

Constitucionalismo e abertura constitucional: o debate Habermas-Gadamer e as limitações da tradição como modelo para pensar o direito

Henrique Smidt Simon*

1. Introdução

O debate entre Habermas e Gadamer, que orientará algumas indicações possíveis para a compreensão da ideia de constituição (que é o objetivo deste artigo), marcou a superação da tentativa de um conhecimento social baseado nos postulados do cientificismo moderno de característica positivista. Assim, a ideia de que é possível obter um conhecimento objetivo e neutro do mundo, a partir de um método que garante o controle dos instrumentos utilizados na interpretação típica das ciências naturais modernas, mostra-se superada nos termos do debate hermenêutico da filosofia europeia da segunda metade do século XX.

As considerações da hermenêutica filosófica mostram que não é possível estender a metodologia empírico-racional das ciências naturais à análise do mundo social, pois este é formado pela cultura, tradição, subjetividade e intersubjetividade e pela ação social, de modo que esses elementos formam a maneira que compreendemos e nos inserimos no mundo. Mais que relação de causa e efeito, o mundo social é formado por normatividades que condicionam as possibilidades da ação e da convivência humana e são essas regras que precisam ser compreendidas se queremos apreender o mundo social. Assim, não é dado ao teórico social reduzir o seu campo de

* Mestre e Doutorando pela UnB (Direito, Estado e Constituição); Professor do UniCEUB; membro dos grupos de pesquisa Sociedade, Tempo e Direito e Pensamento Social (Plataforma Lattes/CNPq); advogado. E-mail: henrique.s.simon@gmail.com.

observação a relações de causa e efeito com o intuito de ter uma descrição precisa dos fenômenos, sob pena de simplesmente não entender como se dão as relações sociais que observa, já que estas têm uma carga simbólica não apreensível simplesmente pela observação externa, mas que têm um significado histórico e cultural que somente pode ser compreendido por quem tem a capacidade de se inserir naquele universo simbólico e se movimentar nele (por assim dizer).

Nesse sentido, é a capacidade de comunicação que determina o mundo social, de forma que a compreensão se dá a partir do domínio da linguagem. O meio linguístico é o que possibilita a transmissão e recepção do universo simbólico construído socialmente. A linguagem é o meio pelo qual o que é social é recebido, compreendido e transformado, possibilitando a ação e a transformação sociais, bem como permite ao investigador social ir além da observação de comportamentos regidos por estímulos por ele pressupostos e se inserir num universo social que lhe é estranho ou no seu próprio, a partir, agora, de um estranhamento que lhe permite refletir sobre suas próprias condições de sociabilidade. Deste modo, a história e a tradição não podem ser ignoradas na tentativa de compreensão da estrutura social. A demonstração de que esses elementos compõem o mundo humano seria a tarefa da hermenêutica¹.

No que tange ao direito, mais especificamente ao constitucionalismo, a inclusão desse aspecto histórico efetual (como o chama Gadamer) reflete uma mudança clara no pensamento jurídico no que se refere à compreensão da ideia de constituição na modernidade, no sentido de que dota o jurista de uma capacidade de compreensão da sua herança cultural e da sua possibilidade de transformação a partir do ponto de vista interno de quem está inserido no jogo da normatividade estabelecido pelo direito, que, por sua vez, tem seu ponto de referência na constituição. No entanto, o debate entre os dois filósofos comentados indica que é possível compreender que o que caracteriza o conceito de constituição na contemporaneidade é justamente a sua abertura, a sua fluidez. Se assim não fosse, seria difícil a manutenção de um ideal democrático que guia a vida política atual. Esta é, pelo menos, a hipótese que se tentará sustentar neste trabalho.

1 Habermas mostra, na sua apresentação da lógica das ciências sociais, toda a complexidade dessa discussão e da necessidade de mudança de perspectiva na teoria social, em que critica, por serem insuficientes e reducionistas, as tentativas dos cientistas sociais de reduzir o fenômeno humano a eventos que possam ser descritos objetivamente para gerarem previsibilidade, controlados metodologicamente (cf. HABERMAS, 1990, pp. 81-275).

Nesse sentido, primeiramente há uma descrição rápida da proposta hermenêutica de Gadamer. A seguir, tenta-se resumir as críticas de Habermas a Gadamer, bem como o que é por aquele assimilado. Posteriormente, a partir de exemplos históricos busca-se mostrar a relação do direito com a tradição numa possível leitura hermenêutica, para, então, discutir-se a proposta de Habermas com relação ao direito constitucional e a diminuição da importância da tradição como fator determinante nos processos de determinação de significados normativos e de tomadas de decisões políticas. A conclusão indica, por fim, que a constituição deve ser concebida como obra aberta, se pretende ser instrumento de legitimidade do poder e de garantia da liberdade. Nesse sentido, o que orienta este trabalho é um conceito de constitucionalismo como momento histórico de afirmação de liberdade e contenção do poder.

2. Alguns pontos sobre a hermenêutica de Gadamer

Hans-Georg Gadamer foi um dos principais filósofos do século XX. Suas pesquisas foram de extrema importância para a superação do positivismo nas ciências humanas e para a reabilitação da filosofia no seu papel de compreensão da vida social, mais do que traçar as condições para a elaboração de um discurso descritivo preciso sobre o que acontece no mundo. Assim, Gadamer não está, em sua obra, preocupado com a elaboração de regras para o fazer científico, oferecendo um instrumental de maior precisão para descrever o mundo social, mas pretende desenvolver uma investigação que permita a compreensão do fenômeno humano no seu todo e sua relação com a realidade, ou seja, pesquisa aquilo que forma a própria estrutura da situação humana no mundo².

Nesse sentido, Gadamer reabilita a ideia de verdade para a filosofia, diferenciando-a da verdade das ciências, que implica a relação com um mundo exterior alheio à vontade, mas colocando-a como uma questão de contexto em que vivências determinam os sentidos estáveis numa determinada época, mas transformáveis pelos próprios destinatários dos conteúdos de sentido. Percebe-se, assim, que a determinação da verdade e, portanto, do mundo social só se dá pela linguagem.

Gadamer parte da insuficiência da aplicação da epistemologia positivista no âmbito das ciências humanas. Pode-se descrever sua ideia da seguin-

2 GADAMER, 1999, p. 14.

te maneira: conceber um método que controle a observação de fenômenos empíricos que permitam uma descrição precisa e um controle dos fenômenos sociais não é capaz de gerar uma verdadeira compreensão do fenômeno humano. Isso se dá porque, nesses casos, o objeto se confunde com o sujeito e a atuação do observador interfere na realidade que ele procura descrever. Isso implicaria na incapacidade de se abstrair da própria realidade para compreender a realidade social. Não haveria um ponto de vista que permitiria a separação entre sujeito e objeto. O universo social é um universo simbólico e a compreensão desses símbolos, dos seus significados, só é possível a partir da inserção naquele universo que os possibilitam como fontes de sentido. Assim, o meio universal para a compreensão do universo social é a linguagem, que permite as mais diversas formas de ação entre sujeitos e relações complexas entre eles. Pode-se notar, portanto, que a proposta de Gadamer não é bem descrever relações sociais ou comportamentos, mas compreender, refletir, sobre as condições que formam o universo humano. Ou seja, sua proposta é de uma ontologia da realidade social, quer dizer, entender o que é que forma a estrutura do mundo humano.

De acordo com Gadamer, a compreensão que temos do mundo é determinada pela herança que recebemos do nosso contexto de vida. Isso quer dizer que as significações que atribuímos às nossas relações e formas de agir no mundo derivam do nosso passado, daquilo que recebemos de gerações anteriores de modo a formar nossos horizontes de sentidos. Como nos inserimos num universo cultural que nos é anterior, é a nossa tradição que determina o universo simbólico que nós somos. É nesse sentido que nosso ser é determinado pela linguagem; linguagem essa que é a referência para a atribuição de sentido e para a ação no nosso mundo da vida. Isso quer dizer que as relações humanas são determinadas pela capacidade de comunicação.

