agentes não são nem mesmo juridicamente iguais – não tem capacidade postulatória ou poder de decisão; a liberdade, não se poderia afirmar que a única força motivadora duma interpretação é a do argumento racional.

Resta, pois, demonstrar o modo em que a linguagem, em seu caráter negativo, manifesta-se no direito não como construto racional, universal, democrático, consensual, libertário e igualitário, mas exatamente de modo irracional, local, antidemocrático, conflitante e disciplinador.

Primeiramente, repetir-se-ão aqui obviedades, que talvez não careçam da argumentação complexa e altamente rebuscada dos alemães para serem evidenciadas: se uma ética discursiva fizesse parte estrutural da linguagem não seria necessário o Direito. Ao direito cabe tradicionalmente a solução dos conflitos intersubjetivos, diz-se *ultima*

ratio, já que o Estado proíbe uma autotutela dos interesses, o uso da força pelos particulares, tomando para si o monopólio punitivo, coagindo aos que não observam a regra “previamente consentida”. O Direito surge duma incapacidade de entendimento e consenso, dum conflito hermenêutico. No Direito Privado, quando se discute o sentido dum contrato e a sua adequação as normas, tem-se uma maior proximidade ao sentido hermenêutico tradicional (Schleiermacher, 2006, *passim*), quando se discute o sentido abstrato de uma norma constitucional.

Entretanto, pode-se imaginar o conflito jurídico, *lato sensu*, como conflito hermenêutico: pense na ação dum grupo armado de traficantes no Complexo do Alemão e em como dialeticamente convive com a polícia disputando espaço, fazendo-se ouvir. Não existiria aí uma performance-discurso, uma busca argumentativa para ação dos dois grupos armados (BOPE x CV)? Não poderiam mesmo ser partes numa lide e já num âmbito seguro, jurisdicional; em que se garante o contraditório, a ampla defesa, a igualdade e a liberdade; discutir-se a legitimidade de suas ações?

Preliminarmente, poder-se-ia objetar tanto o caráter lingüístico da performance quanto o caráter argumentativo. Projéteis traçantes deslocando-se dum lado ao outro certamente podem não significar nada e daí imaginar-se um discurso, uma estrutura argumentativa com desencadeamento lógico numa ação entre policiais e traficantes seria um disparate metafórico. Contudo, mesmo um som articulado pode não significar nada, mesmo os termos “filosofia” ou “φιλοσοφία” ou “философия” poderiam ser símbolos ou signos sem significado. Entretanto, os termos anteriores colocados num contexto intersubjetivo, reconhecidos por falantes competentes dessa linguagem possuem sentido. O conjunto desses signos e seus significados dentro dum desencadeamento lógico, conforme as regras lógico-retóricas desse jogo formam um discurso. O melhor discurso é aquele capaz de levar ao consenso; não pela força da própria argumentação e aceitação autônoma das partes sobre a veracidade dos proferimentos alheios (meio do agir comunicativo), mas por meio dum agir estratégico em que as partes defendem seus interesses e buscam razoavelmente atingir seus objetivos.

Aqui se deve atentar para dois pontos: a razoabilidade, que é determinada pelos imperativos exigíveis dos participantes (conjunto de regras semânticas, pragmáticas, éticas etc.), e a orientação hermenêutica, que se dá conflitantemente pela distinção teleológica,

pela busca dos meios coerentes, permitidos pela normatividade do sistema para consecução dos fins. Ser razoável é seguir a limitação normativa do sistema, é atingir os fins pretendidos dentro desses limites. Observe, ademais, que existe uma indissociabilidade entre fins e meios, entre a orientação hermenêutica da parte e o resultado por ela objetivado.

Destarte, o conflito entre militares e traficantes numa favela poderia ser compreendido analogamente a uma querela jurídica. Existem duas partes conflitantes, defendendo seus interesses e utilizando-se dos meios necessários para atingir fins distintos. A guerra verbal é substituída pela guerra performática, a estratégia retórica pela estratégia militar, o erro lógico pelo erro do ato (fogo amigo *vg.*), o respeito à moral jurídica pelo respeito à moral bélica (não matar inocentes *etc.*). Um discurso completo que se leve ao consenso é estabelecido pelo meio eficiente para realizar total ou parcialmente o fim objetivado (acordo entre as partes ou termos de rendição).

