

O Estado de Direito como meio racional de integração em sociedades complexas: a evolução do direito moderno em Jürgen Habermas*

Pablo Holmes**

1. Introdução

Habermas propôs, já em 1976, a reconstrução do materialismo histórico na forma de uma teoria da evolução social¹. Sua intenção aparente era defender a possibilidade de sociedades modernas, mesmo diante de crescentes condições de complexidade social², ainda serem capazes de desenvolver uma auto-consciência³. Ele queria, assim, explicar o advento de uma forma moderna de racionalidade que integrasse os agentes sociais mediante uma solução intermediária entre aquela de uma descrição do desenvolvimento exclusivamente referido a formas de *integração sistêmica* ligadas ao processo de especialização funcional⁴, sobre os quais o próprio Marx havia fundamentado sua formulação⁵, e a de interações que se dão

* Produzido com o auxílio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Tecnológico – CNPq e do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico – DAAD.

** Doutorando em sociologia pela Universität Flensburg, Alemanha, sob orientação do Prof. Dr. Hauke Brunkhorst (Bolsa do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico – DAAD). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Email: pabloholmes@gmail.com.

1 HABERMAS, 1983, p. 11-43; CORTINA ORTS, 1986, p. 170-75.

2 McCARTHY, 2002, p. 177-215.

3 *Idem*, 178.

4 LUHMANN, 1998, p. 88.

5 HABERMAS, 1983, p. 16 seg.

no plano que, para aquela tradição materialista, seria o da superestrutura⁶, mas que para ele seria o domínio da *integração social*⁷.

Para Habermas, seria possível reconstruir a história das imagens de mundo compartilhadas socialmente pelos grupos humanos, desde os períodos pré-históricos até as formas mais desencantadas da contemporaneidade, em termos de uma lógica do desenvolvimento homóloga àquela elaborada por Jean Piaget e Lawrence Kohlberg⁸ para o desenvolvimento moral-cognitivo de crianças. Assim, pensava poder demonstrar como a perda dos conteúdos tradicionais, que a Weber interessavam como fundamentos da autoridade gradativamente desencantada pela racionalização social – ou que podemos também atribuir a uma hipostasiação das esferas de integração sistêmica⁹ – não seria realizada ao custo da própria capacidade de orientação das ações de acordo com valores¹⁰.

O desenvolvimento das sociedades humanas poderia ser, assim, estruturado logicamente, ao modo da psicologia genética, como um processo de descentração dos mundos da vida, por meio do qual os indivíduos disponibilizariam, para si mesmos, o potencial coordenativo de ações intersubjetivamente implicadas contido na linguagem a partir da força geradora de convicções normativas contida nas pretensões de validade criticáveis. Habermas esclarece, no entanto, que não postula, com isso, uma homologia forte, ou seja, uma correspondência absoluta entre a *ontogênese* do desenvolvimento físico-natural das competências cognitivas e morais de seres humanos individuais e a *filogênese* dos modos coletivos de relacionamento com a realidade externa e interna de grupos sociais¹¹. Isso porque, mesmo em sociedades primitivas com explicações mágico-animistas para os fenômenos sociais e naturais, poderia haver o desenvolvimento de categorias lógico-operacionais – as mais avançadas e complexas – nos seus membros, não estando relacionado diretamente o nível cognitivo individual com os modos simbólicos pelos quais uma sociedade humana se reproduz socialmente¹².

6 MARX, 2002a, p. 45, 171 seg.

7 HABERMAS, 1983, p. 38 seg.

8 HABERMAS, 1983, p. 14 e seg; HOLMES, 2006, p. 61-86.

9 LUHMANN, 1980, pp. 29-47.

10 McCARTHY, 2002, p. 18.

11 HABERMAS, 1983, pp. 14-21.

12 *Idem*, p. 17 e seg.

A tarefa de uma tal homologia evolucionista seria, em realidade, traçar uma estrutura lógica de evolução social com apoio de teorias sociais da racionalização, como a de Weber e Parsons, facilitando seu teste empírico direta e indiretamente pelas hipóteses de sociólogos como Mead, Durkheim ou psicólogos como Kohlberg¹³. Mediante essa estratégia devir-se-iam confirmar, em lugar daquelas consequências de uma reificação total da sociedade como houvera mostrado a recepção weberiana do marxismo ocidental¹⁴, as hipóteses de uma filosofia moral racional, que teria encontrado sua forma mais conhecida no Estado Constitucional de Direito e nas idéias do Jusnaturalismo Racionalista.

O objeto do nosso texto é, exatamente, desenvolver os pontos de encontro dessa homologia seguindo os passos que Habermas oferece para a compreensão do Estado de Direito moderno como meio segundo o qual sociedades complexas podem se integrar racionalmente. A seguir, no ponto 2, apreciaremos, primeiramente, o desenvolvimento ontogenético de estruturas cognitivo-morais desde um nível pré-convencional até o nível convencional, de acordo com a homologia proposta por Habermas. No ponto 3, iremos analisar as indicações de Kohlberg sobre uma crise de desenvolvimento que levaria ao desenvolvimento de uma estrutura cognitiva-moral pós-convencional orientada principiologicamente. No ponto 4, iremos inserir o paralelo entre a ontogênese de estruturas cognitivo-morais e a filogênese de um direito convencional para, então, no ponto 5, apreciarmos aquilo que seria um direito pós-convencional e como ele seria o resultado de um processo evolutivo que deságua em um Estado de Direito como estrutura sócio-integrativa. Diante dos dilemas surgidos nesse processo transicional, devidos, sobretudo, à desintegração das visões éticas que mantinham um nível mínimo de solidariedade social, apreciaremos a emergência de uma esfera pública integrada pelo meio que é o direito e que consegue, mediante as estruturas democráticas integradas por cidadãos, ainda garantir um nível de estabilidade que pode nos sugerir, ao menos normativamente, que as sociedades modernas não foram “totalmente reificadas”, como parecia ser a intuição da velha Escola de Frankfurt¹⁵.

