

LUA NOVA

REVISTA DE CULTURA E POLÍTICA
2004 Nº61

S U M Á R I O

DIREITO, MORAL E POLÍTICA

- 2 SOBRE REVISTA
- 3 APRESENTAÇÃO
- 4 CONSELHO
- 5 CONSTITUIÇÃO E POLÍTICA: UMA RELAÇÃO DIFÍCIL
 Gilberto Bercovici
- 25 SCHMITT, REPRESENTAÇÃO E FORMA POLÍTICA
 Bernardo Ferreira
- 53 FRANZ NEUMANN, O DIREITO E A TEORIA CRÍTICA
 José Rodrigo Rodriguez
- 75 SOBRE MORAL, DIREITO E DEMOCRACIA
 Aluisio A. Schumacher
- 97 HART, DWORKIN E DISCRICIONARIEDADE
 Daniela R. Ikawa
- 115 HANNAH ARENDT, PODER E A CRÍTICA DA “TRADIÇÃO”
 Renato M. Perissinoto
- 139 A NOÇÃO DE REPRESENTAÇÃO EM DURKHEIM
 Fernando Pinheiro Filho
- 157 RESUMOS/ABSTRACTS

SOBRE A REVISTA

Lua Nova tem por objetivo fazer a alta reflexão de temas políticos e culturais, contribuindo assim para elevar o nível intelectual do debate público. Em suas páginas, o leitor vai encontrar elaboradas incursões nos campos da teoria política (clássica e contemporânea), da teoria social, da análise institucional e da crítica cultural, além de discussões sobre assuntos candentes de nosso tempo. Entre seus colaboradores típicos estão intelectuais, docentes e pesquisadores das diversas áreas das Ciências Humanas, não necessariamente vinculados a instituições acadêmicas.

Os artigos publicados em *Lua Nova* estão indexados no Brasil no *Data Índice*, na América Latina no *CLASE – Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades* e nos *International Political Science Abstracts*. A versão eletrônica da revista está disponível na *SciELO* e no *Portal da Capes*.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

Salvo casos excepcionais, os originais não deverão ultrapassar 30 laudas (em espaço dois), de 2.100 caracteres. O autor deverá enviar ainda um resumo analítico do artigo, em português e inglês, que não ultrapasse 10 linhas, com palavras-chave. *Lua Nova* aceita propostas de artigos, mas todas as colaborações serão submetidas ao Conselho Editorial da revista, ao qual cabe a decisão final sobre a publicação. O Conselho Editorial reserva-se o direito de sugerir ao autor modificações de forma, com o objetivo de adequar os artigos às dimensões da revista ou a seu padrão editorial.

No caso de artigos aprovados, o autor deverá enviar à redação da revista uma cópia em disquete com o mínimo de formatação, observando especialmente o padrão para apresentação de notas e bibliografia. A publicação de um artigo é de inteira responsabilidade do autor, não exprimindo, portanto, o endosso do Conselho Editorial.

A apresentação de colaborações e os pedidos de assinatura devem ser encaminhados ao Cedec, à rua Airosa Galvão, 64 – CEP05002-070 – São Paulo, Brasil. Telefone: (11) 3871-2966, r.23 – FAX: (11) 3871-2123. E-mail: luanova@cedec.org.br .

Os artigos publicados em *Lua Nova* estão indexados no Brasil no *Data Índice*, na América Latina no *CLASE – Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades* e nos *International Political Science Abstracts*.

APRESENTAÇÃO

Qual a adequada relação entre direito e política? E entre direito e moral? Questões na ordem do dia, questões que convidam à polêmica. Para dar-lhes, porém, o tratamento que merecem, é necessário mergulhar nas águas profundas da abstração e do conceito. E buscar o oxigênio para realizar a empreitada, do qual as ricas tradições da teoria política e do pensamento jurídico são uma excelente fonte. Os artigos publicados neste número de *Lua Nova* se aproximam daquelas questões orientados pelo que há de melhor, contemporaneamente, em tais tradições.

Para começar, Gilberto Bercovici defende, para a teoria constitucional, um “retorno à política”, inspirado, entre outros, num debate ocorrido no período da República de Weimar. É mais ou menos dessa época que Bernardo Ferreira e José Rodrigo Rodriguez, em seus respectivos artigos, vão resgatar as idéias de dois autores de alto calibre teórico, mas situados, um e outro, nas antípodas do espectro ideológico, para falar das relações entre forma jurídica e Estado (Carl Schmitt) e Estado de direito e socialismo (Franz Neumann). Aluisio Schumacher e Daniela Ikawa tratam, nos textos subsequentes, dos vínculos entre direito e democracia, e entre prática judicial e moralidade, valendo-se de Habermas, Hart e Dworkin. Por fim, os artigos de Renato Perissinoto e Fernando Pinheiro Filho abordam tópicos como “poder” e “representação”, discretamente dialogando com os demais artigos; desta vez, porém, mobilizando o poderoso arsenal da teoria social.

Teoria política, teoria jurídica, teoria social: caro leitor, prepare seus neurônios. E boa diversão!

O EDITOR

Programa de Apoio a Publicações Científicas

MCT



CNPq



FINEP

LUA NOVA

REVISTA DE CULTURA E POLÍTICA

2003

Nº61

LUANOVA é uma revista quadrimestral do Centro de Estudos de Cultura Contemporânea.

EDITOR

Cicero Araujo

CONSELHO EDITORIAL

Adrián Gurza Lavalle

Álvaro de Vita

Amélia Cohn

Brasílio Sallum Junior

Cicero Araujo

Eduardo Kugelmas

Gabriel Cohn

Gildo Marçal Brandão

Leôncio Martins Rodrigues Netto

Marco Aurélio Garcia

Maria Victoria de Mesquita Benevides

Miguel Chaia

Sebastião Velasco e Cruz

Tullo Vigevani

PROJETO GRÁFICO E CAPA

Rodrigo Andrade

SECRETARIA E ASSINATURAS

Claudinéia Rodrigues

Fone: 3871.2966 – r. 23

E.mail: luanova@cedec.org.br

Comentários aos artigos? Fale com o Editor.

E.mail: cicero@cedec.org.br

O CEDEC é um centro de pesquisa e reflexão na área de Ciências Humanas. É uma sociedade civil, sem fins lucrativos, que reúne intelectuais de diferentes posições teóricas e político-partidárias.