Pretende-se com essa tosca equiparação demonstrar que a arquitetura duma querela jurídica, mais se amolda a essa linguagem bélico-performática que a um diálogo fraterno em busca dum consenso. O direito surge exatamente para disciplinar os atos particulares em conformidade com o interesse estatal – interesse que por uma ficção político-jurídica representa o da sociedade. O Estado que tradicionalmente disciplina o interesse de seus agentes tem por um ato político a confirmação de sua legitimidade mediante a atuação daqueles que ratificam seu conteúdo disciplinar. O interesse estatal e o interesse da sociedade não poderiam ser díspares: no momento em que a sociedade civil é incorporada como elemento integrante do Estado assume suas categorias, esse se torna porta voz de seus interesses.

Essa imbricação entre Estado e sociedade, entre interesse estatal e interesse geral possibilita ao Estado o uso de seus mecanismos disciplinares *erga omnes*, até mesmo contra a própria sociedade: a partir daí o Estado Democrático de Direito se converte na única diretriz lógico-argumentativa, no único esquema conceitual possível, no único modo de distribuição da justiça, no único cânon legítimo para determinação dos interesses coletivos, e tudo que foge a este esquema imperativo não pode ser apreendido de modo dialógico, mas apartado pela limitação ético-racional desse ente.

O consenso possível para uma querela jurídica que forçosamente corresponde a um *modus bellicus*, só pode ser atingindo por meios heterônomos, por meios estratégicos de controle (tem-se para isso todo instrumental teórico científico capaz de descrever e orientar na manipulação do objeto: sociologia, criminologia etc.). Assim, a distinção fundamental feita por Kant entre o direito e moral permanece intacta: diante dum impossível consenso e consequentemente dum agir autônomo por parte dos integrantes duma lide, cabe ao direito fazer valer o conteúdo normativo por meio da coerção, já que a reflexão e incorporação da regra não se deram autonomamente, mediante a apreciação “racional” do agente.

Desse modo, a conduta descrita anteriormente, a atividade comercial do vendedor de drogas (ilícitas), não pode ser negociada dialogicamente com Estado, bem como a atividade duma infinidade de trabalhadores informais. A exigência da “forma” é *conditio sine qua non* para que o ente apreenda a capacidade dialógica do interlocutor, fora desse escopo o que existe é ilicitude, ilegalidade, irracionalidade, ilegitimidade. Esses ruídos que se manifestam *a latere* do Estado, só poderiam ser assimiladas mediante uma tradução, pela passagem da linguagem informal para uma linguagem formal que tenha com ela pontos de convergência. Entretanto, a convergência duma linguagem em outra se dá por meio duma conversão, duma tradução: ao se assumir a forma lingüística estatal, assumir-se-á também suas categorias e conteúdos.

Tem-se que a racionalidade jurídica objetiva disciplinar (integrar) as formas lingüísticas, entendidas aqui de modo *lato*, incluindo-se as “performances-discurso”; que se conforma necessariamente a uma racionalidade estratégica, que surge da impossibilidade em se atender interesses múltiplos e contraditórios, não objetivando atingir o consenso, mas a vitória num campo de disputa controlado. Não atende, pois, a condições contra-factuais universalmente aceitáveis, mas a condições reais (mesmo em se adotando o modelo habermasiano não deixaria de ser regionalmente apreendido); não assimilando indistintamente as linguagens, mas as regulamentando.

O Estado, dessa maneira, figura-se como uma totalidade que objetiva direcionar a racionalidade subjetiva dispersa a uma racionalidade objetiva. Isso não significa que no cerne do próprio Estado não subsistam as contradições, as limitações semânticas resultantes dos diversos interesses que representa (esses já respeitantes a forma),

observado na dispar atuação de seus órgãos, representando subsistemas dentro do Estado. Cada órgão possui uma autonomia semântica, permitindo-se que edite normas internas, desde que respeitantes as superiores, conforme sua atuação teleológica.