13 HABERMAS, 2003a, p. 71).

14 McCARTHY, 2002, pp. 177-215.

15 ADORNO & HORKHEIMER, 1987.

2. A evolução das faculdades morais segundo Lawrence Kohlberg como padrão para o desenvolvimento de uma moral pós-convencional

A evolução da moral e do direito, no interior do processo de modernização, é acompanhada por Habermas de acordo com uma homologia entre o desenvolvimento filogenético das formas de integração social e a ontogênese das faculdades cognitivo-morais de indivíduos. A teoria do desenvolvimento moral de Lawrence Kohlberg é que lhe serve de guia para realizar essa tarefa.

Mediante o que podemos chamar de uma estratégia reconstrutiva de extrair o dever do fato que é o aprendizado sócio-cognitivo, sem cair na falácia naturalista, Habermas tenta mostrar como o desenvolvimento individual ontogenético pode servir de modelo para uma teoria da evolução das estruturas morais depois da perda das eticidades concretas. Nesse ponto vamos apreciar a teoria de Kohlberg deixando, no próximo ponto, para realizar as suas conexões com os modos de integração social de acordo com suas complementaridades recíprocas com a evolução do direito.

Segundo Kohlberg, o desenvolvimento moral dos indivíduos se daria de acordo com três níveis básicos¹⁶. No nível *pré-convencional*, Kohlberg diz que “o sujeito tem um si-mesmo para o qual as normas e expectativas sociais permanecem externas”¹⁷. Deveríamos, assim, segundo Habermas, falar em um grau elevado de heteronomia, graças à fraqueza do status social do agente e também à sua incapacidade de realizar a assunção de diferentes perspectivas, na forma da consideração de interesses diversos e confrontantes aos seus próprios (*ideal role taking*)¹⁸. Apesar de já haver sido formada, no indivíduo, a compreensão objetual de um outro, diferente de si, o único indicativo para consideração, pelo agente, da perspectiva de um *alter* é o que é observável, concretamente, como proveniente de uma autoridade¹⁹. Esse nível se dividiria em dois estágios: o *primeiro*, dito *de orientação para a evitação da punição*, em que o indivíduo se move egocentricamente sem considerar o interesse dos outros, com referência apenas a sua relação direta com uma autoridade concreta que o ameaça

16 KOHLBERG, 1995a, p. 26.

17 KOHLBERG, 1995b, p. 127.

18 HABERMAS, 2003c, p. 152.

19 *Idem*, 2003c, pp. 152, 192 e seg.

com possíveis sanções²⁰; e o *segundo*, que corresponderia a uma *orientação instrumental-relativista*, no qual o indivíduo se orientaria pela sua própria satisfação dentro dos limites impostos pela autoridade, considerando, porém, que pode haver interesses confrontantes, ou seja, de outros agentes, que precisam, para uma melhor satisfação dos seus próprios interesses, ser também levados em conta²¹. Nesse caso, ele faria um cálculo de custos e benefícios segundo o qual, levando em conta os interesses de satisfação pessoal de outros indivíduos, ele poderia satisfazer do melhor modo possível seus próprios interesses.

O segundo nível, chamado *convencional*, seria marcado pelo início da perspectivação de terceira pessoa, ou da posição de observador²². Nesse nível já há regras que valem porque são socialmente vigentes, diante da inclusão dos agentes em um meio social cada vez mais complexo, em que suas condutas têm de ser diferenciadas conforme situações cada vez menos idênticas e que, portanto, necessitam de certo poder de abstração na forma de comandos impessoais desvinculados de uma autoridade concreta. O sujeito convencional relaciona-se com as normas e as expectativas dos outros como elementos internalizados, já que se vê como membro de um grupo com poder de exigir uma conduta determinada dos parceiros²³. Esse nível se organizaria em dois estágios, o *terceiro*, dito da *concordância interpessoal ou da orientação do “bom moço”*, em que deve haver conformidade com os papéis sociais estabelecidos no interior do grupo social, e em que a motivação da ação é dada pelo reconhecimento do “bom” exercício do papel social²⁴; e o *quarto*, dito de *orientação para “lei e ordem”*²⁵, em que há uma obediência à autoridade das normas estabelecidas e a intenção firme de manutenção inquestionável da ordem normativa, sendo a justificação do sistema identificada com a noção de um bem comum, um fim teleológico a unir a todos, sem que este seja problematizado pelos agentes²⁶. Aí, haveria o respeito cego às normas vigentes, como se essas fossem dotadas de uma

20 KOHLBERG, 1995a, p. 27.

21 KOHLBERG, 1995b, p.129.

22 HABERMAS, 2003c, p. 179 e seg.

23 KOHLBERG, 1995b, p. 127.

24 *Idem*, 1995b, p. 129.

25 *Ibidem*, 1995b, 130.

26 *Ibidem*.

aura de inquestionabilidade, um estágio que seria aquele mais comum entre os membros das sociedades ocidentais liberais²⁷.