DIRETORIA

Amélia Cohn - Diretor Presidente (licenciada)

Paulo Eduardo Elias - Diretor Presidente(em exercício)

Maria Inês Barreto - Diretor Secretário

Aylene Bousquat - Diretor Tesoureiro

CONSELHO DELIBERATIVO DO CEDEC

Amélia Cohn, Aylene Bousquat, Brasílio Sallum

Junior, Cícero Araujo, Eduardo Kugelmas, Gabriel

Cohn, Leôncio Martins Rodrigues Netto, Maria Inês

Barreto, Maria Victoria de Mesquita Benevides,

Miguel Chaia, Paulo Eduardo Elias, Rosa Maria

Fischer, Sebastião Velasco e Cruz, Tullo Vigevani

CONSTITUIÇÃO E POLÍTICA: UMA RELAÇÃO DIFÍCIL

GILBERTO BERCOVICI

A questão do primado da Constituição, como norma fundamental do Estado, que garante os direitos e liberdades dos indivíduos, foi desenvolvida no decorrer do século XIX, com a consolidação dos regimes liberais nos Estados Unidos e na Europa pós-revolucionários. O constitucionalismo foi utilizado, de um lado, para contrapor ao contratualismo e à soberania popular, idéias-chave da Revolução Francesa, os poderes constituídos no Estado. De outro, utilizou-se a Constituição contra os poderes do monarca, limitando-os. Dessa forma, a Constituição do Estado evitaria os extremos do poder do monarca (reduzido à categoria de órgão do Estado, portanto, órgão regido constitucionalmente) e da soberania popular (o povo passa a ser visto como um dos elementos do Estado). Embora liberais, as Constituições não serão, ainda, democráticas. E, mais importante, a Constituição não é do rei ou do povo, a Constituição é do Estado, assim como o direito é direito positivo, posto pelo Estado.¹

O conceito clássico de Constituição da segunda metade do século XIX é o de Georg Jellinek, que entende a Constituição como os princípios jurídicos que definem os órgãos supremos do Estado, sua criação, suas relações mútuas, determinam o âmbito de sua atuação e a situação de cada um deles em relação ao poder do Estado.² A Constituição é estatal, pois só

¹ FIORAVANTI, Maurizio, *Stato e Costituzione: Materiali per una Storia delle Dottrine Costituzionali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1993, pp. 144-145; GRIMM, Dieter, “Der Verfassungsbegriff in historischen Entwicklung” in *Die Zukunft der Verfassung*, 2ª ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, pp. 106-109 e 143-146; MATTEUCCI, Nicola, *Organización del Poder y Libertad: Historia del Constitucionalismo Moderno*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 253-258 e 268-273; FIORAVANTI, Maurizio, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 118-130 e 135-139 e STOLLEIS, Michael, “Verfassungsideale der Bürgerlichen Revolution” in *Konstitution und Intervention: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2001, pp. 19-32.

é possível com o Estado. O Estado é pressuposto pela Constituição, cuja função é regular os órgãos estatais, seu funcionamento e esfera de atuação, o que irá, conseqüentemente, delimitar a esfera da liberdade individual dos cidadãos. A Constituição é também um instrumento de governo, pois legitima procedimentalmente o poder, limitando-o. A política está fora da Constituição.³ De acordo com o próprio Jellinek, deveria haver uma separação entre o direito e a política no estudo do Estado, inclusive na análise da Constituição, sendo admissíveis, no máximo, estudos jurídicos complementares aos políticos.⁴ Jellinek pretendeu criar um sistema de validade universal, à margem da história e da realidade. A teoria jurídica do Estado de Jellinek, segundo Pedro de Vega, está ligada a três pressupostos: a positividade do direito, o monopólio estatal da produção jurídica e a personalidade jurídica do Estado. O principal conceito é o do Estado como pessoa jurídica, ligado à teoria da autolimitação do Estado. Afinal, ao criar o direito, o Estado obriga-se a si mesmo e, submetendo-se ao direito, torna-se também sujeito de direitos e deveres.⁵

A tentativa, nem sempre bem sucedida, de conciliar o constitucionalismo com a democracia vai, na Europa, ter início com a Constituição alemã de 1919, a célebre Constituição de Weimar.⁶ Será sob a vigência desta Constituição que ocorrerá o famoso e, até hoje, fundamental, debate sobre os métodos do direito público⁷, iniciado quando Hans Kelsen propõe

² JELLINEK, Georg, *Allgemeine Staatslehre*, reimpr. da 3ª ed, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960, p. 505.

³ JELLINEK, Georg, *Allgemeine Staatslehre cit.*, pp. 361-363; FIORAVANTI, Maurizio, *Costituzione cit.*, pp. 137-139 e FIORAVANTI, Maurizio, “Costituzione e Política: Bilancio di Fine Secolo” in *La Scienza del Diritto Pubblico: Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, vol. 2, pp. 871-875.

⁴ JELLINEK, Georg, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung: Eine staatsrechtliche Abhandlung*, reimpr., Goldbach, Keip Verlag, 1996, pp. 5-6 e 80. Sobre o fato de Jellinek, assim como a maioria dos publicistas alemães da segunda metade do século XIX, propor a separação da política do direito público, vide WILHELM, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert: Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1958, pp. 141-142.

⁵ JELLINEK, Georg, *Allgemeine Staatslehre cit.*, pp. 169-173, 182-183, 367-375 e 386-387. Vide também CASTILLO, Monique, “La Question de l’Autolimitation de l’État”, *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique* nº 13, Caen, Centre de Publications de l’Université de Caen, 1988, pp. 85-102 e GARCÍA, Pedro de Vega, “El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional* nº 1, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia/Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, janeiro/junho de 1998, pp. 65-67 e 70-72.

⁶ FIORAVANTI, Maurizio, *Costituzione cit.*, pp. 146-157.