O mundo social não é determinado apenas por relações de causa e efeito, mas por conjuntos normativos que regem as formas e os limites de nossa ação nas interações com o outro. Deste modo, só podemos compreender as diversas formas de interação humanas na medida em que somos capazes de agir dentro dos mais diversos contextos, de acordo com as suas normas sociais, que os delimitam e os caracterizam como tais. Para isso é necessária a capacidade de comunicação e aprendizagem. Podemos aprender a lidar com situações diferentes, de forma que ganhamos em experiência de vida, que não é o conhecimento abstrato e objetivo das ciências, mas a capacidade de lidar com situações inéditas a partir do conhecimento

que adquirimos com experiências de vida anteriores (Gadamer se baseia no conceito de *phrónesis* de Aristóteles).

Nesse sentido, somos determinados pela tradição que herdamos, que condiciona a maneira que recebemos e usamos a linguagem nos processos de comunicação e ação social. Mas, na medida em que nos inserimos numa determinada estrutura social, temos de aprender com as novas situações de vida que nos ocorrem e que são únicas. E os elementos de que dispomos para lidar com o novo são os mesmos que utilizamos nas situações normais nas quais aprendemos a agir: a tradição. Diante dessa situação, nosso existir é um constante diálogo com a nossa tradição herdada, de forma que, ao mesmo tempo em que somos determinados por ela, também a transformamos, de modo que ela não é uma estrutura fixa que nos impede de agir, mas é aquilo que nos dá as bases para a compreensão e a transformação do nosso próprio mundo social, inclusive as próprias regras que determinam nossos espaços e formas de ação nos diversos jogos de linguagem sociais.

Assim, o aprendizado se dá por meio do diálogo do novo com o velho, das situações nunca antes vividas com a história. E é esse diálogo que caracteriza o movimento hermenêutico da compreensão, que só é possível com o reconhecimento da nossa dependência da história. Assim, apesar de encontrar uma idéia que sirva para dar estabilidade ao processo do conhecimento, Gadamer esclarece a estrutura relativa do nosso ser social, que é sempre mediado pela linguagem.

A estrutura do compreender hermenêutico depende, portanto, de dois conceitos chaves: o círculo hermenêutico e a fusão de horizontes. O primeiro conceito indica a antecipação que fazemos sobre o significado de qualquer acontecer a partir da estrutura de significações prévias, a qual a linguagem que recebemos e utilizamos nos possibilita. Gadamer usa o modelo da interpretação de textos para explicar sua idéia, mas deve-se ter em mente que, uma vez que compreendemos que a estrutura do mundo social se dá pela linguagem, pode-se dizer que são sempre interpretadas como texto. Isso quer dizer que, ao tentarmos compreender um texto, logo no início antecipamos seu significado a partir daquilo que já conhecemos, ou seja, atribuímos sentido a uma parte inserindo-a dentro de um todo que projetamos. Caso essa antecipação falhe (ou seja, caso a atribuição de sentido se mostre errada ao longo da leitura), é necessário rever a primeira interpretação e projetar um novo todo significativo, num movimento circular.

Pode ocorrer, no entanto, que a interpretação fracasse, que haja um estranhamento entre o intérprete e aquilo que ele pretende interpretar. É nesse ponto que surge o conceito de fusão de horizontes. O momento do estranhamento mostra que houve um problema no processo de compreensão, que o diálogo que se estava a travar entre leitor e texto se mostrou falho. Para que a compreensão seja possível, é necessário que o sujeito que interpreta esteja disposto a adentrar no horizonte de sentido do objeto a ser compreendido (sujeito, texto, obra de arte, etc.). Assim, a ideia de fusão de horizonte significa que deve haver uma filia entre o que pretende compreender e o que vai ser compreendido (ou entre sujeitos, se for o caso de um diálogo), de modo que o sujeito deve estar disposto a se abrir ao universo que se lhe apresenta como estranho.

É nesse momento que o sujeito que compreende deve estar disposto a rever aquilo que herdou de sua tradição, seus preconceitos ou pré-concepções de mundo. São os preconceitos e as experiências anteriores do sujeito que busca a compreensão que permitem que ele possa atribuir sentido ao novo, ao mesmo tempo em que deve ser capaz de colocar suas pré-concepções em questão para poder aprender o diferente, para se inserir num universo simbólico novo, mas que ao mesmo tempo amplia o seu. Esse confronto com o diferente, esse momento do estranhamento, quando levado a uma atitude de verdadeira compreensão, é que nos dá a noção de consciência histórica, da nossa determinação pela história e do nosso papel na história, de nossa capacidade de receber e transformar tradições.

Pode-se dizer, portanto, que Gadamer consegue uma imagem do que seria a condição ontológica do universo social, mostrando aquilo que nos condiciona e do que não podemos nos libertar: a nossa tradição historicamente construída, que, ao mesmo tempo em que nos determina, cria as condições de sentido para a transformação, para a novidade. Ora, isso é assim porque somos linguagem: interpretação e reinterpretação de sentidos que herdamos e transformamos projetando nossa história para o futuro³.

3. A apropriação de Habermas da hermenêutica e sua crítica

O problema de uma ontologia do social tal como proposto por Gadamer permite as suas reflexões sobre o processo do compreender, que,

3 Para um resumo da filosofia hermenêutica, veja-se GADAMER, 1998.

por sua vez, nos possibilita perceber nossa condição histórica e nossa capacidade de mudar a partir de nossa própria tradição. E esse processo do compreender abre espaço para uma nova percepção das ciências sociais, desvinculando-as da perspectiva positivista que, para aumentar o grau de rigor no controle dos fenômenos sociais, reduz seu âmbito de pesquisa e seus objetos a relações de causa e efeito.

É desse ponto que parte Habermas na sua discussão com Gadamer sobre a hermenêutica. Reconhecendo o reducionismo que implicam as posturas positivistas que procuram uma discussão epistemológica que permita uma separação clara entre sujeito e objeto mesmo na análise das relações sociais, Habermas assume o ponto de vista hermenêutico que vincula o pesquisador a uma visão interna do seu objeto. Em outras palavras, Habermas mostra que a hermenêutica demonstra claramente que o pesquisador de uma ciência social é, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de sua pesquisa, pois, em teorias que tratam de regras e sistemas de ação, o pesquisador deve estar inserido no universo simbólico que condiciona a atribuição de sentido dos movimentos feitos pelos sujeitos no interior dos mais diversos jogos de linguagem.

Em que pese ter assumido a perspectiva wittgensteiniana dos jogos de linguagem, para o herdeiro da nova geração da Escola de Frankfurt a hermenêutica permite um passo a mais nas pesquisas sobre o universo social, pois, além da questão do contexto, indica a dimensão histórica da realidade, bem como a conseqüente consciência histórica do nosso ser social. Linguagem, comunicação, diálogo e história são as chaves para uma compreensão abrangente da vida em sociedade.

Diante dessas considerações, pode-se dizer que Habermas se aproveitou das pesquisas de Gadamer para lançar uma alternativa epistemológica ao positivismo, pois serviria como instrumento para a compreensão da sociedade sem reduzi-la a um conjunto de relações causais de tipo causa e efeito, ou de estímulo-resposta ou de ações estratégicas voltadas para a realização do próprio interesse. A hermenêutica mostraria um ponto de partida que se baseia na necessidade de compreensão, sem a qual não há comunicação, pois só é possível agir estrategicamente na medida em que se pressupõe a possibilidade de um entendimento prévio entre sujeitos. O agir estratégico seria uma forma de agir que depende da capacidade de entendimento, seria um desvio do agir comunicativo em que as pessoas

buscam o entendimento recíproco. Sem esse entendimento não é possível agir estrategicamente.