Todavia, tanto as normas internas quanto as superiores não são avaliadas pelo órgão levando-se em consideração a universalidade das possibilidades semânticas de seu conteúdo. Não se leva em conta para edição duma portaria a diversidade de interesses dos funcionários e dos usuários de um órgão. Certamente, a orientação finalística é conduzida por um corpo administrativo superior, que estabelece as diretrizes de atuação do órgão, inclusive as diretrizes hermenêuticas, fazendo com que execute as ações de forma integrada - integração que vem do controle vertical, fazendo com que a múltipla atuação dos agentes e usuários se torne una, operando-se de modo regular.

Essa divergência interpretativa que se mostra na própria atuação dos agentes, que deve ser corrigida no interior do órgão segundo seus projetos institucionais, também se repete num âmbito superior, no conflito entre órgãos que se valem duma esfera recursal para fazerem valer seus interesses – seus projetos. Essa cadeia de apelação repetir-se-á até que se obtenha uma orientação definitiva, uma orientação determinada pelo órgão máximo competente para resolução desse conflito, que poderia ser representado pelo chefe máximo de cada um dos três poderes ou nos conflitos não resolvíveis *interna corporis*, na busca pela prestação jurisdicional.

O princípio de integração apresentado por Häberle (2002, *passim*), figurado pela atuação sintética do órgão jurisdicional, se opõe ao princípio democrático: o princípio democrático que estabelece a participação de toda sociedade no processo hermenêutico jurisdicional é barrado pelo filtro lógico da forma jurídica e pela limitação interpretativa regulamentadora dum juiz singular ou colegiado, que estabelecem verticalmente o modo adequado da compreensão normativa. Tomar conhecimento dos interesses das partes em um processo e estabelecer, mesmo que de modo dialético, os conteúdos, não significa a observância do princípio democrático apresentado por Habermas (2003, *passim*) e vislumbrado por Häberle em sua tese da sociedade aberta de interpretes. À abertura interpretativa dever-se-ia seguir o *status aequalitatis* para que o princípio fosse respeitado. Assim, a busca duma integração interpretativa para que fosse factualmente

atendido tanto o princípio democrático deveria observar os interesses de todos os partícipes, permitindo que interagissem não apenas na fundamentação argumentativa para construção dos conteúdos, mas no processo de decisão sobre qual interpretação atende de forma adequada os próprios interesses.

Obter uma solução consensual entre dois sistemas incomensuráveis, entre dois princípios que se apartam, na tentativa de atender a gama de conteúdos contraditórios, divergentes, torna-se impossível. Certamente, a maioria das querelas jurídicas não permitiria esse *medium* consensual, seja pela indeclinabilidade das partes, seja pela atuação lógico-sistêmica da jurisdição, que, ao solucionar uma lide, defere ou indefere a petição seguindo um vértice principiológico-argumentativo que confirma ou não o resultado pretendido pelo requerente, o que implica na maior parte dos casos o afastamento das teses de uma das partes ou mesmo de ambas, não a composição ou a síntese jurisdicional, materializada na sentença, com pretensões de convencer as partes ou terceiros de sua validade. O sistema jurídico chama os interessados a tomar conhecimento de sua decisão, exigindo o cumprimento desses imperativos *erga omnes*. Não é, pois, um imperativo assimilado de maneira autônoma, mas heterônoma: impõe a sociedade que cumpra a determinação independentemente de sua concordância ou discordância com seus conteúdos (Luhmann, 1983a, *passim*).

O conteúdo da sentença é estabelecido heteronomamente e se incorpora à tradição jurídica. Quando adequado às tradições sua aceitação torna-se mais cômoda, visto atender as expectativas gerais, a inteligibilidade geral já adaptada àquele *modus operandi*, àquele tipo de desencadeamento lógico. A regularidade milenar torna essa tradição inabalável, dogmática, e sedimentada, torna-se princípio que já pode ser apreendido de modo autônomo pelos operadores do direito que a assimilaram pedagogicamente, não apenas nas instituições de ensino, mas, sobretudo, nos tribunais em que são confirmados. Esse cerne fundamental e inviolável toma corpo na legislação escrita que o torna perene, e na jurisprudência que é utilizada como *medium probandi* para ratificação duma tese.