3. Crise de transição para uma moral pós-convencional

Depois do nível convencional, como resultado do desenvolvimento da capacidade de observação desinteressada de situações por parte dos indivíduos, haveria o advento de uma crise transicional de desenvolvimento. Ela diria respeito a um estágio 4 ½, que seria caracterizado, segundo Kohlberg, por três elementos: *ceticismo*, *egoísmo* e *relativismo*; algo que, por sua vez, seria causado pelos seguintes motivos²⁸:

- (1) Como o estágio 4 é marcado por um compromisso radical com a lei e a ordem voltadas para o “bem comum”, começam a surgir questões voltadas para possíveis leis que vão de encontro a esse “bem comum” e, por isso, precisam ser descartadas como “injustas”;
- (2) O sujeito pode perceber, também, que as leis são passíveis de discussão, sendo o critério de sua fixação uma noção vaga de maioria;
- (3) Começa-se a perceber a existência de consensos morais na sociedade, partes de uma moral objetiva, que, às vezes, entram em conflito com leis fixadas positivamente por uma autoridade. Essas leis, mesmo que forcem seu cumprimento por meio da força, levantam desconfiança acerca da rigidez normativa das normas sociais antes tidas como referências inquestionáveis.

Com a gradativa perda de ingenuidade em relação às normas vigentes, o agente se veria, devido àquela “crise”, à mercê de normas que não o vinculariam da mesma maneira “autoritária” de antes, quando as regras sociais eram tidas quase por “sagradas”. O indivíduo, no entanto, não poderia perder toda e qualquer possibilidade de regulação, pois só normas de ação institucionalizadas teriam a capacidade de garantir alguma estabilidade nas relações sociais e mesmo a formação de uma personalidade individualmente delimitada de modo balanceado. Ao mesmo tempo, aquela postura neutra diante das regras de seu próprio grupo social, adquirida na perspectiva de um terceiro questionador que passou pelo estágio 4½, abriria ainda espaço para o surgimento de uma habilidade ampliada de aceder a papéis de segunda e terceira pessoas (o que pode ser descrito também

27 DUSKA & WHELAN, 1994, p. 45.

28 KOHLBERG, 1995b, p. 150; DUSKA & WHELAN, 1994, p. 77; LELEUX, 2005, p. 11.

como produto do *ideal role taking*). Nesse nível de desenvolvimento, poder-se-ia fazer, então, referência ao advento de um *generalized other*, como aquele descrito por Mead²⁹ que, se já estava presente em certa medida na capacidade de objetivação adquirida no nível convencional³⁰, poderia agora passar a coordenar as ações de modo desvinculado dos papéis sociais rígidos estabelecidos graças a uma tradição herdada aproblematicamente.

Passa-se então para um outro nível, chamado *pós-convencional*, em que a orientação moral não se dá mais por meio da obediência cega a regras ou a uma autoridade, mas sim de acordo com princípios eles mesmos capazes de criar novas regras e julgar as regras vigentes à medida dos valores e interesses dos implicados³¹. Esse nível estaria, por sua vez, dividido em dois estágios. No *quinto, dito de orientação legalista ou sócio-contratual*³², a ação justa tenderia a ser definida em termos de direitos individuais gerais e *standards* construídos criticamente pela sociedade em seu conjunto, os quais seriam baseados, todavia, em valores que vinculariam em grande escala, na forma de princípios com pretensões universalistas como encarnação de modos comuns de compreensão do mundo, ou seja, de uma eticidade concreta desencantada³³. Nesse estágio, poderíamos fazer referência a valores universalistas como são a liberdade, o sufrágio universal, a participação política, princípios que, no contexto de certo jusnaturalismo, não se livram de sua característica de serem “bens comuns” de viés teleológico. Algo que poderia ser compreendido como um resquício de conteudismo mediante o qual as noções iniciais de uma moral pós-convencional são materializadas em uma “metafísica universalista” tal qual era aquela do racionalismo iluminista.

Somente no *sexto estágio* estaríamos, finalmente, nos domínios de um uma forma de julgamento moral livre de conteúdos. Desse estágio diz-se que é aquele de *orientação por princípios éticos universais*³⁴, surgido de questões dirigidas a resolver se os fins das leis do estágio 5 seriam realmente racionais e por que deveríamos estar de acordo com eles. Aqui, o justo seria definido pela decisão, tomada pela consciência, de acordo com

29 MEAD, 1967, p. 156.

30 HABERMAS, 2003c, p. 188 e seg.

31 KOHLBERG, 1995b, 127.

32 *Idem*, p. 131.

33 Relacionamos a isso a fundamentação do jusnaturalismo racionalista em princípios universais. Temos a intuição de que esse é o nível de teorias dos direitos fundamentais que compreendem os princípios como mandatos de otimização na ponderação de valores sociais teleológicos. GÜNTHER, 2004, p. 191-207.

34 KOHLBERG, 1995b, p. 132.

princípios autonomamente escolhidos, os quais apelariam à compreensão lógica, à universalidade e à consistência como os únicos critérios que não são particulares e podem, assim, valer para todos os possíveis valores contendistas a serem considerados³⁵. A obediência às normas, por sua vez, não se daria graças a sua vinculação a quaisquer valores, mas apenas devido à sua validade intrínseca: a sua aceitabilidade universal diante de quaisquer sujeitos racionais.