Contudo, Habermas vê alguns problemas para a análise da sociedade via hermenêutica dentro da sua perspectiva epistemológica. Como Gadamer pretende recuperar a tradição e a função compreensiva dos preconceitos, uma teoria social que se baseie na hermenêutica fica sem recurso a uma estrutura estável que viabilize um distanciamento metódico entre sujeito e objeto para uma análise que seja não apenas qualitativa, mas também quantitativa; ou seja, Habermas sente falta de instrumentos teóricos que permitam um controle empírico das hipóteses levantadas cientificamente. De acordo com a visão sociológica de Habermas, a visão hermenêutica não dá conta de elementos objetivos que estruturam a realidade social, que podem inclusive condicionar a tradição e os preconceitos: linguagem, trabalho e domínio⁴.

Assim, para buscar um sistema de referência que não dependa da tradição (que, para Habermas, além de relativizar demais a realidade social limita a capacidade de reflexão do cientista), Habermas acrescenta aqueles três elementos de caráter ontológico que permitiriam um ponto fixo de partida para uma epistemologia direcionada a uma sociologia compreensiva.

As relações de trabalho e domínio são capazes de produzir uma linguagem ideologicamente determinada, de modo que o processo de comunicação pressuposto pela hermenêutica pode ser sistematicamente distorcido. É necessário um ponto de referência externo que permita uma crítica dessa distorção comunicativa, uma espécie de terapia do processo de diálogo⁵. Habermas recorre, assim, ao modelo da terapia psicanalítica, procurando estendê-la para a análise das interações sociais. Segundo ele, tal modelo possibilitaria uma crítica emancipatória da sociedade atual. Como a análise hermenêutica implicaria uma dependência da tradição e dos preconceitos, ela levaria a uma incapacidade crítica do pensamento para refletir sobre a comunicação sistematicamente distorcida (o que quer dizer: ideologicamente determinada), já que não coloca como consequência da própria tradição ocidental a possibilidade crítica de negação dos preconceitos tal

4 HABERMAS, 1987a, p. 23.

5 Para Habermas, a falta de um sistema de referência externa que viabilize a crítica torna impossível a distinção entre o “bom” e o “mau” preconceito. Não seria possível criticar a própria tradição (HABERMAS, 1987a, p. 16).

como procedido pelo Iluminismo, que teria transformado de vez a nossa percepção da história e, assim, o enfraquecimento da tradição como fator de determinação da compreensão social. Destarte, uma teoria crítica seria a única habilitada para uma compreensão emancipatória da sociedade⁶.

Apesar de Habermas ver o limite da hermenêutica na sua incapacidade (de acordo com ele) de servir como teoria crítica da sociedade industrial atual, Gadamer⁷ reivindica para a hermenêutica a sua capacidade de ser universal, abrangendo até mesmo a redução técnica da análise do mundo a que procedeu a ciência moderna. Segundo Gadamer, a universalidade do aspecto hermenêutico da compreensão humana se mostra no âmbito da arte, no qual a apreensão da obra de arte é atualizada na reinterpretção que dela se faz no presente ao mesmo tempo em que a obra traz consigo as possibilidades de julgamento estético, possibilidades essas que permaneceram ao longo do tempo e, portanto, mantêm o seu significado, tornando-se universal (essa seria a idéia de “clássico” na estética). Também na constatação da consciência histórica (como visto acima) a hermenêutica mostra seu aspecto universal. De modo semelhante à interpretação estética, percebemos e compreendemos nosso presente dentro do seu aspecto de historicidade sempre entendido como um porvir (assim, a história é sempre vista como um porvir que nos levou ao presente e se abre como possibilidades para o futuro). E nem mesmo a ciência moderna está imune à universalidade da hermenêutica. Isso porque mesmo a ciência, quando se vê obrigada e refletir sobre si mesma e suas possibilidades, tem de se situar dentro de suas dimensões históricas de surgimento. Além disso, qualquer enunciado sobre o mundo é sempre uma resposta a uma pergunta. Nos três fenômenos (estética, consciência histórica e ciência moderna) é possível ver que o que os determina é a comunicação, que é possibilitada pela linguagem.

A partir dessas considerações, Gadamer recusa a crítica de Habermas sobre a pretensão da teoria crítica e uma possível limitação do problema hermenêutico⁸. Contra a proposta de uma teoria crítica que estaria mais apta à emancipação social, Gadamer afirma que a dependência da tradição e dos preconceitos para a compreensão não é dogmática, como pressupõe Habermas. Ao contrário, a consciência histórica implica o fato de colocar em questão aquilo que foi herdado por meio da tradição. O estranhamen-

6 Para as considerações acima, confira-se HABERMAS, 1990.

7 GADAMER, 2002a.

8 GADAMER, 2002b.

to que leva à necessidade de busca da compreensão é o que possibilita a crítica e a transformação do que é dado. Assim é que a hermenêutica pode restabelecer o acordo intersubjetivo que se encontra violado e que era pressuposto no processo da comunicação. Diante disso, o reconhecimento da tradição e dos preconceitos que herdamos não implica um reconhecimento dogmático e irrefletido da autoridade, mas a sua aceitação de maneira crítica e reflexiva. Destarte, não seria verdade que não haveria alteração ou transformação da autoridade. A partir dessas afirmações, Gadamer nega que a universalidade da hermenêutica, a qual adquire um caráter transcendental, seria incapaz de dar conta de sua própria inserção histórica. É justamente a consciência dessa inserção social de toda subjetividade (e, portanto, a dependência da linguagem que possibilita a intersubjetividade) que gera a capacidade de contestar e mesmo alterar os próprios preconceitos.

Gadamer, então, estende o problema da universalidade da hermenêutica para o marco interpretativo reivindicado por Habermas: a psicanálise. De acordo com suas considerações, a própria psicanálise se vale do processo do compreender hermenêutico, já que, como Habermas mesmo admite, os processos de formação em análise podem ser integrados numa história completa que pode ser narrada. Ora, essa é a figura do círculo hermenêutico. Mas Gadamer estende ainda mais a crítica ao modelo da psicanálise tal como proposto por Habermas, questionando a legitimidade do psicanalista quando sua análise sai da relação médico-paciente e passa para a análise da situação social, situação em que médico e paciente se encontram como iguais com relação aos demais participantes das relações sociais. Nesse caso, o psicanalista extrapolaria seu âmbito de atuação. Ficaria confusa a linha que distingue médico e paciente e o médico como mero parceiro social do paciente e dos demais sujeitos da interação em sociedade.

Mas Habermas não se dá por satisfeito com a resposta de Gadamer⁹. Para ele, a questão que fica é se a hermenêutica teria condições de ser usada como meta-teoria crítica que servisse não só para a compreensão, mas para a transformação da sociedade (que o aspecto hermenêutico está sempre presente no processo de compreensão já está fora da questão). Seu ponto está na comparação entre o método da teoria crítica (dialético) e o hermenêutico¹⁰.

9 HABERMAS, 1974.

10 Método entendido aqui como indicação de possíveis caminhos para a reflexão filosófica (STEIN, 1987, p.129).

De acordo com Habermas, a relação entre uma teoria social e a prática deve se dar em três níveis: o da elaboração de teoremas coerentes que sustentarão o discurso científico; o da organização do processo de esclarecimento daqueles a quem se dirige a teoria, levando-os à reflexão (o que permitirá um certo controle empírico dos teoremas); e a elaboração de táticas de ação que levarão ao enfrentamento político (*political struggle*)¹¹. No entanto, o terceiro nível não deriva das considerações teóricas, pois dependem de critérios de oportunidade e estratégias de ação que não podem derivar da teoria e não condizem com a sua pretensão de verdade.