⁷ Sobre o debate de Weimar, vide, por todos, FRIEDRICH, Manfred, “Der Methoden und Richtungsstreit: Zur Grundlegendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 102, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1977, pp. 161-209.

a aplicação do método jurídico positivista até as últimas conseqüências, gerando, nas palavras de Heller, uma “Teoria do Estado sem Estado”⁸. O debate, então, vai se dar, segundo Olivier Beaud, em torno das concepções neohegelianas e neokantianas de Estado e Constituição: entre a idéia de que a Constituição é a lei da vida política global de um Estado, ou seja, está ligada ao “ser” político do Estado e a concepção de que a Constituição é uma regra de direito que apenas regula o comportamento estatal, estando ligada ao “dever ser” do Estado. Em suma, a Constituição é entendida como regime político-social do país (idéia defendida por autores das mais diversas tendências ideológicas, cujas origens estão em Hegel, passando por Ferdinand Lassalle e Lorenz von Stein) ou entende-se a Constituição limitada ao texto constitucional, regulando os comportamentos dos agentes estatais (idéia defendida pelo neokantismo e o normativismo positivista).⁹

No estudo do “Debate de Weimar”, centrado na questão do combate ao positivismo jurídico e nas relações entre Estado, Constituição, política e realidade, muitas vezes passa despercebida a, talvez, grande inovação de Hans Kelsen: a substituição da Teoria Geral do Estado pela Teoria da Constituição. Kelsen destaca a importância da juridicidade da Constituição, indo além da idéia da Constituição estatal: a base da Constituição não é o Estado ou a “força normativa dos fatos”, mas a norma fundamental, que não é posta, mas pressuposta.¹⁰

Segundo Kelsen, a estrutura hierárquica do processo de criação do direito termina em uma norma que fundamenta a unidade do ordenamento jurídico. A norma fundamental é hipotética, não positivada, portanto, não é determinada por nenhuma norma superior do direito positivo. Esta norma fundamental é a “Constituição em sentido lógico-jurídico”, que institui um órgão criador do direito, um grau inferior que estabelece as normas que regulam a elaboração da legislação. Este órgão é a Constituição propriamente dita, ou “Constituição em sentido jurídico-positivo”.¹¹

O conteúdo da Teoria Geral do Estado, para Kelsen, é o estudo dos problemas referentes à validade e produção da ordem estatal, ou seja, do ordenamento jurídico. Esses problemas de criação do ordenamento

⁸ HELLER, Hermann, “Die Krisis der Staatslehre” in *Gesammelte Schriften*, 2ª ed, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1992, vol. 2, pp. 15-24.

⁹ BEAUD, Olivier, “Carl Schmitt ou le Juriste Engagé” in SCHMITT, Carl, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, pp. 75-85. Vide também BEAUD, Olivier, *La Puissance de l’Etat*, Paris, PUF, 1994, pp. 359-368.

¹⁰ BEAUD, Olivier, “Carl Schmitt ou le Juriste Engagé” *cit.*, pp. 80-81.

¹¹ KELSEN, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, reimpr., Wien, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1993, pp. 248-250.

jurídico (criação do direito e fundamentação da unidade do ordenamento), como vimos acima, são compreendidos sob o conceito de Constituição. Desta forma, para Hans Kelsen, a Teoria Geral do Estado coincide com a Teoria Geral da Constituição.¹²

Apesar das considerações de Kelsen, demonstrando a passagem da Teoria Geral do Estado para a Teoria da Constituição, a primeira obra sistemática que entende a Teoria da Constituição como um ramo próprio da teoria geral do direito público é a *Verfassungslehre (Teoria da Constituição)*, de Carl Schmitt, publicada em 1928. O objetivo declarado de Schmitt é o de oferecer uma obra sistemática das questões de teoria constitucional tratadas incidentalmente pelo Direito Constitucional (*Staatsrecht*) e pela Teoria Geral do Estado. A necessidade de um tratamento próprio dessas questões é destacado por Carl Schmitt, ao criticar o positivismo jurídico que teria deslocado as questões fundamentais do direito político para a Teoria Geral do Estado. Nesta disciplina as questões da teoria constitucional não seriam tratadas adequadamente, situadas entre as teorias políticas em geral e os temas filosóficos, históricos e sociológicos abarcados pelos teóricos do Estado. Com a Teoria da Constituição, Schmitt busca superar a divisão, gerada pelo positivismo normativista, entre Teoria Geral do Estado, Direito Constitucional e Política, reabilitando o político na análise dos temas da teoria constitucional.¹³

No mesmo ano de publicação da Teoria da Constituição de Carl Schmitt, 1928, Rudolf Smend publicou o seu livro *Constituição e Direito Constitucional (Verfassung und Verfassungsrecht)*, em que a “Teoria da Integração” era apresentada como alternativa ao positivismo jurídico. Smend desenvolve uma Teoria da Constituição, tornando a Constituição o ponto de referência, no lugar da tradicional Teoria Geral do Estado.¹⁴ Do conceito de Constituição elaborado por Smend¹⁵, podemos perceber que o aspecto relevante não é o da normatividade da Constituição, mas sua reali-

¹² KELSEN, Hans, *Allgemeine Staatslehre cit.*, pp. 45-46.

¹³ SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre*, 8ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. XI-XIV (prefácio). Vide também BEAUD, Olivier, “Carl Schmitt ou le Juriste Engagé” *cit.*, pp. 58-61 e 74-75.

¹⁴ SMEND, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht in Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 274.

¹⁵ “A Constituição é a ordenação jurídica do Estado, ou melhor, da dinâmica vital na qual se desenvolve a vida do Estado, isto é, de seu processo de integração. A finalidade deste processo é a permanente reestruturação da realidade total do Estado: e a Constituição é o modelo legal ou normativo de determinados aspectos deste processo”. Cf. Rudolf SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, p. 189.

dade integradora, permanente e contínua. A Constituição é uma ordem integradora, graças aos seus valores materiais próprios. Além disto, ao se constituir como um estímulo, ou limitação, da dinâmica constitucional, estrutura o Estado como poder de dominação formal.¹⁶

A POLÍTICA DIRIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO

O debate sobre o papel da Constituição e suas relações com a política foi retomado no segundo pós-guerra. As Constituições do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, são políticas, não apenas estatais, na expressão de Maurizio Fioravanti. Assumem conteúdo político, ou seja, englobam os princípios de legitimação do poder, não apenas sua organização. O campo constitucional é ampliado para abranger toda a sociedade, não só o Estado. A Constituição, nas palavras de Konrad Hesse, também é a “ordem jurídica fundamental da comunidade”, ou seja, ela é Constituição do Estado e da sociedade. A política se manifesta não apenas na instauração da Constituição (o poder constituinte originário), mas também nos momentos seguintes, de efetivação da ordem constitucional por meio de uma política constitucional.¹⁷ O grande protagonista das concepções, consubstanciadas com a Teoria da Constituição, segundo Fioravanti, é o partido político, intermediário entre o Estado e a sociedade, englobados agora pela Constituição.¹⁸

A idéia da Constituição como totalidade, ressaltando-se o seu caráter dinâmico (não garante apenas uma ordem estática), “politiza” o conceito de Constituição, que não se limita mais a sua normatividade.¹⁹ Esta concepção, elaborada, como vimos, por autores como Schmitt e Smend, dá origem à Teoria Material da Constituição, ligada ao predomínio das Constituições sociais (ou programáticas) do pós-guerra. A Teoria

¹⁶ SMEND, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, pp. 190-193 e 195-196.