Habermas, no que tange a esse último estágio, levanta contra Kohlberg uma objeção quanto à possibilidade de que o julgamento universal possa ser levado a cabo monologicamente³⁶. Segundo ele, somente se os agentes pudessem discutir, em conjunto, sobre a validade de seus próprios interesses, poderia haver realmente um saber moral imparcial. Apenas por meio da ação comunicativa poderiam ser retomados os consensos normativos de fundo possivelmente perturbados de um mundo da vida social no que haveria uma transição do nível da ação comunicativa para a sua especialização no nível de *discursos morais*³⁷. Esse desenvolvimento, desde o ponto de vista das formas de reprodução do *componente sociedade* do mundo da vida, torna-se essencial para o diagnóstico de um *conceito de sociedade* – bem mais amplo que aquele componente, pois que envolve, além dos outros componentes do mundo da vida (*cultura e personalidade*), sistemas funcionalmente diferenciados³⁸ – que resista às pressões de esferas de reprodução material tornadas autônomas e, ao mesmo tempo, possa se livrar do provincianismo de mundos da vida concebidos como limitados a um horizonte cultural particular. Habermas acompanha esse processo mediante a evolução das formas de integração jurídicas que complementam a moral, como saber cultural, com um direito positivo que a possa engatar em esferas sociais sempre fugidias em relação a uma regulação consciente.

4. A evolução homóloga de direito e moral na modernidade descentrada

De acordo com a homologia habermasiana, também o direito poderia ser visto segundo uma “estagiação” em três níveis.

35 HABERMAS, 2003c, p. 154, 195 e seg.

36 HABERMAS, 1983, p. 69.

37 HABERMAS, 2003c, p. 144 e seg.

38 HABERMAS, 2001a, p. 215; McCARTHY, 2002, pp. 185-200.

No primeiro nível, relacionado com aquele a que Kohlberg chama *pré-convencional*, as sociedades primitivas ou tribais regulariam as interações de acordo com um fundamento sacro, de origem mítica; tratar-se-ia de um *direito mágico* que não poderia ser diferenciado em relação à concepção de mundo particular ao grupo³⁹. “Isso significa que não está presente a noção de norma como expectativa generalizada de comportamento. Não se distingue entre norma e ação”⁴⁰. Nesse nível, não há, portanto, uma autoridade responsável pela imposição das normas. As partes em conflito, apesar de poderem contar com o auxílio de um terceiro, só podem ter resolvidas suas querelas com a aceitação mútua de uma solução sempre apoiada nos costumes em que aprenderam a compreender inclusive a si mesmas. A sociedade se diferencia apenas de acordo com uma *diferenciação segmentária*, ou seja, sempre de acordo com a produção de elementos exatamente iguais aos elementos originais, sendo a noção de “desigualdade” – central para o direito mágico – introduzida com relação a fatores que não façam parte da própria identidade do grupo⁴¹. Nesse estágio, “como moralmente relevantes, contam as *consequências* da ação e não a *intenção* do autor”⁴². No caso da violação de tabus que atentem contra o núcleo sacro da comunidade, a pena é dirigida ao restabelecimento do *status quo ante*. E a punição visa não ao castigo de uma intenção desviada em relação a uma norma, mas a livrar “o grupo dos perigos que o ameaçam”, o que pode vir na forma da ira divina ou da desgraça coletiva.

A situação muda em sociedades estatalmente organizadas, em que o fundamento da autoridade política é a legitimidade daqueles que ocupam cargos que têm, à sua disposição, meios centralizados de sanção com poder vinculante. Graças ao suporte de uma eticidade material formulada em termos de visões de mundo metafísica, o príncipe tem legitimidade para impor sanções de modo institucionalmente autorizado. Seus prepostos juízes, especializados em decidir os conflitos, são, por sua vez, dotados de uma legitimidade derivada com que podem fazer valer o poder social do líder tradicional. É então que se pode falar de um *direito convencional* ou *tradicional*⁴³, desde o qual “uma transgressão aparece como uma violação

39 HABERMAS, 2001b, p. 135.

40 NEVES, 2006, p. 53 e seg.

41 LUHMANN, 1998a, pp. 634 e seg.

42 HABERMAS, 2001a, p. 249.

43 HABERMAS, 2001b, p. 135.

individualmente imputável de normas intersubjetivamente reconhecidas”, o que é medido de acordo com as “intenções de um sujeito responsável por seus atos”⁴⁴ e “o castigo é visto como um ressarcimento das consequências prejudiciais de uma ação” delimitada⁴⁵. Nesse ponto, a ordem política global se constitui como ordem jurídica, mas ainda não há, no entanto, “a reflexão crítica das normas vigentes a partir de princípios”⁴⁶. Segundo Habermas, o que acontece é que os âmbitos nucleares da sociedade ainda não estão reestruturados juridicamente, dependendo ainda de uma imagem de mundo estruturada conteudisticamente a partir de uma metafísica tradicionalista.

A sociedade encontra-se estruturada de acordo com uma *diferenciação estratificada*, segundo a qual há uma elite tradicional e um entorno representado por setores com acesso limitado às decisões relevantes para o sistema político⁴⁷. Uma ordem que se apóia em visões de mundo integradas pelo mundo da vida mantido em comum. O Estado, no entanto, já se encarrega de certas tarefas especializadas, como a organização de um exército, a administração da justiça e a administração pública, objetivando-se, gradativamente, o *poder* – no qual se baseia a burocracia estatal que se diferencia gradativamente – como *meio de controle* impessoal relativamente desvinculado dos meios normativamente integrados⁴⁸, ainda que apoiado sobre uma imagem metafísico-religiosa de mundo. Ao mesmo tempo, graças à crescente diferenciação e especialização sociais, “outras funções ficam despolitizadas a sistemas não-estatais”, dentre os quais se destaca o sistema econômico, o qual se torna “a base de um subsistema emancipado de contextos normativos”⁴⁹, “um sistema de ação eticamente neutralizado que se institucionaliza diretamente nas formas do direito privado burguês”⁵⁰: a economia capitalista.