Nesse ponto Habermas começa a traçar uma teoria da ação comunicativa. O caráter de esclarecimento da teoria é voltado a todos que estão envolvidos no diálogo e pretendem se entender na conformação da ação ou da transformação social. Assim, os “opponentes” na interação social devem entrar num processo de diálogo isento de coerção ao exporem suas pretensões de validade, sem o qual não há possibilidade de entendimento. Nesse sentido, as pretensões de validade devem ser fundamentadas discursivamente e o diálogo entre discursos leva ao esclarecimento dos envolvidos no processo de comunicação. Esse diálogo leva à auto-reflexão. Assim, é necessária uma teoria que permita estabelecer as condições do diálogo e a organização do esclarecimento dos envolvidos, pois sem isso não é possível identificar uma comunicação sistematicamente distorcida ideologicamente.

Quando as partes não estão dispostas à auto-reflexão, aí é o caso de se optar por uma postura conflitiva. Mas essa opção não pode derivar ou ser embasada na teoria que busca o esclarecimento, pois ela indica que a pretensão de uma parte está suficientemente esclarecida para reivindicar que a outra parte está ideologicamente cega, sob o pressuposto de que tenha transcendido sua condição e compreendido a natureza da inter-relação em que está envolvida.

Diante disso, o sistema que Habermas buscava para uma crítica da ideologia que refugisse às determinações da tradição e dos preconceitos é encontrada na proposta teórica de um estabelecimento universal das condições do diálogo entre os interessados nos processos de ação e transformação social. E essa estrutura permite uma reflexão retrospectiva das nossas condições sociais, proporcionando um esclarecimento da nossa consciência, o que serve como modo de crítica de processos de comunica-

11 “No primeiro nível, o objetivo são afirmações verdadeiras, no segundo, *insights* autênticos, e no terceiro, decisões prudentes” (HABERMAS, 1974, p. 32 – tradução livre).

ção ideologicamente distorcidos. Isso tem como consequência que a teoria social que busca essa relação de compreensão crítica e prática não pode ser voltada para a ação estratégica, mas para a ação comunicativa, em que os envolvidos buscam o entendimento. Contudo, o modelo que embasa esse processo ainda é o da psicanálise, em que uma teoria da ação comunicativa deve funcionar como modelo de uma terapia social, da mesma forma como o analista conduz a terapia do seu paciente: buscando emancipá-lo de coações sociais que se tornam distorções no processo de formação do sujeito, porque inconscientes, de modo que não podem ser tematizados pela linguagem. O terapeuta conduziria o processo de emancipação do sujeito induzindo-o a uma auto-reflexão sobre a sua situação e o seu passado¹².

Gadamer já havia criticado esse modelo afirmando que a recusa de qualquer autoridade (resultado a que poderia levar uma teoria como a de Habermas) teria como consequência uma utopia anárquica¹³. O processo de emancipação social não poderia funcionar nos mesmos moldes do modelo da psicanálise. E acaba por reafirmar sua crítica ao dizer que o processo da terapia pressupõe uma diferença de competência entre médico e paciente, de modo que o primeiro tem um saber privilegiado. No caso da comunicação social, quem tem o saber privilegiado sobre sua condição que vai levar o outro à emancipação? Quem vai identificar como anomalia as convicções sociais do outro? De onde vem essa legitimidade? Gadamer reafirma, então, a capacidade da hermenêutica de identificar a perturbação da comunicação para tentar restabelecê-la¹⁴.

Por fim, Habermas admite vários pontos em que a hermenêutica é essencial para uma teoria social que pretenda unir teoria e prática. Primeiramente, admite que a hermenêutica gadameriana é fundamental para “construir pontes” entre teorias e modos de vida diversos, mas insiste que a liberdade em assumir uma tradição depende da capacidade e da liberdade de dizer sim ou não a ela. Em outros termos, insiste na capacidade reflexiva herdada do Iluminismo que viabiliza a relativização da autoridade da tradição e a cegueira dos preconceitos¹⁵. Também admite quatro contribuições metodológicas da hermenêutica, que resume assim:

12 Habermas reafirma o modelo da psicanálise para o trato de discursos imperceptivelmente patológicos, que geram uma pseudocomunicação (HABERMAS, 1987b).

13 GADAMER, 2002b, p. 292.

14 GADAMER, 2002c.

15 HABERMAS, 1987c.

- que o intérprete só pode esclarecer a significação de uma manifestação simbólica enquanto virtual participante do processo de entendimento dos partícipes imediatos;
- que o *posicionamento performativo* sem dúvida o vincula à pré-compreensão da situação hermenêutica inicial;
- que, porém, essa vinculação não tem de prejudicar a validade de sua interpretação;
- porque ele pode tornar útil para si a estrutura interna (...) racional do agir orientado para o entendimento e para reivindicar reflexivamente a competência avaliadora de um participante responsável da comunicação, para
- pôr em relação sistematicamente o mundo da vida do autor e de seus contemporâneos com o seu próprio mundo da vida
- e para reconstruir a significação do *interpretandum* como o conteúdo objetivo (...) pelo menos implicitamente avaliado de uma maneira criticável¹⁶.

Habermas continua, contudo, acusando Gadamer de certo dogmatismo, na medida em que vê nele uma comparação muito forte com a leitura de textos clássicos, que são detentores de alguma força dogmática, pois são como textos canonizados. Há uma atualização unilateral na leitura desses textos e não um modelo dialógico de afirmação de pretensões de verdade, o que implica a necessidade de ser possível a recusa absoluta do *interpretandum*.

Colocadas as questões nesse contexto, Cameron¹⁷ também entende que o debate entre os dois filósofos trata de uma perspectiva epistemológica (Habermas) e uma ontológica (Gadamer), que, na sua perspectiva, são compatíveis, pois Gadamer nos permite a consciência de nossa finitude e da relatividade do nosso ser no mundo, enquanto Habermas busca, reconhecendo o perigo do relativismo indicado por Gadamer, um instrumento de análise que permita a crítica da situação em que nos encontramos.

Aparentemente, contudo, o problema é mais complexo. Como se pode ver no debate, a descrição de uma ontologia social tal como proposta por Gadamer abre uma perspectiva epistemológica (ainda que ele tenha negado que essa fosse a intenção) para as ciências sociais como um todo, uma vez que permite uma reflexividade do pesquisador na sua inserção no uni-

16 HABERMAS, 1987d, pp. 93-94.

17 CAMERON, 1996.

verso simbólico que busca mais que descrever, mas compreender (saber se movimentar nos diversos jogos sociais que seu campo de pesquisa oferece). Além disso, mostra como a linguagem é tanto o meio para a interação social quanto para a sua compreensão.

Por outro lado, ainda que Habermas tenha de assumir o perigo do relativismo enunciado pela ontologia de Gadamer, sua necessidade de um sistema de referência que sirva como critério de estabilidade epistemológico o leva a considerações que também têm um caráter ontológico. Isso fica mais claro quando, durante o debate, vai abandonando as categorias marxistas do trabalho e do domínio, mas mantém linguagem. Assim, uma teoria do discurso universalizável que possa servir como o sistema de referência razoavelmente estável tem de afirmar uma condição de estruturação da própria ação social e, como isso é feito em razão da necessidade de formação do discurso para justificar posições a partir de um acordo intersubjetivo pressuposto, a idéia de um agir comunicativo é a base da própria conformação do universo social numa sociedade pós-metafísica, em que os fundamentos fixos se perderam. Nesse sentido, Habermas se apropria de Gadamer para lançar o seu princípio do discurso, mas pode afastar-se dele para relativizar a importância da tradição no processo do compreender¹⁸.

4. Tradição e constitucionalismo: o exemplo histórico da formação das ideias de limite ao poder real, de representação parlamentar e de soberania popular

O constitucionalismo pode ser entendido como momentos de reflexão sobre a estrutura organizacional de uma comunidade política, não só sobre aquilo que caracteriza a essência da organização das mais diversas sociedades, mas também o pensamento prescritivo sobre o governo de uma comunidade ideal, ou seja, a discussão sobre a melhor forma de governo e de como exercer o poder. Nesse sentido, poder-se-ia falar de um constitucionalismo antigo, um medieval e um moderno, pois em todos os períodos em que houve crises institucionais graves é possível identificar uma discussão aprofundada sobre essas questões. Exemplos claros seriam os

18 “Por esta via Habermas abandona o terreno ‘compreensivo’ para entrar no campo ‘reconstrutivo’. Neste novo contexto, a compreensão muda de sentido” (PERONA, 2000, p. 273 – tradução livre).

pensamentos políticos de Aristóteles, Tomás de Aquino e o pensamento liberal do século XVII (John Locke, por exemplo)¹⁹.