¹⁷ HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1999, pp. 10-11; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik” in *Staat, Verfassung, Demokratie cit.*, p. 189; FIORAVANTI, Maurizio, *Costituzione cit.*, pp. 159-162 e FIORAVANTI, Maurizio, “Costituzione e Política: Bilancio di Fine Secolo” *cit.*, pp. 875-884.

¹⁸ FIORAVANTI, Maurizio, *Stato e Costituzione cit.*, p. 144.

¹⁹ GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, 8ª ed, Madrid, Alianza Editorial, 1993, pp. 80-81.

Material da Constituição permite compreender, a partir do conjunto total de suas condições jurídicas, políticas e sociais (ou seja, a Constituição em sua conexão com a realidade social), o Estado Constitucional Democrático. Propõe-se, portanto, a levar em consideração o sentido, fins, princípios políticos e ideologia que conformam a Constituição, a realidade social da qual faz parte, sua dimensão histórica e sua pretensão de transformação.²⁰

As funções da Constituição podem ser sintetizadas, para Hans Peter Schneider, em três dimensões: a dimensão democrática (formação da unidade política), a dimensão liberal (coordenação e limitação do poder estatal) e a dimensão social (configuração social das condições de vida).²¹ Todas estas funções são interligadas, condicionando-se mutuamente. O significado da Constituição, portanto, não se esgota na regulação de procedimentos de decisão e de governo, nem tem por finalidade criar uma integração alheia a qualquer conflito. Nenhuma de suas funções pode ser entendida isoladamente ou absolutizada. A Constituição só pode ser plenamente compreendida em sua totalidade. Mas, fundamentalmente, a Constituição, como afirmou Hans Peter Schneider, é direito político: do, sobre e para o político.²²

O debate constitucional passa a travar-se entre aqueles que consideram a Constituição um simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos, e os que acreditam que a Constituição deve aspirar a transformar-se num plano global que determina tarefas, estabelece programas e define fins para o Estado e para a sociedade. No primeiro caso, a lei fundamental deve ser entendida apenas como uma norma jurídica superior, abstraindo-se dos problemas de legitimação e domínio da sociedade. A Constituição como instrumento formal de garantia não possui qualquer conteúdo social ou econômico, sob a justificativa de perda de juridicidade do texto. As leis constitucionais só servem, então, para garantir o *status quo*. A Constituição estabelece compe-

²⁰ SCHNEIDER, Hans Peter, “La Constitución – Función y Estructura” in *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 35-37, 39 e 43 e BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed, São Paulo, Malheiros, 1998, pp. 77-83 e 115-119.

²¹ García-Pelayo entende a Constituição como, simultaneamente, parte integrante do ordenamento jurídico, da ordem estatal (organização do Estado) e da estrutura política (modo concreto de existência política de um povo, com seus valores e princípios políticos). Vide GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado cit.*, pp. 100-103.

²² SCHNEIDER, Hans Peter, “La Constitución – Función y Estructura” *cit.*, pp. 39-47 e GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado cit.*, pp. 100-103.

tências, preocupando-se com o procedimento, não com o conteúdo das decisões, com o objetivo de criar uma ordem estável. Subjacente a essa tese da Constituição como mero “instrumento de governo” está o liberalismo e sua concepção da separação absoluta entre o Estado e a sociedade, com a defesa do Estado mínimo, competente apenas para organizar o procedimento de tomada de decisões políticas.²³

Em contraposição a essas concepções, destaca-se, especialmente no debate constitucional brasileiro, a proposta de Constituição Dirigente do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho. Esta proposta busca a reconstrução da Teoria da Constituição por meio de uma Teoria Material da Constituição, concebida também como teoria social.²⁴ Para Canotilho, como todas as Constituições pretendem, de uma forma ou outra, conformar o político, com a denominação “Constituição Dirigente” afirma-se intencionalmente a força de direção do direito constitucional.²⁵ A Constituição Dirigente busca racionalizar a política, incorporando uma dimensão materialmente legitimadora, ao estabelecer um fundamento constitucional para a política.²⁶ O núcleo da idéia de Constituição Dirigente é a proposta de legitimação material da Constituição pelos fins e tarefas previstos no texto constitucional. Em síntese, segundo Canotilho, o problema da Constituição Dirigente é um problema de legitimação.²⁷

Tendo em vista essa concepção de Constituição, Canotilho vai ter como preocupações centrais no seu trabalho a defesa da não-disponibilidade da Constituição pelo legislador²⁸ e a questão da discricionariedade legislativa²⁹. Em suma, o debate sobre o eventual “excesso de poder legislativo” em virtude da possibilidade dos fins constitucionais serem menos-prezados ou até substituídos.³⁰ De acordo com sua proposta, a concretização das “imposições constitucionais” (normas constitucionais que determinam a realização de tarefas e persecução de fins) é função tanto da legislação,

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, 6ª ed, Coimbra, Almedina, 1993, pp. 79-82.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2ª ed, Coimbra, Coimbra Ed., 2001, pp. 13-14.

²⁵ Id., pp. 27-30.

²⁶ Id., pp. 42-49 e 462-471.

²⁷ Id., pp. 19-24, 157-158 e 380.

²⁸ Id., pp. 62-64, 329-331 e 401-403.

²⁹ Id., especialmente pp. 216-241.