Esse conteúdo tão perenemente assimilado sofre, entretanto, constantes modificações seja pela mudança dos signos e seus significados, seja pela mudança de significado dos mesmos signos. As duas formas são freqüentemente utilizadas pelo corpo legislativo e judiciário, em que depende do modo de compreensão e estratégia do órgão julgador para o proferimento duma decisão. Uma jurisprudência pode ser modificada completamente em seu sentido, utilizando-se de novos signos, mudança textual, ou alterando-se o sentido, mudança hermenêutica. O que se afirma aqui é de certo trivial: juizes e tribunais alteram sua jurisprudência e também o conteúdo das leis escritas hermeneuticamente, contudo o que não parece ser trivial é o fato de que tais resultados, que surgem duma apreciação factual de atos jurídicos tão controversos passam a ser necessários, tornam-se tradição até que se tornem verdades jurídicas.

Pareceria contraditório afirmar-se que algo que se torna perene, que se repete numa infinidade de casos, qual a lei e seus signos, é, a todo o momento, modificado, entortado, alargado ou restringido. Existe verdadeiramente a repetição do entendimento em diversos casos que se assemelham, tornando-se uma unidade significativa que abarca um conjunto de fenômenos. Os fenômenos que se subsumem a determinadas definições, vão indutivamente tornando-se obrigatórios, até que haja uma fusão entre o fenômeno e seu signo, tornando-os inseparáveis. A conexão entre signo e fato deixa de ser probabilística como propusera sua jurisprudência e passa a ser necessária como assegura um entendimento unânime.

Contudo, as semelhança e dessemelhanças são a todo momentos avaliadas por juizes e tribunais. Esses têm o poder-dever de regulamentar os entendimentos, de avaliar o fenômeno e seu encaixe ou não a uma ou outra norma: o elo signo-fato, que estamos avaliando em termos de fato jurídico, realizado a todo o momento por agentes não especializados, segundo seu poder de correção, segundo sua autoridade, tem na atuação dos agentes especializados e hierarquicamente ordenados o “tribunal de ultima instância” capaz de validar a concatenação entre fato e norma.

Assim, o proferimento declarativo estabelecido pelos tribunais funciona como juízo sintético que concatena a categoria abstrata da lei aos fatos descritos pelas partes. As partes fazem um juízo preliminar, um julgamento possível, uma arguição provável que só sai do campo hermenêutico-hipotético ao ser confirmada por essa ultima

instancia de decisão. O proferimento mais que alterar o status dum acusado que passa a ser considerado criminoso após a condenação, torna certa uma determinada análise factual, torna “verdade” tudo que antes do proferimento era suposição ou debate hipotético sobre os fatos ocorridos e, desse forçoso reconhecimento, aplica-se a consequência jurídica exigível.

Dessarte, o conjunto de fenômenos que podem “cair” numa “definição legal” é determinado pela autoridade competente a quem é delegado o poder-dever de tornar correto e legítimo um entendimento. A legitimidade é obtida pela ratificação duma pretensão pela instituição competente. O poder institucional dos juizes determina a diretriz hermenêutica a ser seguida e o isomorfismo entre fato e norma. Assim, tanto orientam a inteligibilidade sobre a norma em abstrato quanto em concreto: abstratamente determinam o sentido dado a uma lei integralmente ou parcialmente, concretamente estabelecem os casos análogos que serão incluídos nos limites dessa definição.

Desse modo, mesmo numa estrutura em que signo e sentido parecem invariáveis ter-se-ão modificações semânticas constantes e conflitos interpretativos. Os limites de sentido duma frase ou termo, ou os limites de conformação dum fato ou ato, são avaliados de modo distintos pelos diversos agentes. Uma mesma assertiva legal pode tomar conteúdo divergente em locais diferentes – qual acontecia com o conceito de legítima defesa, que em estados do nordeste incluía a legítima defesa da honra. Noutro caso, um termo pode ter em sua definição uma amplitude semântica limitada factualmente, ao se restringir determinados fenômenos, aparentemente incluídos, de sua compreensão – qual ocorrera na definição do termo “entidade de classe” em que a UNE tivera sua pretensão jurídica indeferida preliminarmente por não ser entendida como “entidade de classe” carecendo pois de legitimidade para ser parte num processo que figurava como representante dos interesses dos estudantes.