Por outro lado, o constitucionalismo pode ser entendido de maneira mais restrita, vinculando-se ao momento histórico de afirmação dos direitos típicos da época moderna: liberdade, igualdade e propriedade. Esses são, basicamente, os chamados direitos constitucionais de primeira geração, exatamente por serem frutos dos movimentos constitucionalistas (de caráter liberal) da primeira fase: séculos XVII, XVIII e XIX. Desse modo, o que caracterizaria o movimento constitucionalista seria a vinculação do poder à manutenção desses direitos, ou seja, a limitação do exercício do poder a partir de uma ordem jurídica positiva. Pode-se dizer, então, que a essência do constitucionalismo moderno é um regime de garantia de liberdades *contra* o exercício do poder político, buscando limitá-lo.

Mas a descrição dessa concepção de direito é importante para a compreensão da importância da tradição bem como da sua limitação para se entender o constitucionalismo e a constituição como fenômenos abertos e indeterminados, já que ela é totalmente inovadora na história ocidental. Essa abordagem permite direcionar para a percepção do caráter concreto da crítica de Habermas a Gadamer, principalmente no que tange ao estudo do direito moderno.

Na Antiguidade e na Idade Média não havia um direito positivo (regras organizadas criadas pelo homem) que vinculasse o exercício do poder. A lei dada pelo homem era a manifestação por escrito ou oral da vontade dos deuses ou da tradição; ela era a afirmação daquilo que já se pressupunha ser característico da comunidade. O poder tem seu fundamento na tradição ou na divindade, não há limites jurídicos ao seu exercício. Entretanto, as mudanças políticas e sociais da Idade Média levaram à derrocada da sua própria forma de organização do poder. E isso foi feito, em boa medida, a partir da sua própria tradição, ou seja, reivindicando-se exatamente o respeito à ordem estabelecida.

O caso inglês pode servir de modelo, já que foi lá que o constitucionalismo teve seu início. O primeiro exemplo que podemos ter é o da formação do *common law* e o seu papel no pensamento constitucional moderno. O chamado direito comum inglês se forma a partir da exigência da apli-

19 Confira-se, por exemplo, FIORAVANTI, 2001, pp. 11-13. Também, CLAVERO, 1998, pp. 10-12. Clavero vincula, contudo, o pensamento constitucional a três conteúdos principais: liberdades, garantias das liberdades e só então organização do poder.

cação das regras tradicionais que regem as pequenas comunidades medievais, com base no direito feudal. Assim, as regras características²⁰ de cada estamento social e de cada região deveriam ser mantidas e aplicadas pela autoridade local (nobre) e, em última instância, pelo rei. O rei tinha, como grande senhor feudal, o dever de exigir dos seus vassalos o respeito às regras tradicionais e a sua devida aplicação. E, como era o maior suserano, deveria respeitar as regras que caracterizavam as relações feudais.

No caso inglês, o fortalecimento da nobreza na sua capacidade de competição com o rei no exercício de um poder social²¹ de fato viabilizou que o direito comum fosse utilizado como uma forma de limitação ao próprio exercício do poder real. Ou seja, o rei estaria vinculado e teria, por dever, de realizar o direito comum do reino. Aliás, essa seria uma das características da idéia de constituição na Idade Média: a afirmação da estrutura da tradição jurídica, mesmo que contra os desmandos do poder instituído (principalmente do rei)²². Vê-se, assim, que aquilo que era tradicional pôde ser relido, reinterpretado, para ser atualizado de acordo com as exigências da conformação social da época, ao mesmo tempo em que possibilitou o início da mudança sobre a forma do exercício do poder, que até então não tinha limites jurídicos explícitos.

Essa ideia de tradição se mostra muito forte no pensamento medieval, formando a própria substância política e jurídica desse período. O recurso à tradição e aos costumes que determinavam as relações jurídicas feudais era efetivamente um óbice ao exercício do poder real na Inglaterra. Isso se mostra claro também no processo de institucionalização da representação popular, de onde provém a Câmara dos Comuns inglesa. De acordo com a tradição que vai se formando na época feudal, aquilo que é do interesse de todos deve receber a anuência de todos²³. Assim, no século XIII o monarca determina a primeira eleição de condados e municípios para enviarem representantes que deveriam dar suas anuências às decisões reais.

O que é interessante nesse processo de institucionalização da representação política é que os representantes, que a princípio deveriam apenas homologar as decisões reais, passam a ser um verdadeiro fator de controle do

20 Deve-se considerar que a forma de estabelecimento das relações feudais não era uniforme, variando bastante conforme o local (cf. BASCHET, 2006, p.124).

21 Sobre a importância do equilíbrio do poder social nas relações feudais, veja-se ELIAS, 1993, pp. 62-63.

22 FIORAVANTI, 2001, cap. 2.

23 *Idem*.

exercício do poder monárquico²⁴. E isso é feito a partir da teoria do direito divino dos reis (que, a princípio, deveria tornar o poder real ilimitado).

Ocorre que a Câmara dos Comuns passa a exercer um papel que vai além da mera homologação da vontade do rei para se tornar uma espécie de protetora da vontade real, no interesse das regiões que representava. Nesse sentido, a doutrina do direito divino é interpretada pelos representantes das regiões inglesas de maneira extremamente restrita. Apenas o rei era infalível, só ele tinha esse contato com a divindade. Os demais, independentemente da importância que exerciam na nobreza ou na burocracia monárquica, eram apenas súditos e, portanto, sujeitos ao erro. Tentar interpretar a vontade do rei ou realizar algo que ele não havia deliberadamente ordenado era tentar se igualar a ele, o que era o mesmo que buscar a divindade (restrita a Deus e, por sua concessão, ao monarca). A Câmara dos Comuns, assumindo a tarefa de proteger a vontade do rei, passou a punir aqueles que avocavam essa pretensão.

Mas os representantes foram além. Passaram a ir contra os atos realizados por funcionários reais mesmo que estes contassem com a expressa autorização do governante. A doutrina que surge é a da separação do corpo político do corpo físico do rei. Como figura equiparada à divindade, o rei não poderia errar, pois seu poder absoluto deveria ser utilizado para realizar o bem de todos os seus súditos. O seu corpo político, portanto, era infalível, pois iluminado pelo próprio Deus para a realização do bem político. Contudo, o seu corpo físico estava sujeito a falhas, pois o rei poderia ser mal orientado pelos seus conselheiros, que poderiam muito bem estar interessados em benefícios próprios ou de seu grupo. Assim, quando um funcionário da coroa realizava alguma ação que atentava contra o direito comum ou contra o que era voltado para o bem de todos, ainda que com ordem expressa do rei, a Câmara dos Comuns tomou para si o poder de puni-lo, pois ele estaria atentando contra a divindade real. E, se o rei deu a ordem, o fez por equívoco, não dele, que buscava o bem de todos (os próprios representantes assumiram a divindade do monarca e não a contestaram até o século XVII), mas de algum conselheiro que o orientou mal, sujeitando seu corpo físico ao erro. Em outras palavras, ninguém poderia pressupor o que era da vontade do rei, pois seria como querer participar de sua divindade (que, obviamente, era exclusiva). E, como a realeza possuía caráter divino, ela não poderia errar. O erro, portanto, não era fruto de sua

24 Para o que segue, veja-se MORGAN, 2006, caps. 1 a 3.

vontade, mas da sua má execução por parte de algum funcionário, ou provinha do mau aconselhamento por parte de alguém. No plano do discurso, então, o rei permanecia infalível e divino, mas, no plano dos fatos, tinha seu poder de decisão e ação limitados por uma das casas do parlamento. Para assim proceder, a Câmara dos Comuns passou a fazer exatamente aquilo que, por meio de sanções, tentava impedir: interpretar melhor que o próprio rei a vontade da coroa.