³⁰ Id., pp. 263-266.

como da direção política. Ou seja, Canotilho procura estabelecer uma vinculação jurídica para os atos políticos na Constituição. A questão das “imposições constitucionais” não é mera discussão sobre a oportunidade da execução dos dispositivos constitucionais, mas é um problema de cumprimento da Constituição.³¹

Em relação ao cumprimento do texto constitucional, um dos problemas dessa concepção de Constituição é o fato de que, ao reear deixar a Constituição nas mãos do legislador, a Teoria da Constituição Dirigente acaba entregando a decisão sobre as questões constitucionais ao judiciário. Como os problemas da Constituição Dirigente são, em grande medida, de concretização constitucional³², o papel dos órgãos judiciais de controle de constitucionalidade torna-se fundamental, contribuindo, ainda mais, para a despolítica da Constituição. Apesar das críticas de Canotilho ao papel dos tribunais constitucionais na concretização da Constituição Dirigente³³, a observação histórica dá razão a Böckenförde, que afirmou que a Constituição Dirigente, ao conter todos os princípios e possibilidades de conformação do ordenamento, favoreceria o crescimento do papel político do tribunal constitucional, que se autoconverteria em “senhor da Constituição”.³⁴

Para a Teoria da Constituição Dirigente, a Constituição não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro. Ao fornecer linhas de atuação para a política, sem substituí-la, destaca a interdependência entre Estado e sociedade: a Constituição Dirigente é uma Constituição estatal e social.³⁵ No fundo, a concepção de Constituição Dirigente para Canotilho está ligada à defesa da mudança da realidade pelo direito. O sentido, o objetivo da Constituição Dirigente é o de dar força e

³¹ Id., pp. 177-182, 254-256, 293-297, 305-308 e 316-321. Em sentido contrário, Gustavo Zagrebelsky afirma que a Constituição não tem mais centralidade, é dúctil, ao não estabelecer diretamente um projeto determinado, mas possibilidades de concretização. A partir da Constituição, as forças políticas competem para imprimir ao Estado as diversas possibilidades oferecidas pelo texto constitucional, ou seja, o pluralismo constitucional gera um “compromisso de possibilidades”. Vide ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia*, 3ª ed, Madrid, Trotta, 1999, pp. 12-17.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pp. 59-61, 172-177, 189-193.

³³ Id., pp. 270-277 e 350-351.

³⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik” *cit.*, pp. 197-198.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pp. 150-153, 166-169, 453-456.

substrato jurídico para a mudança social. A Constituição Dirigente é um programa de ação para a alteração da sociedade.³⁶

Essa visão, talvez, cause a principal falha, ao nosso ver, da Teoria da Constituição Dirigente: ela é uma Teoria da Constituição centrada em si mesma. A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria “auto-suficiente” da Constituição. Ou seja, pensa-se numa Teoria da Constituição tão poderosa, que a Constituição, por si só, resolve todos os problemas. O instrumentalismo constitucional é, dessa forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais. Conseqüentemente, o Estado e a política são ignorados, deixados de lado. A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria da Constituição sem Teoria do Estado e sem política.³⁷ E é justamente por meio da política e do Estado que a Constituição vai ser concretizada. Será essa maneira totalizante (e, paradoxalmente, excludente) de compreender a Teoria da Constituição, sem política e sem Estado, ao lado do poder crescente dos tribunais constitucionais, que vai favorecer, na expressão de Boaventura de Sousa Santos³⁸, a manutenção da “Constituição sem Estado”.

A POLÍTICA EXCLUÍDA DA CONSTITUIÇÃO

A Teoria da Constituição Dirigente, como vimos, consolida o papel da Constituição como centro do direito público, minimizando o Estado e a política. Ao reduzir a importância da Teoria do Estado e da política, a Teoria da Constituição Dirigente, aliada ao momento histórico

³⁶ Id., pp. 455-459.

³⁷ Devemos ressaltar, no entanto, que Canotilho define a Constituição como “estatuto jurídico do político” e afirma que a Constituição Dirigente pressupõe um Estado intervencionista ativo. Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pp. 79 e 390-392. Entretanto, essas considerações não afetam substancialmente a contestação levantada da falta de uma Teoria do Estado e da falta de maiores considerações a respeito da política na Teoria da Constituição Dirigente. Para uma revisão posterior de alguns desses posicionamentos, vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 1197-1198 e 1273 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Prefácio” in *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pp. XIII-XVe XXIII-XXVI.

³⁸ Vide SANTOS, Boaventura de Sousa, “O Estado e a Sociedade na Semiperiferia do Sistema Mundial: O Caso Português” in *O Estado e a Sociedade em Portugal (1974-1988)*, Porto, Edições Afrontamento, 1992, pp. 142-143.

da “globalização”, facilitou, por mais paradoxal que possa ser, a “dessubstancialização” da Constituição.³⁹ Com a “globalização”, a redução dos espaços políticos faz com que o único elemento clarificador do horizonte político, segundo Pedro de Vega García, seja a Constituição. Torna-se corrente a tentativa de restaurar os fundamentos da legitimidade liberal-democrática, reforçando a normatividade dos direitos, sob a perspectiva do homem como indivíduo e entendendo a Constituição e a democracia como estruturas processuais, ou seja, busca-se uma legitimidade meramente processual. O problema é a ausência cada vez maior do elemento democrático como justificador da legitimidade, reduzido, com o auxílio das teorias processuais da Constituição, que levam em conta apenas o seu aspecto normativo, não político, a um simples procedimento de escolha de governantes.⁴⁰

Ao contrário do que possa parecer, essas teorias processuais da Constituição não são novas. Em 1968, por exemplo, ao criticar as teorias materiais da Constituição por “sobrecarregarem” a Constituição e transformarem-na em uma espécie de “livro dos livros”⁴¹, Wilhelm Hennis propôs que, para evitar a dicotomia entre Constituição e realidade constitucional, a Teoria da Constituição deveria levar em conta a particularidade normativa da Constituição. Para tanto, seguindo o modelo norte-americano, a Constituição deveria ser entendida como um instrumento de governo, com uma Teoria Processual da Constituição.⁴² Mais recentemente, no caso norte-americano, John Hart Ely entende que a Constituição não garante direitos substantivos, mas impede que a maioria não tenha seus direitos ameaçados, nem ameace os da minoria. Para tanto, a Constituição não

³⁹ O próprio Canotilho reviu suas posições sobre a Constituição Dirigente. Os mais afoitos, inclusive, chegaram a proclamá-la como “morta”. Para Canotilho, a Constituição Dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como capaz de, por si só, revolucionariamente, realizar as transformações sociais. Ela permanece, no entanto, enquanto estabelecer os fundamentos materiais das políticas públicas no Estado Constitucional. Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Prefácio” *cit.*, pp. XXIX-XXX.

⁴⁰ GARCÍA, Pedro de Vega, “El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional” *cit.*, pp. 86-87 e GARCÍA, Eloy, *El Estado Constitucional ante su “Momento Maquiavélico”*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 68-74.

⁴¹ HENNIS, Wilhelm, “Verfassung und Verfassungswirklichkeit: Ein deutsches Problem” in FRIEDRICH, Manfred (org.), *Verfassung: Beiträge zur Verfassungstheorie*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978, pp. 248-253.