Até mesmo as definições dos termos, do sentido normativo, das regulamentações formais, das condições de possibilidade, das competências e interessados se dão no interior dum sistema, segundo sua competência, autoridade, poder. Os princípios basilares da tradição jurídica ocidental não são compreendidos de modo absoluto em cada tradição jurídica e os termos “igualdade” e “liberdade” não são avaliados do

mesmo modo *in terra brasilis* e na Alemanha, não possuem, pois, um conteúdo essencial que assegure sua invariabilidade espaço-temporal.

Variações espaço-temporais incluem variações de locais, tradições, órgãos, modos de vida, circunstâncias políticas, econômicas e sociais das mais variadas. A complexidade gera possibilidades semânticas infinitas, e esse potencial semântico não é incluído por uma racionalidade jurídica de amplitude universal. A tradição jurídica alemã que orienta factualmente a teoria dos filósofos aqui analisados, não é a mesma brasileira. A influência econômica, cultural, política, religiosa, midiática sobre o judiciário alemão não é a mesma brasileira.

Assim sendo, o modo de entendimento e aplicação da teoria do agir comunicativo e da tese da sociedade aberta de interprete no Brasil também não poderia ser assimilada ao modo alemão: aqui a abertura semântica, que garante a participação da sociedade em audiências públicas, é proposta pelo juiz que a considere necessária, segundo seus critérios, e após ouvidas algumas opiniões, dá-se o correto veredicto. Fato controverso sobre as pretensões democráticas do judiciário brasileiro é que conjuntamente a criação do *amicus curiae* e a instituição das audiências públicas, que tornam as decisões judiciais legítimas, mediante a relevante contribuição de alguns participantes institucionalmente reconhecidos, fora também criada a súmula vinculante, em que certas decisões já determinadas por um órgão superior devem ser seguidos pelos tribunais, sem que se possa suscitar qualquer divergência.

Não se poderia, pois, milagrosamente, mudar-se o *modus procedendi* do judiciário brasileiro, tão fortemente centralizador, respeitante às nossas tradições antidemocrática e abraçar teorias tão “revolucionárias” sem que as “arqueasse”, tornando-as inteligíveis, traduzíveis a uma nação imperial.

CONCLUSÃO

No presente texto fora apresentado como o direito; que poderia ser abordado e definido de diferentes formas, abrangendo diversos fenômenos sociais e linguagens, podendo assim ser dito democrático; esteve historicamente vinculado ao paradigma estatal. Tanto nas teorias filosófico-jurídicas quanto nas abordagens sociológicas clássicas, e na teoria dos sistemas, o direito estatal se apresenta como estrutura de racionalização e ordenação social, com função regulamentar, mantenedora dos vínculos sociais ou da estabilidade social.

O vínculo centralizado e antidemocrático do estado se estabelece *pari passu* ao da filosofia. Assim como a filosofia não se vinculava tradicionalmente a uma arte retórica capaz de absorver a infinidade discursiva e de racionalidades, apelando a uma verdade objetiva alcançável por qualquer ser racional mesmo que singularmente, o estado, e também o direito, assumira o papel canônico-pedagógico de disciplinar as condutas ético-rationais, seja premiando certas condutas necessárias, seja coagindo outras tidas como desviantes.

O exemplo platônico e estóico demonstra esse vínculo entre universalidade ético-jurídica e direito, refletindo numa atuação homogenia dos agentes estatais, que podem estabelecer corretamente os fins sociais e aplicar o direito de maneira coerente e unívoca, observando-se as máximas jurisprudenciais da tradição.

Mesmo com a mudança de perspectiva duma racionalidade calcada no objeto para outra firmada no sujeito e sua autonomia, a relação entre vontade pública e privada, entre a racionalidade estatal e subjetiva, continuara a ser vinculada a uma reprodução vertical do saber, da linguagem e da justiça, em que a correção da verdade, da veracidade e da retidão normativa independe do consenso ou dum ajuste democrático.