O mercado capitalista é o cenário típico em que as regras de interação passam a ser reguladas por um sistema de trocas de equivalentes – tão bem deslindado na descrição marxista da forma mercadoria⁵¹ – o qual, por sua vez, é regulado e reproduzido na forma assumida pelo dinheiro. O

44 HABERMAS, 2001a, p. 250.

45 *Idem*.

46 NEVES, 2006, p. 56.

47 LUHMANN, 1998b, pp. 76-8.

48 HABERMAS, 2001a, pp. 242, 377 e seg.

49 *Idem*, pp. 241 e seg.

50 *Ibidem*, p. 251.

51 MARX, 2002b, pp. 18-80.

dinheiro é o meio de intercâmbio intersistêmico capaz de relacionar a economia com todo o entorno, conectando-a, retroalimentativamente, com o Estado⁵². Com efeito, articula-se, de um lado, o poder administrativo do Estado (regulado pelo meio *poder*), que dá suporte institucional à autonomia da esfera econômica e a todo o substrato produtivo (regulados pelo meio *dinheiro*)⁵³; de outro, o trabalho assalariado vinculado às instituições capitalistas – empresas – estruturadas a partir das garantias jurídicas disponibilizadas. Trabalho e capital (empresas), por sua vez, funcionam como o próprio meio de reprodução da economia social; e, por fim, estrutura-se um Estado fiscal, dependente daquele entorno representado pelo trabalho e as empresas, os quais aportam, mediante os tributos, o substrato necessário para a manutenção das garantias administrativas.

Esse movimento, radicalizado em seu conjunto, leva ao que Habermas denomina um *desacoplamento de esferas sistêmicas* em relação ao *mundo da vida*. Na sua base está o próprio fenômeno de modernização, com a diferenciação dos componentes do mundo da vida, a estruturação de esferas autônomas de reprodução social e a perda dos conteúdos tradicionais. Na verdade, sob a pressão da especialização funcional vinda no rastro das reivindicações por melhoria material das condições de vida de populações que aprenderam a questionar suas condições de submissão a ordens estratificadas de diferenciação, as formas de integração social que contam com um conteúdo compartilhado por todos os participantes se torna cada vez mais improvável. Aumentam, em grau proporcional à diferenciação social e à complexidade dos âmbitos sistêmicos funcionalmente autônomos, os riscos de desentendimento e os custos de uma integração mediante o entendimento consciente dos implicados⁵⁴. Recursos escassos de tempo e pressões para uma liberação das ações das incumbências de um acordo lingüisticamente adquirido forçam à resolução dos problemas coordenativos de ações mediante *meios de controle generalizados* que neutralizam possíveis desperdícios de energia, tempo e substrato reprodutivo tudo em benefício do incremento da capacidade de controle da complexidade para uma melhor reprodução social⁵⁵. Meios de controle entre os quais podemos destacar o *poder* e o *dinheiro* que se especializam na comunicação e reprodução

52 HABERMAS, 2001a, pp. 242, 374 e seg.

53 *Idem*, pp. 487 e seg.

54 LUHMANN, 1998a, pp. 595-609.

55 LUHMANN, 1998c, pp. 104-6.

de sistemas de ação autônomos tais quais a burocracia estatal e a economia de mercado regulada pelo princípio neutro de uma troca de equivalentes abstratos: a forma mercadoria.

Por sua vez, “a diferenciação funcional leva a uma condição na qual a gênese dos problemas e suas soluções se separam”, visto o grau de especialização a que são submetidos as estruturas sociais, o que faz com que os problemas tenham de ser “transferidos aos sistemas que são mais preparados e especializados para resolvê-los”⁵⁶. As expectativas entre aqueles subsistemas autonomizados e seus entornos têm de ser assim estabilizadas mediante um esquema de regulação que evite a corrosão do próprio sistema social global. Há, então, a institucionalização da produção normativa na forma de uma legislação organizada segundo padrões condicionais de definição do lícito e ilícito, e a profissionalização da administração da justiça que se responsabiliza por ajustar coativamente as atuações de agentes que agem em planos regulados por meios de controle deslinguisticizados. O advento da distinção entre direito civil e direito penal está talhado à medida da regulação da esfera econômica, funcionando aquele primeiro como uma elaboração auto-reflexiva do direito positivo cujo *out-put* é aproveitado para a estabilização das interações econômicas que, devido ao seu crescimento em quantidade e complexidade, começam a desbordar a capacidade de integração social oferecida pelas imagens de mundo tradicionais⁵⁷ e precisam, então, ser enfrentadas pela sociedade mediante a sua integração ao todo da reprodução social⁵⁸.

Ao mesmo tempo, a positivação de normas generalizadas de conduta em sociedades complexas faz com que sua aplicação passe a não poder mais se dar de acordo com os próprios usos sociais difundidos na forma de uma eticidade tradicional. Esse fenômeno origina uma “contingência dupla”, pois que dá origem tanto ao problema de uma indeterminação das normas a serem aplicadas, mediante questões interpretativas, assim como à sua crescente abstratificação diante das condutas particulares anteriormente apoiadas em eticidades materiais centradas⁵⁹. A questão acerca da possibilidade de que os indivíduos ainda possam controlar tais indeterminações parece se trans-

56 LUHMANN, 1998b, p. 93.

57 LUHMANN, 1998a, pp. 89, 91-5.

58 HABERMAS, 2001a, p. 251.

59 GÜNTHER, 2004, pp. 133-8.

portar, então, para o problema do desenvolvimento de um nível institucional de integração social que dê conta da complexidade sem eliminá-la.