⁴² HENNIS, Wilhelm, “Verfassung und Verfassungswirklichkeit: Ein deutsches Problem” *cit.*, pp. 265-267.

contém uma ideologia de governo, simplesmente garante o processo governamental.⁴³

Parte das concepções das teorias processuais da Constituição está ligada à idéia de legitimação pelo procedimento, elaborada por Niklas Luhmann. A preocupação de Luhmann é a de esclarecer os mecanismos que dotam uma decisão de força vinculativa, possibilitando sua assimilação e aceitação por todos os atingidos, estejam eles satisfeitos ou não.⁴⁴ Para a legitimação pelo procedimento, pouco importa se a decisão é justa, exata ou congruente⁴⁵, pois, nas sociedades complexas, a natureza da decisão cede lugar aos procedimentos que generalizam o reconhecimento das decisões.

Os procedimentos, como as eleições, o processo legislativo e o processo judicial, são, para Luhmann, a melhor maneira de garantir decisões vinculativas, além de reduzir as complexidades sociais. Ao submeterem-se às regras e necessidades do sistema processual, todos os envolvidos são obrigados a aceitar a decisão final, mesmo contrariados, pois eles próprios participaram do procedimento. A legitimidade pelo procedimento é uma legitimidade institucional, não proveniente de derivações valorativas.⁴⁶ A representação política, por exemplo, passa a ser vista como um conjunto de ações que confere legitimidade ao poder. A eleição popular cria uma identificação simbólica entre representado e representante, gerando um mínimo de consenso⁴⁷ e tornando esse consenso independente da situação concreta em que ele é obtido. Desta maneira, o representante exerce um mandato não apenas referente ao que lhe foi conferido, mas também ao que não lhe foi. O representante foi eleito num procedimento institucionalizado, portanto é digno de representar o representado. O poder representativo se legitima não porque expressa um consenso real, mas porque permite uma antecipação bem-sucedida do consenso presumido dos

⁴³ ELY, John Hart, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, reimpr., Cambridge (Mass.)/London, Harvard University Press, 1998, pp. 100-101. Nas palavras de Ely: "The American Constitution has thus by and large remained a constitution properly so called, concerned with constitutive questions. What has distinguished it, and indeed the United States itself, has been a process of government, not a governing ideology" *in idem*, p. 101.

⁴⁴ LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, 3ª ed, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987, pp. 259-261.

⁴⁵ LUHMANN, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, 4ª ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997, pp. 29-31 e LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie cit.*, pp. 265-266.

⁴⁶ LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie cit.*, pp. 261-265.

⁴⁷ LUHMANN, Niklas, *Legitimation durch Verfahren cit.*, pp. 155-173 e 179-180.

representados.⁴⁸ Em suma, para Luhmann, cada sistema se legitima por si mesmo, ao fixar os procedimentos decisórios em seu direito positivo. O conteúdo do ordenamento jurídico não é relevante para a legitimidade, basta, apenas, a sua validade.⁴⁹

As teorias processuais, em sua quase totalidade, consideram a Constituição um simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos. Georges Burdeau alega que, apenas com a fixação de procedimentos para as forças políticas, consegue-se evitar a relativização das normas constitucionais. Para ele, a Constituição deve ter um caráter de fluidez, sob pena de ser dissolvida na realidade.⁵⁰ A Constituição rica em disposições relativas à filosofia de um regime é, também, cheia de elementos diversos e contraditórios. A Constituição não é uma ordem para o futuro, mas uma ordem de equilíbrio, essencialmente estática.⁵¹ Por esses motivos, estaríamos vivendo a decadência da noção de Constituição, que não controlaria mais a vida política. As Constituições continuam a ser redigidas, mas como mera “*survivance*”.⁵²

Dessa maneira, para essas teorias, a Constituição deve ser entendida apenas como uma norma jurídica superior, abstraindo-se dos problemas de legitimação e domínio da sociedade. A Constituição como instrumento formal de garantia não possui qualquer conteúdo social ou econômico, sob a justificativa de perda de juridicidade do texto. As leis constitucionais só servem, então, para garantir o *status quo*. A Constituição estabelece competências, preocupando-se com o procedimento, não propriamente com o conteúdo das decisões, com o objetivo de criar uma ordem estável dentro da complexidade da sociedade contemporânea.⁵³

A materialização do Direito Constitucional, evidenciada com a concepção dos direitos fundamentais também como valores, trouxe, para Estévez Araujo, a questão da legitimidade do juiz constitucional. Este seria

⁴⁸ Id., pp. 152-154, 156-162, 164-166 e 169-173.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo, “A Despolitização da Legitimidade”, *Revista Trimestral de Direito Público* nº 3, São Paulo, Malheiros, 1993, pp. 27-31.

⁵⁰ BURDEAU, Georges, “Une Survivance: La Notion de Constitution” in *L'Évolution du Droit Public – Études en l'Honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 60-62.

⁵¹ Id., pp. 57-60.

⁵² Id., pp. 54-57.

⁵³ GUERRAFILHO, Willis Santiago, *Teoria Processual da Constituição*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Editor, 2000, pp. 49-52, 67-70 e 93-95. Vide também LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed, Barcelona, Ariel, 1976, pp. 211-212.

o déficit de legitimidade resultante das concepções materiais da Constituição. A solução, para esse autor, seria a procedimentalização da Constituição. Ao conceber a Constituição como processo, Estévez Araujo propõe que seu conteúdo seja, essencialmente, prever procedimentos que estabelecem os meios e as garantias para a adoção de decisões coletivas.⁵⁴ Estévez Araújo, portanto, atribui à teoria material da Constituição a responsabilidade pelos problemas de legitimação do controle de constitucionalidade. E, neste sentido, ele tem razão. Afinal, uma teoria procedimental da Constituição não tem qualquer preocupação com a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, satisfazendo-se com o mero cumprimento dos procedimentos previstos.