Rousseau objetivara estabelecer esse vínculo por meio dum contrato social, fundado na igualdade e solidariedade intersubjetiva, no acordo entre as partes que estabelecem uma vontade geral que lhes preserva a autonomia. Kant também apelara a

um primado contratual sem, contudo desvincular o direito de sua força coativa, ligada a uma racionalidade objetiva que está para além dum vínculo contratual.

Mas é precipuamente em Hegel que a unidade Estado-Razão-Direito se dá de maneira intrínseca, formando o espírito absoluto. Hegel observa no primado contratualista uma forma inferior e negativa de aplicação do direito, não correspondendo a necessidade unificadora da razão histórica e do espírito ético que se manifesta no Estado. Dessarte, o direito subjetivo, retratado pela forma contratual, não absorve o aspecto tradicional e racional do direito objetivo que se manifesta pela dialética entre passado e presente, entre sujeito e objeto, entre privado e público. A racionalidade Estatal incorpora o Espírito do Povo e deve ser a diretriz para condução dessa coletividade desorganizada e irracional.

Essas teses demonstram uma oscilação que pendula entre uma fundamentação intuitiva e outra contratualista. O que se observa é que nem a primeira nem a segunda possui a força legitimadora para fundamentar um estado democrático de direito, podendo-se em ambos os casos apresentarem-se modelos totalitários. Ademais, ambas fundamentações firmam-se em mitos que independem de justificação; a primeira, apela para um dogmatismo intuitivo a segunda para um contrato originário que nem de longe representa as condições materiais existentes (relações desiguais de poder, pluralidade de projetos, racionalidade instrumental). As teses que posteriormente serão discutidas objetivam solucionar esse impasse.

No projeto legitimador do Estado Moderno ter-se-á uma busca pela síntese entre as vontades particulares idealizadas como partes dum contrato a uma vontade pública que atenda as necessidades das partes, criando-se um ente fictício que garanta seus interesses. Mesmo em Hobbes a vontade subjetiva é garantida por meio dum pacto inicial. Não se pode dizer que tal vontade é autônoma, visto ser impelida por uma necessidade, um temor factual à morte. Contudo, a legitimação do Estado vincular-se-á a uma escolha política, obedecendo-se a critérios de racionalidade que levam os indivíduos a optarem por subordinarem-se a um ente abstrato superior que regule as vontades de modo a superar um estado de guerra e medo.

A análise hobbesiana do estado de natureza, pré-jurídico, é oposta por Locke, justificando a existência do Estado, não como garante mínimo dos bens primários, vida e liberdade, mas concatenando as vontades subjetivas para consecução de fins comuns, garantindo o melhor gozo desses bens já protegidos pelo direito natural mesmo antes da formulação do contrato.

Entretanto, é em Rousseau que a imbricação entre vontade privada e pública atinge o grau máximo. A relação entre sujeito e Estado que nos filósofos anteriores assumia contornos dum contrato mandamental, substancialmente privado, tornar-se-á vínculo indissolúvel entre os indivíduos que constituem um estado, em que se manifesta diretamente para composição duma vontade política pública e autônoma.

Não obstante haver uma mudança paradigmática para legitimação do Estado de Direito; em que o binômio intuicionismo - coerentismo é substituído pelo binômio vontade privada - vontade pública, enfatizando-se o papel político democrático dos sujeitos constituintes; perpetuar-se-á o ideal de racionalidade sem o qual o processo de formação duma vontade geral, caracterizado pelo espírito público-objetivo, constituir-se-ia na justaposição de vontades privadas, num conjunto compartilhado de opiniões.

A esse aspecto se aplica a crítica kantiana, exigindo-se uma racionalidade pública para legitimação do Estado de Direito, não necessariamente pelo cumprimento dum procedimento democrático, mas pelo cumprimento dum procedimento lógico-racionalizador, capaz de garantir a objetividade e a liberdade intersubjetiva. O estado serve não para garantir a felicidade dos agentes, como no modelo de Hobbes e Locke, mas para salvaguardar o exercício das liberdades, autonomamente, tal como se dá no modelo rousseauiano, não impedindo a aplicação das coerções jurídicas necessárias para o cumprimento do dever por cada agente.