5. O direito pós-convencional como meio de integração: o advento do Estado de Direito e a auto-consciência racional de sociedades complexas

Segundo Klaus Günther, é somente em um nível *pós-convencional* que se pode falar de uma independência completa entre a validade da norma positivamente imposta dos seus contextos de aplicação. E é nesse ponto exato, quando há também um desacoplamento entre aquelas esferas sistêmicas e um mundo da vida ainda tradicional, que podemos identificar aquela transição que, no modelo ontogenético de desenvolvimento moral, era assinalada como o estágio crítico em que se passa a um estágio de orientação principiológica. No caso do direito civil, poder-se-ia reivindicar que os problemas de aplicação pudessem ser resolvidos por programas capazes de absorver procedimentalmente a complexidade de relações potencialmente conflituosas mediante a institucionalização do poder de uma autoridade habilitada a dizer sobre o lícito e ilícito que dispensasse o recurso a justificações⁶⁰. Essa seria a reivindicação de muitos que interpretaram a Modernidade jurídica como um processo de racionalização jurídica formal que não incorporaria uma modificação das estruturas normativas em que se apóia a legitimidade.

Habermas chama a atenção, no entanto, para que, com a passagem para um nível pós-convencional, verifica-se também um escalonamento institucional do sistema jurídico. Além da diferenciação entre um direito civil e um direito penal, assentados respectivamente sobre um sistema econômico tornado autônomo e sobre um núcleo moral resistente à desestruturação deslingüisticizante do mundo da vida⁶¹, surge, ao lado do chamado direito privado burguês, um *direito público* “que constitui um plano em que se pode restabelecer o consenso em casos de conflito duradouro”⁶². O direito se torna, realmente, desvinculado de uma eticidade tradicional à medida que tem de acompanhar a diferenciação social e a dinâmica de uma desestruturação simbólica da validade *a nativitate* de normas sociais

60 LUHMANN, 1995; HABERMAS, 2001a, pp. 385-87.

61 O direito penal seria um âmbito do bastante “moralizado”: HABERMAS, 2001b, p. 274.

62 HABERMAS, 2001a, p. 252.

que não distinguem entre sua validade abstrata e a situacional. A multiplicidade de situações, o acúmulo de saber cultural sobre normas e condutas e a autonomização de esferas infensas a uma regulação direta mediante o entendimento lingüisticamente mediado ultrapassam as capacidades de controle de um direito convencional aplicável à medida de interpretações comuns do mundo, apoiadas em fundamentos metafísicos. Nem por isso o núcleo normativo antes ocupado por uma legitimidade tradicional que ora havia substituído aquelas imagens de mundo míticas “super-centradas” perece. Ele se transforma internamente num processo que pode ser acompanhado filogeneticamente até o nascedouro daquelas éticas do dever, de caráter filosófico, que substituíram as éticas da lei, de caráter religioso, típicas de um nível convencional.

Essas éticas do dever poderiam, segundo Habermas, ser resgatadas nas formulações do direito natural acerca da integração social mediante um *Estado de Direito*. Neves, nesse ponto, destaca, no que vai na mesma direção de Günther, a existência em Habermas de um nível de *direito deduzido*⁶³ no qual, apesar do desencantamento das formas tradicionais de integração se ter já realizado na forma do surgimento de princípios com pretensões universalistas, o direito ainda se assenta em conteúdos metafísicos. Esse seria um nível que poderíamos, como Günther, identificar com o estágio 5 de Kohlberg e que Neves entende como sendo o de uma “transição Jusnaturalista”⁶⁴.

Habermas defende que “com seu modelo de um contrato mediante o qual todos os sujeitos jurídicos, como livres e iguais que são, regulam sua vida em comum harmonizando racionalmente seus interesses” o direito natural racionalista foi a primeira formulação a corresponder “à exigência de uma fundamentação procedimental do direito” a partir de princípios cuja validade é passível de crítica⁶⁵. Apontando Weber como um dentre aqueles que, na linha de C. Schmitt até Luhmann, vêem no procedimento não uma forma moral-prática de legitimação, mas uma fonte legitimatória que se assenta, em última análise, no potencial estabilizador da aceitação passiva de uma ordem jurídica vigente⁶⁶, Habermas acentua a importância de uma reconstrução das formas de integração social que contemple não só

63 *Idem*, p. 135.

64 NEVES, 2006, p. 252.

65 HABERMAS, 2003a, p. 342.

66 *Idem*, p. 343.

o que Weber chamara uma racionalização formal do direito⁶⁷, mas também uma racionalização material⁶⁸. Nesse sentido, além de uma positivação do direito no rastro de uma autonomização da reprodução jurídica em relação a fontes ético-materiais, dever-se-ia fazer referência a uma *generalização dos valores* que deixaria fundamentar o direito sobre a força universalista de princípios jurídicos que poderiam ser materializados em um sistema de direitos fundamentais sem qualquer caráter metafísico⁶⁹.