No entanto, uma contribuição fundamental das teorias procedimentais da Constituição é a de que a Constituição possui também, e não exclusivamente, como querem alguns autores, a natureza de uma lei processual para a realização de seus princípios. O processo, assim, torna-se um instrumento para a efetivação da Constituição. Entender a Constituição também enquanto processo significa que a ordem constitucional não é uma ordem totalmente estabelecida, mas que vai sendo criada, por meio da relação entre a Constituição material e os procedimentos de interpretação e concretização.⁵⁵ O interesse pelas teorias procedimentais, todavia, deve despertar cautela. As teorias procedimentais, segundo Robert Alexy, caracterizam-se pela plasticidade, ou seja, nelas cabe tudo. Embora deva-se reconhecer a importância do procedimento na concretização constitucional, a adoção de uma teoria procedimental não será a solução para todos os problemas constitucionais.⁵⁶

As teorias procedimentais da Constituição também costumam ser apresentadas como estratégia de desjuridificação. A desjuridificação, nos países centrais, é entendida como forma de favorecer o racionalismo e o pluralismo jurídico, ampliando, para seus defensores, o espaço da cidadania. A Constituição, dessa maneira, não poderia mais pretender regular as sociedades complexas da atualidade. Deve limitar-se, portanto, a fixar a

⁵⁴ ARAUJO, José Antonio Estévez, *La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil*, Madrid, Trotta, 1994, pp. 139-143.

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, pp. 853-860 e GUERRA Filho, Willis Santiago, *Teoria Processual da Constituição cit.*, pp. 15-20 e 27-39.

⁵⁶ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, pp. 428-430.

estrutura básica do Estado, os procedimentos governamentais e os princípios relevantes para a comunidade política, como os direitos e liberdades fundamentais.⁵⁷

Os adeptos dessas teorias entre nós esquecem-se de que a desjuridificação, no Brasil, deve ser entendida de modo distinto do que nos países europeus ou nos Estados Unidos. Como muito bem afirmou Marcelo Neves, o nosso problema não é de juridificação, mas de desjuridificação da realidade constitucional. Aqui, a desjuridificação, bem como a desconstitucionalização, favorecem a manutenção dos privilégios e desigualdades. A desjuridificação, no Brasil, não ampliaria o espaço da cidadania, pois, enquanto a Constituição não é concretizada, segundo Marcelo Neves, não há nem um espaço da cidadania.⁵⁸

A questão da normatividade da Constituição tornou-se crucial para a Teoria da Constituição, não como reação às críticas mais conservadoras ou ao debate entre teorias materiais e processuais da Constituição, mas tendo em vista o papel cada vez mais destacado dos novos tribunais constitucionais (especialmente na Itália e na Alemanha). O resultado foi a revalorização da normatividade constitucional também pelas teorias materiais da Constituição.⁵⁹ Com a tendência, cada vez maior, à “normatização” da Constituição, o papel preponderante que era da política (e dos partidos políticos) na Teoria da Constituição, foi sendo tomado pelos tribunais constitucionais e pelas discussões sobre controle de constitucionalidade. A hipervalorização das questões hermenêuticas no campo constitucional fortaleceram, ainda mais, a “normatização” da Teoria da Constituição. Essa consolidação dos tribunais constitucionais na Europa e a tendência crescente à “normatização” da Constituição favoreceram, ainda, uma “mudança de paradigmas” na Teoria da Constituição, que passou a enfatizar muito mais a hermenêutica constitucional e o papel dos princípios constitu-

⁵⁷ Vide, neste sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, pp. 1191-1193, 1205, 1272-1273 e 1289-1290.

⁵⁸ NEVES, Marcelo, *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo, Acadêmica, 1994, pp 128-129, 144-147 e 160 e NEVES, Marcelo, “Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente”, *Dados - Revista de Ciências Sociais* vol. 37, nº 2, Rio de Janeiro, IUPERJ, 1994, pp. 262-266.

⁵⁹ Vide GARCÍA, Pedro de Vega, “El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional” *cit.*, p. 85 e STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, pp. 31-35, 99-106, 127-128 e 156-162.

cionais.⁶⁰ Toda discussão sobre interpretação e concretização da Constituição passou a ser, ao mesmo tempo, uma discussão sobre o conceito e a Teoria da Constituição.⁶¹

Dentro dessa perspectiva, a Constituição, segundo García de Enterría, só pode ser entendida como norma. Compreendê-la também como uma estrutura política seria anticientífico, pois estaríamos confundindo direito constitucional e ciência política, ou seja, os métodos jurídico e sociológico.⁶² A partir desta metodologia jurídica circunscrita ao material normativo, cria-se um jurista asséptico, nas palavras de Rogério Ehrhardt Soares, convicto de que o direito constitucional recebeu todo o político e que tudo o que é necessário para a compreensão do Estado está nas normas jurídicas. O jurista constitucional, assim, ignora a realidade política na qual se manifesta o direito constitucional. As valorações extrajurídicas (econômicas, sociais, políticas, etc) não são entendidas como problema do direito constitucional (e da Teoria da Constituição), mas das demais ciências sociais.⁶³

A doutrina constitucional conseguiu criar, de acordo com Eloy García, todo um aparato técnico no domínio do estritamente jurídico, ao custo de renunciar aos componentes políticos. A política foi reduzida ao poder constituinte e, este, relegado a segundo plano. A jurisdição constitucional foi alçada a garantidora da correta aplicação da normatividade, a única referência de legitimidade do sistema, refugiando-se a doutrina na exegese das interpretações dos tribunais consti-

⁶⁰ Vide GRAU, Eros Roberto, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 120-121.

⁶¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik” in *Staat, Verfassung, Demokratie cit.*, p. 82. Vide também BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik” *cit.*, pp. 195-197.

⁶² ENTERRÍA, Eduardo García de, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed, Madrid, Civitas, 1994, pp. 27-32 e 49-50.

⁶³ SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Atlântida Editorial, 1969, pp. 22-25. O método jurídico estrito separa a normatividade jurídica da realidade política. A recente disputa entre cientistas políticos e “neoconstitucionalistas” sobre a compreensão da Constituição é estéril, pois ignora a unidade sistemática das disciplinas. Essa separação de métodos apenas torna claro, segundo Lucas Verdú, a insuficiência de conhecimento jurídico dos cientistas políticos e de conhecimentos científico-políticos dos constitucionalistas. Vide VERDÚ, Pablo Lucas, “El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo (La ‘Ideología Constitucional’ del Professor García de Enterría)”, *Revista de Derecho Político* nº 13, Madrid, UNED, março de 1982, pp. 29-34 e VERDÚ, Pablo Lucas, *La Constitución en la Encrucijada (Palingenesia Iuris Político)* *cit.*, pp. 59-64.

tucionais.⁶⁴ Os autodenominados “neoconstitucionalistas” são neopositivistas, renovando o positivismo jurídico ao propor a Constituição jurisprudencial, com o tribunal constitucional se assenhoreando da Constituição.⁶⁵