No século XVII o conflito entre coroa e Câmara dos Comuns se acirra, pois a pretensão de poder dos representantes vai mais além. O discurso do caráter divino do rei vai sendo deixado de lado para ser substituído pelo da soberania do povo. Com o crescimento da influência do poder do parlamento na Inglaterra, os membros eleitos passaram a reivindicar mais que um caráter homologatório das decisões reais. Como o governo tinha o dever de realizar o bem de todos os seus súditos, o rei deveria estar sujeito à suas vontades, que, por sua vez, era representada pelos membros eleitos da Câmara dos Comuns. Apesar de ainda recorrer à tradição, que vinculava o exercício do poder político ao bem comum, a mudança no equilíbrio do poder social permitiu uma quebra na fundamentação do exercício do poder, que deixou de ser divino para ser popular. Mas é claro que essa vontade não era manifestada diretamente pelo povo inglês, mas apenas por meio de seus representantes. Assim, a Câmara dos Comuns, que se concedeu o direito de dizer qual era a interpretação adequada da vontade do rei (mesmo que contra a manifestação expressa deste), ao mudar o foco do fundamento do poder político procurou mantê-lo em suas mãos: os representantes seriam os únicos capazes de interpretar a vontade do povo como algo uno, pois, sem a instituição que os representava, os súditos seriam apenas uma massa sem capacidade de se manifestar racionalmente. Deste modo, os representantes impediam também o recurso à vontade direta do povo.

A partir de então, a disputa fica entre o partido monárquico, o parlamentar e, se separando deste, os *levellers*. Estes, por mais que concordem com a supremacia do parlamento, logo percebem a pretensão autoritária da Câmara dos Comuns, buscando maneiras de limitá-la. É certo, porém, que o soberano não é mais o monarca, mas o povo. O pensamento político se volta a mecanismos de controle do exercício do poder, que passa a ser feito por meio do direito, visando à garantia de liberdades. Essa transformação marca o início do constitucionalismo.

Essa rápida descrição do desenvolvimento do constitucionalismo na Inglaterra mostra claramente a importância da compreensão hermenêutica no direito constitucional, em que a atribuição de sentido de conceitos como soberania popular, representatividade e limitação do poder são construídos a partir da reivindicação de que a tradição seja observada, ao mesmo tempo em que ela é relida para se adaptar às novas situações que se apresentam aos intérpretes, releitura esse que propicia a própria ruptura com a tradição, iniciando uma nova, que será conhecida como constitucionalismo (de acordo com a aceção mais restrita como acima proposta).

A atribuição de sentido desses três conceitos é feita a partir de uma tradição que sequer os conhecia. Todavia, a ruptura do poder divino do rei para a soberania popular é feita pela “escolha” entre duas possibilidades de releitura dessa tradição: a figura divina do rei e o seu papel de realizador da vontade popular. Ora, quando isso ocorre o caráter vincutivo da tradição perde a sua força e a possibilidade de ruptura reflexiva e consciente surge de maneira evidente, o que é exemplar para o entendimento do problema colocado por Habermas e Gadamer sobre a autoridade da tradição.

5. Constitucionalismo e abertura constitucional: apontamentos para um conceito contemporâneo de constituição

Esses três exemplos relativos à mudança no exercício e no fundamento do poder político e à sua limitação pelo direito que marcam a passagem do pensamento jurídico-político medieval para o moderno são fundamentais para se visualizar como a tradição cumpre um papel fundamental tanto na passagem desses períodos quanto na sua compreensão, bem como na compreensão que temos hoje de constituição e de poder. Isso porque, primeiro, foi por meio do próprio recurso à tradição que foi possível a transformação nas instituições jurídicas e políticas do ocidente, a partir de uma leitura que se conformasse às exigências sociais do momento que se vivia. Em segundo lugar, sem essa compreensão da formação histórica e dos efeitos que ela deixou se torna impossível entender e reinterpretar os mecanismos que regem a nossa organização social, jurídica e política atualmente, a partir de conceitos como Estado de Direito, soberania popular e representatividade política. Contudo, pode-se levantar a suspeita de que a importância da tradição na sociedade atual teve seus efeitos grandemente minimizados, caindo para um segundo plano, ao menos no que tange à concepção de constituição.

Em um texto sugestivo para esse ponto, Hobsbawm²⁵ lança luz sobre alguns pontos a respeito da questão histórica das tradições inventadas. Se uma tradição geralmente remete a algo naturalmente produzido por uma comunidade, com a pretensão de se perpetuar, remontando às vezes a um período imemorial na história dessa comunidade, como se pode inventar uma tradição? O historiador inglês tem como objeto a sociedade moderna, fruto da Revolução Industrial. Resultado do Iluminismo e da tecnologia, a sociedade moderna rompe com os vínculos do costume e da tradição que caracterizava a sociedade medieval, bem como com a sua estrutura estamental, de pouca mobilidade social. A modernidade se caracteriza pela sua pretensão de ruptura com o passado (algo que Habermas valoriza muito na sua discussão com Gadamer), buscando exatamente a negação da sua própria história. Por mais que isso seja impossível, Hobsbawm assinala que as mudanças estruturais que levaram a uma sociedade como a nossa causaram um impacto muito grande nas diversas formas de relações sociais, de modo que as tradições ou perderam sua capacidade de adaptação a situações novas, ou foram deliberadamente extintas ou foram utilizadas de maneira absolutamente diversa daquela correspondente ao seu contexto originário (o que é indicado pelo caso inglês acima descrito).

Diante dessas transformações, surgiu espaço para novas “tradições”, que puderam suprir lacunas tanto de reconhecimento de autoridade quanto no que tange à criação ou manutenção de vínculos de reconhecimento e identidade. Algumas dessas “tradições” surgem para suprir lacunas deixadas pelas antigas e outras são deliberadamente (intencionalmente) criadas (como aquelas que dizem respeito ao nacionalismo e seus processos políticos correlatos). O interessante é que essas novas tradições muitas vezes surgem alegando uma existência imemorial. Isso não quer dizer que as tradições são fixas e que, por isso, quando sua flexibilidade se esgota outras surgem para substituí-las. Sempre houve criação ou aproveitamento de tradições para novas finalidades²⁶. O que está em questão é que a sociedade moderna, que surge com a negação da tradição e dos preconceitos que lhe seriam correspondentes, precisa criar novos sistemas de referência simbólicos que geram uma nova integração social, mas que podem ser conscien-

25 HOBBSAWM, 1997.

26 Além dos exemplos do tópico 3, BASCHET, 2006 faz referência a reivindicações, por parte de senhores de terra ingleses no período feudal, contra o rei para que ele respeite direitos tradicionais que não tinham mais que cinco anos de prática.

temente criadas, ao mesmo tempo em que reivindicam uma existência de longa data na história da comunidade (mais uma vez, o melhor exemplo é o do nacionalismo e dos fenômenos que a ele se vinculam).

Entretanto, a própria herança do Iluminismo de contestação do tradicional põe em xeque essas novas tradições, que muitas vezes precisam ser afirmadas de forma dissimulada ou necessitam estar de acordo com a nova conformação ideológica da sociedade. O fato é que o reconhecimento da autoridade, do poder, está muito mais vulnerável que antes, e a necessidade do convencimento está muito mais presente e é muito mais constante.