Essa *generalização dos valores* é acompanhada, no rastro de Parsons, como uma modificação da forma de reprodução da *Societal Community*, como o sociólogo designava o conjunto das formas de integração social⁷⁰. Para Parsons, o direito não poderia, à diferença do que era para Weber, ser acompanhado em seu processo de evolução apenas desde um prisma funcionalista de acordo com suas funções para a dominação política. Com a passagem para as formas sociais estatalmente organizadas, de nível convencional, “o direito e o poder político formam uma curiosa síntese”⁷¹, já que os poderes de sanção do príncipe ou do funcionário encarregado de representá-lo não sempre de se organizar de modo jurídico, embora ainda tenham de recorrer, em última análise a um fundamento tradicional de legitimidade. Ambos passam, no entanto, a se exigir mutuamente, num nível em que surgem

normas jurídicas ou programas de decisão que estão referidos a casos futuros possíveis, e que asseguram *ex ante* pretensões e direitos; normas jurídicas secundárias que possibilitam a fixação e modificação de normas primárias de comportamento; uma organização da administração que transforma as pretensões jurídicas ou títulos jurídicos que assistem ao indivíduo em possibilidades de exercer uma ação jurídica; uma execução do direito, em que se baseia a possibilidade de ameaçar com sanções etc⁷².

A *societal community*, que antes era integrada por meio de uma moral tradicional de nível convencional, ao ver o fundamento de validade de tais

67 WEBER, 1999, pp. 100-16.

68 HABERMAS, 2003a, p. 346.

69 *Idem*, pp. 253-61.

70 HABERMAS, 2001b, p. 138.

71 *Idem*, p. 139.

72 *Ibidem*, p. 139.

ordens normativas conteudistas ruir, não pode ter continuidade senão na forma de uma sociedade civil em que todo e cada um reserva, para si, uma *esfera privada* de crenças e padrões morais particulares⁷³. Há uma desestruturação das imagens de mundo comuns, restando como forma integrativa apenas um direito a que todos tem de obedecer enquanto agem estrategicamente em sistemas de ação que se tornam cada vez mais complexos⁷⁴.

Esse processo Brunkhorst reconstrói de modo análogo como uma transformação das formas de solidariedade que, no entanto, não precisaria levar a uma situação de anomia e corrosão da própria solidariedade. Aponta que, se em sociedades primitivas, a integração social se dava num nível pessoal e direto, em sociedades complexas os imperativos da integração sistêmica mediada por meio de controle leva a uma relativa “dessocialização dos sujeitos” (*Desozialisierung der Subjekte*)⁷⁵, jogados para um espaço em que as relações sociais são mediadas por meios de controle generalizado alheios aos vínculos sociais compartilhados conscientemente. Segundo ele, a diferenciação funcional, entretanto, seria ao contrário do que parecem querer alguns, um pressuposto para o surgimento de uma noção nova e abstrata de solidariedade, materializada em uma sociedade civil com acesso a instituições políticas próprias daquele *direito público* a que Habermas havia feito referência⁷⁶.

Nessa nova sociedade civil, dar-se-ia, além daquela dessocialização, a institucionalização do papel de cidadão em termos de direito público, cujo núcleo “constitui os direitos de participação política que se tornam efetivos nas novas formas de tráfico da sociedade civil” tornada “protegida em termos de direitos fundamentais”⁷⁷. Habermas acredita que, na tradição do jusnaturalismo, essa idéia de uma inclusão de todos no papel de cidadãos em uma *esfera pública* é o único fundamento possível para a legitimidade, que se vê de todos os lados atacada. Se remontarmos à diferenciação das esferas de ação na forma daquele desacoplamento entre sistema e mundo da vida, podemos realizar um mapa das formas de integração do indivíduo a sociedades modernas em que a *societal community* se desfez de formas

73 Para uma análise da vida íntima como esfera privada, também uma consequência desse processo, ver: BEM-PORAHT, 2004.

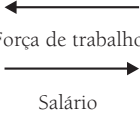

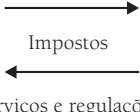
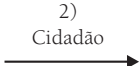
74 HABERMAS, 2001a, p. 254.

75 BRUNKHORST, 2001, pp. 605-12.

76 *Idem*, p. 611.

77 HABERMAS, 2001b, p. 140.

centradas de integração social. No quadro abaixo⁷⁸ podemos ver como os indivíduos podem se integrar em diferentes esferas às quais correspondem diferentes papéis sociais.

Quadro 1		
Mundo da vida	Relações de intercâmbio	Sistemas autonomizados
Esfera privada	1) Trabalhador  Força de trabalho Salário 2) Consumidor 	Economia capitalista
Esfera da opinião pública	1) Cliente  Impostos Serviços e regulações 2) Cidadão 	Ad- mi- nis- tração burocrática

De um lado, vemos como se dariam as relações entre o mundo da vida representado pela *esfera privada* e um sistema econômico capitalista autônomo em que cada um pode agir conforme a fins dentro dos limites de um direito privado, segundo os papéis de 1) *trabalhador* que aporta para o sistema sua força produtiva e recebe em troca remuneração, ambos podendo ser quantificados mediante o meio dinheiro, e de 2) *consumidor*, desde o qual o indivíduo não é questionado acerca de suas preferências pessoais e acerca do modo pelo qual decide agir em um mercado regulado de modo conjunto. Ou seja, uma esfera de privacidade em que pode agir estrategicamente sem ter de dar justificações para cada ação, elaborando a sua própria identidade⁷⁹.

De outro lado, vemos as relações em uma *esfera pública* na qual os agentes têm de prestar contas de sua conduta em um discurso público capazes de oferecer na posição de 2) *cidadãos* o influxo de opiniões que dão

78 Quadro adaptado de: HABERMAS, 2001a, p. 454.

79 COHEN, 1996.

legitimidade a um Estado administrativo, o qual, por sua vez, oferece-lhes decisões políticas regulativas, assim como prestações positivas – na forma de serviços públicos – os quais garantem a sua lealdade (de massas) na posição de 1) *clientes*⁸⁰.