Tanto no modelo rousseauiano quanto no modelo kantiano tem-se o risco da centralização do poder e uma possível legitimação dum Estado Totalitário. Em Rousseau a democracia radical pode não seguir parâmetros ideais de racionalidade convertendo-se numa “demagogia”, numa “ditadura da maioria”, em Kant a racionalidade não se liga a uma atuação equânime de todas as partes, a autonomia se dá pelo exercício positivo da liberdade, pelo cumprimento do dever, que é evidenciado,

tornando-se objetivamente conhecido mediante uma racionalização deontológica duma máxima universalmente reconhecida.

O modelo político da democracia radical, que privilegia a participação igualitária dos indivíduos, e o modelo epistêmico, que privilegia a observância dum imperativo cognitivo pelo sujeito, perpetuam o movimento pendular, o primeiro por legitimar uma ordem institucional de caráter eminentemente público, o segundo por legitimar uma ordem firmada nos imperativos da consciência.

Habermas objetiva solucionar esse impasse preservando não só o modelo procedimental rousseauiano, garantindo aos agentes a participação democrática nas tomadas de decisão, mas também o procedimentalismo kantiano, que exige dos agentes a justificação racional-dialógica para as tomadas de decisão. Assim, num ambiente dialógico protegido as tomadas de decisão dar-se-ão por força duma argumentação aberta, atendendo um padrão intersubjetivo de racionalidade, não duma racionalidade viciada e unilateral, mas duma racionalidade comunicativa.

À idealização habermasiana de construção dum ambiente dialogicamente protegido segue-se o pressuposto de que o sistema jurídica serviria de regulamentador formal para os processos de tomada de decisões racionais. Os princípios de igualdade e liberdade seriam respeitados nesse âmbito, sendo garantida a isonomia, a liberdade (não coação) e a pluralidade entre os partícipes. Nesse ínterim, Häberle (2002, *passim*) propõe a mudança de paradigma jurídico duma sociedade fechada à outra aberta de interpretes constitucionais.

Entretanto a teoria do agir comunicativo, bem como a sua aplicação jurídica, não consegue legitimar a atuação do Estado, estancando a oscilação pendular: a teoria do agir comunicativa; que pretendia fundamentar a ação do Estado e do cidadão de modo a evitar abusos de ambas as partes, sejam essas fundamentadas em teses intuicionistas ou coerentista; não atende os próprios pressuposto para obter sua autolegitimação.

A teoria do agir comunicativa não atende os pressupostos éticos para sua validação nem os princípios a eles adjacentes: universalidade, racionalidade, liberdade, igualdade. Ela é incapaz de abarcar todos os interessados, potenciais falantes de todos os tempos (passados, presentes e futuros) e lugares (origens e orientações ideológicas), firma-se em saberes tradicionais irracionalmente apreendidos (aprendizado duma linguagem e das verdades fundamentais), impõe-se factualmente (as relações de aprendizado não são escolhidas ou refletidas), aplica-se mediante relações verticais de correção (dos pais aos filhos, do professor ao aluno, do rei aos súditos, do chefe ao subordinado, do juiz às partes). Esse modo vertical de aplicação duma racionalidade é evidenciada mesmo na tese häberleana em que o princípio integrador aplicado pelo juiz garante a unidade e racionalidade após apreender os diferentes aspectos apresentados pelos reconhecidamente interessados.

Todas essas dificuldades geram uma inabilitação ético-comunicativa, reforçada pela assunção duma ontologia negativa em que os valores vindicativos, dentre eles o consenso, são afastados. A linguagem é apresentada aqui como uma busca utópica pelo consenso, em que o entendimento, tomado como princípio subjacente a linguagem por Habermas (2001a, *passim*), torna-se um fim, depois de superado todos os males entendidos. Tem-se como primário o silêncio, o não entender, o mal entender, até que se arranhe o entendimento.

A unidade resulta, pois, da tentativa institucional de padronização discursiva, disciplinado pela atuação dos agentes competentes, segundo uma hermenêutica tradicional, que impõe a leitura correta não só dum texto, mas de qualquer linguagem; em oposição a uma hermenêutica filosófica, que entende a linguagem como uma visão de mundo, tão singular quanto cada “ser”.