Ora, a transformação da sociedade moderna parece justificar a preocupação de Habermas ao insistir que a herança iluminista deve ser considerada na nossa compreensão da modernidade e, com ela, a possibilidade de negar, recusar ou transformar deliberadamente o que a nossa tradição nos legou. Não quer dizer que não há o que aprender com Gadamer, que a tradição não cumpra um papel importante tanto na formação do tecido social e das suas inter-relações quanto na sua possibilidade de compreensão. Além disso, Gadamer abre espaço para o pensamento da diferença, na medida em que é o estranhamento, a confrontação com o diferente, que move o processo da compreensão, a partir da conscientização do que somos e do que nos conforma.

Entretanto, se a nossa tradição nos permitiu aprender com o Iluminismo e com a Revolução Industrial, isso fez com que a conformação da sociedade também se transformasse drasticamente. Ao se reconhecer o fato de que podemos tomar consciência da nossa situação histórica para optar por qual rumo tomar e quando a sociedade nos dá mais possibilidades de ação do que a nossa capacidade de escolha, a tradição perde sua força explicativa. Podemos colocar em questão o que está estabelecido e assumir o risco de decisões voltadas deliberadamente para o futuro, em vez de pretender uma continuação do passado. A tradição, na medida em que ela pode ser simplesmente inventada, sai do plano ontológico para o plano retórico, plano da persuasão sentimental e não do convencimento racional²⁷. Aqui fica clara a crítica de Habermas a Gadamer: a tradição não permite a reflexão sobre a produção de discursos sistematicamente distorcidos.

Assim, a história parece ser um elemento que nos permite a compreensão de quem somos, mas que podemos reconstruir para refletirmos crítica-

27 Sobre a diferença entre persuasão e convencimento e seus usos no discurso, veja-se PERELMAN, 1998.

mente sobre o fato de as instituições atuais serem aquelas que necessitamos para resolver os problemas presentes, ou se precisamos transformá-las. Em outros termos, podemos reconstruir a história para vermos se a situação de decisão política em que nos encontramos está apta a gerar legitimidade²⁸.

Habermas parte dessa complexidade da sociedade industrial, que fundamentou sua divergência com Gadamer sobre a questão da crítica da tradição, para colocar em jogo o problema de como gerar legitimidade ao exercício do poder na atualidade. A teoria do discurso que ele propõe permite a compreensão e o estabelecimento de formas de decisão que contam com um critério de correção teórico.

Diante disso, a preocupação de Habermas com a produção de uma teoria que tenha conteúdo empírico e seja dotada de normatividade voltada para a tomada de decisão parece ficar mais clara. Numa sociedade em que o poder está nu e em que qualquer pretensão de validade pode ser colocada em questão, a força da tradição se mantém como critério de compreensão, mas fica em segundo plano no seu aspecto normativo ou de condicionante do real. Ora, se qualquer pretensão de verdade (validade) pode ser questionada, a forma de legitimar a tomada de decisão que vincule a todos os interessados só pode ser a do convencimento por meio do diálogo. Daí a universalização do diálogo sugerida por Habermas. É com a produção de discursos, dialogicamente considerados, que o exercício do poder ganha legitimidade. É assim que os interessados se sentem partícipes do processo de decisão. Mas isso implica que as tomadas de decisões podem se modificar a qualquer momento. O que importa é que todos os envolvidos possam manifestar seus pontos de vista por meio de um diálogo livre de coerções: este seria o modelo de uma moral universal e não o de uma compreensão do que é continuidade e transformação de uma tradição que nos vincula. Mas, como este modelo moral abstrato pode ganhar concretude, conteúdo empírico?

Habermas²⁹ parte da aparente contradição entre Estado de direito e democracia. O primeiro é entendido como limitação objetiva do exercício do poder por meio do direito positivo e a segunda como autodeterminação da sociedade a respeito de seus rumos. Como o povo (detentor do poder soberano) pode se ver limitado pelo direito ao qual deu origem? E

28 HABERMAS, 2003, p. 167.

29 HABERMAS, 2003.

como pode o direito limitar um poder sem passar pelo crivo de um poder democrático? A dificuldade desaparece se o princípio do *rule of law* e da democracia forem entendidos como complementares. A democracia não pode ser entendida como forma de governo que permite a sua própria destruição. Assim, para que todos sejam livres para escolher é necessário que a decisão esteja limitada por normas que garantam a manutenção dos direitos políticos de todos.

Mas, para que todos possam participar desse processo decisão é necessário que cada um possa escolher, defender e ver garantidas as suas liberdades, suas capacidades de escolha. É preciso que haja uma esfera de autonomia privada protegida contra uniformizações de pretensões públicas, para que cada um possa buscar e defender seu próprio ponto de vista. Ao mesmo tempo, é necessária uma garantia de proteção de uma esfera pública que proteja o que é do interesse de todos contra a colonização advinda de pretensões particulares. Isso quer dizer que os planos públicos e privados são interdependentes. E isso só é possível de ser mantido por meio de um sistema de direito positivo (cuja reivindicação de validade pode ser garantida pela coerção) que estabeleça direitos de participação política, bem como direitos e garantias voltados para a liberdade individual. Ora, esses são exatamente os direitos fundamentais que herdamos do constitucionalismo. Pode-se dizer, então, que o modelo habermasiano da universalização do princípio do discurso ganha seu conteúdo empírico com o reconhecimento e a afirmação do constitucionalismo.

Os direitos fundamentais são a base para a institucionalização da proteção da ação comunicativa, na qual os sujeitos da ação política estão voltados para o entendimento e da qual a própria ação estratégica depende, se quer atingir algum grau de legitimidade. Democracia só é possível em um Estado de direito e a constituição é o instrumento que institucionaliza a democracia procedimental (baseada no princípio do discurso). E isso se dá sem a necessidade de qualquer vínculo com a tradição, já que o princípio da universalização do diálogo seria aplicado à compreensão das condições do entendimento a quaisquer agentes políticos, independentemente de sua inserção em alguma tradição (o que não quer dizer, repita-se que esta não seja essencial para a apreensão das condições de sua institucionalização e dos limites de sua implementação em sociedades concretas e historicamente determinadas).

6. Conclusão

O debate que surgiu na década de 1960 e se estendeu nos anos de 1970 entre Habermas e Gadamer é de grande ajuda para o aprimoramento da compreensão do direito. As considerações sobre a nossa condição histórica, nossa herança tradicional, a complexidade da sociedade industrial, a perda do fundamento meramente tradicional da autoridade e justificação da legitimidade do exercício do poder por meio do princípio do discurso, lançam novas possibilidades sobre a compreensão e a capacidade de pesquisa acerca dos fenômenos sociais, abarcando tanto a dimensão empírica como a inserção no universo normativo (no que tange a este trabalho, essas questões caem como uma luva para a análise do direito), mostrando toda a limitação das tentativas de redução dos fenômenos sociais e relações de estímulo-resposta, causa e efeito ou agir voltado meramente para o interesse. Fica clara a limitação das tentativas positivistas de explicação da sociedade.

Evidentemente, a compreensão do direito não fica imune aos problemas levantados pelos dois filósofos discutidos. Não se pode mais analisar o direito dogmaticamente, como um sistema fechado de normas às quais basta a descrição da norma sobre a sua posição na hierarquia, classificação e posição no sistema. Claramente o direito tem de ter sua dimensão histórica, seu processo de formação recebido pela tradição devidamente explicitado e compreendido. Como saber prático, o direito é institucionalização de regras de ação e tomada de decisão. Sem a capacidade de se inserir no universo de significação simbólica dos contextos de criação e aplicação do direito o sujeito cognoscente é incapaz de fazer escolhas racionais sobre o direito, limitando-se ao processo de descrição e reprodução de fórmulas que se tornam vazias.

Nesse sentido, o debate entre Habermas e Gadamer a respeito da compreensão acerca do universo social acaba por levar diretamente a um ponto que toca diretamente ao direito: o constitucionalismo. Entendido como processo histórico de formação de uma consciência jurídica sobre a afirmação e garantia de liberdades fundamentais e limitação do exercício do poder político, o constitucionalismo é um dos fenômenos que inauguram a modernidade. E, na medida em que se trata de um fenômeno jurídico, ele condiciona toda a compreensão do direito moderno, determinando sua estrutura, limites, conteúdo e interpretação.