O direito moderno só pode cumprir funções de integração social em sociedades modernas sem eticidade material “se, como lugar tenente de uma *societal community* transformada em sociedade civil pode conservar na nova forma abstrata de uma pretensão crível de legitimidade a pretensão de solidariedade herdada”⁸¹. Para Habermas, “essa promessa é cumprida pelos sistemas jurídicos modernos mediante uma *generalização e uma concretização do papel de cidadão*”⁸², algo que só pode ser percebido de um modo destrancendentalizado na forma que tomam os *direitos fundamentais* nas constituições de Estados de Direito históricos⁸³.

Isso possibilita uma associação entre a teoria da evolução social e a história concreta da modernidade ocidental em que se passou a positivação do direito nos termos da constitucionalização de um catálogo de direitos fundamentais capaz de garantir tanto a autonomia privada da esfera privada como o status de cidadão auto-legislador engajado na esfera pública. O Estado de Direito é, de tal forma, defendido como a única esfera de regulação que pode, ao mesmo tempo, herdar os componentes da legitimidade de forma, agora, transparente aos implicados, associando-os à complexidade de uma reprodução social cada vez acelerada e especializada.

Referências bibliográficas

- BEN-PORATH, Sigal R. Against the Law: on the government regulation of intimate life. *Constellations*, Vol 11, n° 4. Oxford-Malden: Blackwell, 575-90, 2004.
- BRUNKHORST, Hauke. Globale Solidarität. Inklusionsprobleme der modernen Gesellschaft. In: GÜNTHER, Klaus & WINGERT, Lutz. *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*. Frankfurt sobre o meno: Suhrkamp, pp. 605-26, 2001.

80 Esse modelo de uma integração neutralizada de interpretações é apontado como ideologicamente ingênuo: Cf. FRASER, 1987, pp. 38-65.

81 HABERMAS, 2001b, p. 141.

82 *Idem*.

83 *Ibidem*, pp. 141, 195-7; Cf. BRUNKHORST, 2001, pp. 605-15.

- COHEN, Jean. Democracy, equality and the right to privacy. In: BENHABIB, Seyla (org.). *Democracy and Difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University, pp.187-217, 1996.
- CORTINA ORTOS, Adela. *Crítica y Utopia: la Escuela de Francfort*. Madrid: Cincel, 1986.
- DUSKA, Ronald & WHELAN, Mariellen. *O desenvolvimento moral na idade evolutiva: um guia de Piaget e Kohlberg*. São Paulo: Loyola, 1994.
- FRASER, Nancy. O que é crítico na Teoria Crítica? O argumento de Habermas e gênero. In: BENHABIB, Seyla & CORNELL, Drucilla (Orgs.). *Feminismo como crítica da Modernidade*. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, pp. 38-65, 1987.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Madri: Taurus, 2003a.
- _____. Notas programáticas para a fundamentação da Ética do Discurso. In: *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, pp. 61-141, 2003b.
- _____. Consciência moral e agir comunicativo. In: *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, pp. 143-233, 2003c.
- _____. *Teoría de la acción comunicativa, II: Crítica de la razón funcionalista*. Madri: Taurus, 2001a.
- _____. *Facticidad y validez : sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 2001b.
- _____. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: brasiliense, 1983.
- HOLMES, Pablo. Psicologia Genética e teoria do discurso: a fundamentação evolutiva da democracia em Habermas. *Cadernos de Ética e Filosofia Política da USP*, n. 8, pp. 61-86, 2006.
- KOHLBERG, Lawrence. Moralische Entwicklung. In: ALTHOF, Wolfgang (Org.). *Die Psychologie der Moralentwicklung*. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp, pp.7-40, 1995.
- KOHLBERG, Lawrence. Moralstufen und Moralerwerb: Der kognitiv-entwicklungstheoretische Ansatz. In: ALTHOF, Wolfgang (Org.). *Die Psychologie der Moralentwicklung*. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp, pp. 123-74, 1995.

- LELEUX, Claudine *Théorie du développement moral chez Lawrence Kohlberg*. Disponível em: <http://users.skynet.be/claudine.leleux/KohlbergEtudiants.pdf>, pp. 5-29, acessado em: 17/09/2005.
- LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp, 1998a.
- _____. La diferenciación de la sociedad. In: BERIAIN, Jostxo & GARCÍA BLANCO, José maria (orgs.). *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Madri: Trotta, pp. 71-98, 1998b.
- _____. Consideraciones introductorias a una teoría de los medios de comunicación simbólicamente generalizados. In: BERIAIN, Jostxo & GARCÍA BLANCO, José maria (orgs.). *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Madri: Trotta, pp. 99-130, 1998c.
- _____. Legal argumentation: an analysis of its form. *Modern Law Review*. Vol 58, nº. 3, pp. 285-98, 1995.
- _____. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UNB, 1980.
- MARX, Karl. *Manuscritos Econômico-Filosóficos*. São Paulo: Martin Claret, 2002a.
- _____. *O Capital*. Vol. 1, Tomo 1. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002b.
- MCCARTHY, Thomas. Komplexität und Demokratie – die Versuchungen der Systemtheorie. In: HONNETH, Axel & JOAS, Hans (orgs.). *Kommunikatives Handeln: Beiträge zur Jürgen Habermas' "Theorie der Kommunikatives Handeln"*. Frankfurt sobre o meno: Suhrkamp, pp.177-215, 2002.
- MEAD, George-Herbert. Mind, Self, Society: from the Standpoint of a Social Behaviorist. In: *Works of George Herbert Mead*, Vol. 1. Chicago-Londres: University of Chicago Press, 1967.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: UnB, 1999.

Recebido em novembro/2008

Aprovado em maio/2009