REFERÊNCIAS

ARNAUDE, JEAN ANDRÉ (2000) *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar.

BOBBIO ET ALII, NORBERTO (2004), *Dicionário de Política*. Brasília: UNB, 12ª edição.

CABRERA, JÚLIO, (1996) *Crítica de La Moral Afirmativa*. Barcelona: Gedisa.

BLANCHÉ, ROBERT (1996) *História da Lógica*. Lisboa : Edições 70.

CUNHA, PAULO FERREIRA DA (2005) *História do Direito*. Coimbra: Almedina.

FOUCAULT, MICHEL (2006) *Microfísica do Poder*. São Paulo: Graal, 22ª edição.

_____ (1999) *Vigiar e Punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 21ª edição.

DAVIDSON, DONALD, (2001) *Three Varieties of Knowledge, In: Subjective, Intersubjective, Objective*. Oxford: Clarendon Press

_____ (1948) *On the Very Ideal of a Conceptual Scheme*, In : *Inquiries into Truth and Interpretation*. Oxford: Clarendon Press.

GADAMER, H. G. (2008) *Verdade e Método: Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica*, Petrópolis: Vozes, 9ª. ed.

LOCKE, JOHN (2003) *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret.

HÄBERLE, PETER (2002) *Hermenêutica Constitucional, A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição*. Porto Alegre: Antônio Fabris

HABERMAS, J. (2000) *O discurso filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes.

_____ (2001a) *Teoria de la Accion Comunicativa, Racinalidad de la Accion y Racionalizacion Social*. Espanha: Taurus Humanidades, 3ª edição.

_____ (2003) *Direito e Democracia, entre Facticidade e Validade, Vol I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2ª edição.

_____ (2004) *Verdade e Justificação*. Ensaios Filosóficos. São Paulo: Loyola.

HART, HEBERT L.A. (2007) *O Conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 5ª edição.

HARTMANN, NICOLAI (1960) *A Filosofia do Idealismo Alemão*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2ª edição.

HEGEL, Georg W. F., (1997) *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone.

_____ (2000) *Fenomenologia do Espírito*. Rio de Janeiro: Vozes.

HOBBS, THOMAS (2002), *Leviatã: Ou Matéria, Forma e Poder de Um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martin Claret .

HUME, DAVID (1996) *Investigações Acerca do Entendimento Humano*. São Paulo: Nova Cultural

KANT,IMMANUEL, (1996) *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Nova Cultural.

_____ (2003) *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escrito*. São Paulo: Martin Claret.

_____ (1993) *Doutrina do Direito*. São Paulo: Ícone, 2ª Edição.

KELSEN, HANS (2003), *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 6ª edição.

LYOTARD, JEAN F. (1979), *A Condição Pós-Moderna*. Rio de Janeiro: Olympio, 1979, 5.edição.

LUHMANN, NIKLAS (1983a), *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

_____ (1983b), *Sociologia do Direito II*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

MCDOWELL, JOHN, (1996) “*Lecture I*”. In: *Mind and World*. Massachussets: Harvard University Press, 1996.

OLIVEIRA, MANFREDO A. DE, (1996) *Reviravolta Lingüístico Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Loyola.

PLATÃO (1999) *A República*. São Paulo: Nova Cultural.

_____ (1972) *Sofista*. São Paulo: Abril Cultural.

QUINE, W.V.O. (1980) *Relatividade ontológica e outros ensaios*. In: CIVITA, V. (Ed.) *Ensaio: Ryle, Strawson, Austin, Quine*. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural.

REALE, GIOVANNI (1994) *História da Filosofia Antiga, II Platão e Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 9ª edição.

ROUSSEAU, J. J. (2001) *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes.

SEARLE,JOHN R. (1995) *Expressão e significado, Estudo da Teoria dos Atos de Fala*. São Paulo: Martins Fontes.

SCHLEIERMACHER, F. D. E, (2006) *Hermenêutica Arte e Técnica da Interpretação*. Bragança Paulista: EDUSF.

WEBER, MAX (2004) *Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva, Vol. I* São Paulo: UNB Editora.

WITTGENSTEIN, LUDWIG, (1996) *Investigações Filosóficas*. São Paulo: Nova Cultural.