Entretanto, levando-se em consideração que a modernidade tem como característica a negação da tradição e dos preconceitos a ela vinculados (ainda que essa característica seja vista como fruto de uma nova tradição que se estabeleceu), ela abre espaço para o questionamento de tudo aquilo que se pretende como fixo e estabelecido. Toda autoridade passa a ser encarada como fluida e efêmera, podendo ser contestada a qualquer momento. A tomada de decisão política depende, assim, de um processo de convencimento racional, e não de uma reprodução ou transformação de uma tradição dada, já que não há mais fundamento de legitimidade estável. Pode-se reivindicar, portanto, um modelo de compreensão das interações sociais que tenha como ponto de partida a necessidade de produção de discursos voltados para o entendimento (ainda que a ação seja estratégica, ela deve ter a aparência de uma ação comunicativa).

Esse modelo garante tanto hipóteses explicativas sobre as interações sociais quanto um modelo de correção normativa sobre a validade das tomadas decisões que vinculam todo um grupo de potenciais interessados (mesmo que isso só possa ser feito retrospectivamente). Mas esse modelo moral, que possui um caráter universal, depende da institucionalização de regras que garantam a possibilidade de concretização do diálogo social, por meio de normas que sejam dotadas de coercitividade. Ora, essa é exatamente a função do direito moderno.

O princípio de um discurso universal em que os participantes possam se manifestar livres de coerção externa depende de direitos de participação política e de afirmação de autonomia individual. Público e privado, democracia e Estado de direito são interdependentes e mediados pela afirmação histórica dos direitos fundamentais, condição essencial para a eficácia e legitimidade do exercício do poder político.

Assim, o princípio do discurso possibilita uma perspectiva reconstrutivista de compreensão da situação presente a partir do seu desenvolvimento histórico e permite a contestação de qualquer pretensão de validade dada como válida e indiscutível. E mesmo o momento democrático de fundação da constituição perde sua força normativa, na medida em que a constituição só pode ser entendida dentro da concepção do constitucionalismo: afirmação de direitos e garantias de proteção da liberdade (tanto privada como de participação política) e contenção do poder político. A compreensão dos direitos fundamentais é voltada para decisões que vinculam o futuro e tornam instáveis as decisões do passado, de modo que o momento

fundacional em que uma sociedade se dá sua constituição pode ser revisto interpretativamente a todo o momento, de forma que as ressignificações semânticas mantenham atualizadas as pretensões de legitimidade que se pressupõem cumpridas ou supridas no momento de afirmação do poder constituinte. O vínculo ontológico proposto por Gadamer da normatividade social se desfaz.

Se essas considerações estão corretas, elas têm como consequência que a estabilidade da constituição depende da sua indeterminação quanto ao futuro, mais que a sua abertura compreensiva ao passado. Pode-se utilizar aqui, como analogia, os apontamentos de Umberto Eco³⁰ sobre a arte moderna. Eco mostra que toda obra de arte tem um conteúdo aberto, o que faz com que possa constantemente ser reinterpretada, tendo seu conteúdo atualizado de acordo com as condições presentes, sem que, com isso, deixe de ser a mesma obra. Essa descrição se assemelha muito à de Gadamer sobre a compreensão hermenêutica. Entretanto, ao falar da arte moderna, Eco mostra um rompimento com a concepção tradicional da arte. A arte moderna assume essa característica da abertura interpretativa e, conscientemente, cria uma linguagem que apenas direciona a interpretação, mas que não a determina, podendo ser interpretada e reinterpretada, tanto no presente como no futuro, de vários modos diferentes, dependendo da perspectiva do intérprete. Assim, a obra tem seu caráter indeterminado (aberto) desde o início. O passado não determina o significado da obra e nem mesmo tem essa pretensão. Ele é apenas uma possibilidade de ponto de partida que dá diretrizes para a interpretação.

O modelo de Habermas, baseado na universalização do discurso institucionalizado pelos direitos fundamentais positivados num documento constitucional, permite uma concepção de constituição semelhante à abertura interpretativa descrita por Eco como característica da arte moderna. O momento fundacional (poder constituinte originário) ou o seu vínculo com uma tradição de práticas sociais determinadas podem ser compreendidos como sendo apenas diretivas de interpretação, que pode ser ressignificado a todo o momento pelos agentes atuais dos processos de tomada de decisão política. A constituição pode ser lida como uma obra aberta.

30 ECO, 2005.

Referências bibliográficas

- BASCHET, Jêrôme. *A civilização feudal: do ano mil à colonização da América*. trad. Marcelo Rede. São Paulo: Globo, 2006.
- CAMERON, W. S. K. On communicative actors talking past one another: the Gadamer-Habermas debate. In: *Philosophy Today*, abril, 1, 1996, 40, I. Academic Research Library, p. 160-168.
- CLAVERO, Bartolomé. Presentación a MATEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. trad. Francisco Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 9-21.
- ECO, Umberto. A poética da obra aberta. In: _____. *Obra aberta: forma e indeterminação nas poéticas contemporâneas*. trad. Giovanni Cutolo. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 37-66.
- ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. vol. 2: Formação do Estado e civilização. trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*. trad. Manuel Martínez Neira. Editorial Trotta: Madrid, 2001.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- _____. *O problema da consciência histórica*. trad. Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getulio Vargas, 1998.
- _____. A universalidade do problema hermenêutico (1966). In: _____. *Verdade e método II: complementos e índice*. trad. Enio Paulo Giachini, Petrópolis: Vozes, 2002a, p. 255-270.
- _____. Retórica, hermenêutica e crítica da ideologia – comentários metacríticos a *Verdade e Método I* (1967). In: _____. *Verdade e método II: complementos e índice*. trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002b, p. 270-292.
- _____. Réplica à hermenêutica e crítica da ideologia (1971). In: _____. *Verdade e método II: complementos e índice*. trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002c, p. 292-321.
- HABERMAS, Jürgen. Un informe bibliográfico (1967): la lógica de las ciencias sociales. In: _____. *La lógica de las ciencias sociales*. trad. Manuel Jiménez Redondo. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1990, p. 81-275.

- _____. Some difficulties in the attempt to link theory and praxis. In: introdução a: _____. *Theory and practice*. trad. John Viertel. Boston: Beacon Press, 1974, p. 1-40.
- _____. Sobre “Verdade e Método”, de Gadamer. In: _____. *Dialética e hermenêutica*. trad. Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987a, p. 13-25.
- _____. A pretensão de universalidade da hermenêutica. In: _____. *Dialética e hermenêutica*. trad. Álvaro L. M. Valls, Porto Alegre: L&PM, 1987b, p. 26-71.
- _____. Hans Georg Gadamer: urbanização da província heideggeriana. In: _____. *Dialética e hermenêutica*. trad. Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987c, p. 73-85.
- _____. Hermenêutica filosófica. Leitura tradicionalista e leitura crítica. In: _____. *Dialética e hermenêutica*. trad. Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987d, p. 86-97.
- _____. O Estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?. In: _____. *Era das transições*. trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 153-173.
- HOBSBAWM, Eric. A invenção das tradições. Introdução a HOBSBAWM, Eric e RANGER, Terence (orgs.). *A invenção das tradições*. trad. Celina Cardim Cavalcanti. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 9-23.
- MORGAN, Edmund S. *La invención del pueblo: el surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y Estados Unidos*. trad. Julio Sierra. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2006.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. trad. Verginia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PERONA, Ángeles. Ruptura de relaciones y exceso de demandas: la polémica Gadamer-Habermas. In: *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*. (2000), núm. 2, Madrid: Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense, p. 253-275.
- STEIN, Ernildo. Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia. Apêndice a HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica*. trad. Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 98-134.

Recebido em setembro/2009

Aprovado em março/2010