A supremacia dos tribunais constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se pelo fato de os tribunais pretenderem ser o “cume da soberania”, da qual disporiam pela sua competência para decidir em última instância com caráter vinculante. Desta forma, o tribunal constitucional transforma-se em substituto do poder constituinte soberano.⁶⁶ Representativa dessa visão é a opinião de Dominique Rousseau, para quem a Constituição é, cada vez mais, jurisprudencial: é um ato escrito pelo juiz constitucional, uma espécie de “carta jurisprudencial dos governados”.⁶⁷ O Conselho Constitucional francês encarna, na sua concepção, a própria soberania popular, estabelecendo as bases sociais e filosóficas da comunidade nacional.⁶⁸

Pertinente, ao nosso ver, é a crítica de Ingeborg Maus. De acordo com Maus, o tribunal constitucional se arroga o poder de elaborar a interpretação devidamente constitucional, baseando suas decisões, no caso alemão, em fundamentos constitucionais anteriores à própria Constituição. Ou seja, a competência do tribunal constitucional não deriva da Constituição, mas está acima dela.⁶⁹ Atribuindo-se tamanho poder, o tribunal constitucional atua, nas palavras de Maus, “menos como ‘guardião da Cons-

⁶⁴ GARCÍA, Eloy, *El Estado Constitucional ante su “Momento Maquiavélico” cit.*, pp. 60-64. Vide também BEAUD, Olivier, *La Puissance de l’Etat cit.*, pp. 11-12.

⁶⁵ VERDÚ, Pablo Lucas, *La Constitución en la Encrucijada (Palingenesia Iuris Politici) cit.*, pp. 65-82 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, p. 1198.

⁶⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik” *cit.*, pp. 189-191; BEAUD, Olivier, *La Puissance de l’Etat cit.*, pp. 307-308 e GARCÍA, Pedro de Vega, “Mondializzazione e Diritto Costituzionale: La Crisi del Principio Democratico nel Costituzionalismo Attuale”, *Diritto Pubblico*, 2001 – n° 3, Padova, CEDAM, 2001, pp. 1068-1069.

⁶⁷ ROUSSEAU, Dominique, “Une Réssurrection: La Notion de Constitution”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Étranger*, 1990 - n° 1, Paris, LGDJ, janeiro/fevereiro de 1990, pp. 5-6, 15-18 e 20-22.

⁶⁸ *Id.*, pp. 8-10. Para uma defesa do papel do Tribunal Constitucional Espanhol em um sentido próximo, vide ENTERRÍA, Eduardo García de, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional cit.*, pp. 175-196.

⁶⁹ MAUS, Ingeborg, “Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na ‘Sociedade Órfã’”, *Novos Estudos* n° 58, São Paulo, Cebrap, novembro de 2000, pp. 190-192.

tuição' do que como garantidor de sua própria história jurisprudencial".⁷⁰

Ao contrário do que afirmam os tribunais, o direito constitucional não é monopólio do judiciário. O direito constitucional e a interpretação constitucional são fruto de uma ação coordenada entre os poderes políticos e o judiciário. Nenhuma instituição, muito menos o judiciário, pode ter a palavra final nas questões constitucionais.⁷¹

A questão fundamental (e não respondida pelos adeptos do "positivismo jurisprudencial") é a da substituição do Poder Legislativo, eleito pelo povo, pelo governo dos juízes constitucionais. Em quem o cidadão deve confiar: no representante eleito ou no juiz constitucional? Se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia?⁷² No entanto, com o "positivismo jurisprudencial", o constitucionalismo continua incapacitado de sair do discurso do "dever ser", com a jurisdição constitucional, segundo Pedro de Vega García, assumindo a ambiciosa pretensão de reduzir e concentrar nela toda a problemática da teoria constitucional, abandonando questões essenciais, como, por exemplo, a democracia ou o poder constituinte.⁷³

A NECESSIDADE DA POLÍTICA PARA A CONSTITUIÇÃO

Fechando os olhos para a realidade constitucional, o pensamento jurídico dominante absolutizou as soluções constitucionais históricas do

⁷⁰ Id., pp. 192-193. No texto: "Por conta de seus métodos específicos de interpretação constitucional, atua o TFC menos como 'guardião da Constituição' do que como garantidor da própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo auto-referencial. Tal história fornece-lhe fundamentações que não necessitam mais ser justificadas, sendo somente descritas retrospectivamente dentro de cada sistema de referências" *in idem*, p. 192.

⁷¹ FISHER, Louis, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*, Princeton, Princeton University Press, 1988, pp. 3-6 e 231-276.

⁷² SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt, *Direito Público e Sociedade Técnica cit.*, pp. 154-155 e 182-183 e BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, "Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik" *cit.*, pp. 191 e 198-199. Sobre as relações contraditórias entre o controle judicial de constitucionalidade, exercido no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal, e democracia, vide LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto, "Justiça Constitucional e Democracia: Perspectivas para o Papel do Poder Judiciário", *Revista da Procuradoria-Geral da República* n° 8, São Paulo, RT, janeiro/junho de 1996, pp. 82-83 e 93-101.

⁷³ GARCÍA, Pedro de Vega, "El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional" *cit.*, pp. 85-86 e GARCÍA, Eloy, *El Estado Constitucional ante su "Momento Maquiavélico" cit.*, pp. 64-66.

liberalismo como atemporais.⁷⁴ Para não cair neste equívoco, a Teoria da Constituição deve ser entendida na lógica das situações concretas históricas de cada país, integrando em um sistema unitário a realidade histórico-política e a realidade jurídica. O direito constitucional recupera, assim, segundo Pedro de Vega García, as categorias de espaço e tempo e adquire dimensões concretas e históricas. A Constituição não pode ser entendida como entidade normativa independente e autônoma, sem história e temporalidade próprias. Não há uma Teoria da Constituição, mas várias teorias da Constituição, adequadas à sua realidade concreta.⁷⁵ A Constituição não deve apenas estar adequada ao tempo, mas também ao espaço. Sem entender o Estado, não há como entender a Constituição, o que desqualifica a constante hostilidade da Teoria da Constituição contra o Estado.⁷⁶

As Constituições deixaram de ser entendidas como obra do povo para transformarem-se em criaturas de poderes misteriosos, metafísicos até. Sintomático é o fato, denunciado por autores como Olivier Beaud e Pedro de Vega García, que a teoria do poder constituinte, como máxima expressão do princípio democrático e como questão central da teoria constitucional, foi relegada ao silêncio pela Teoria da Constituição.⁷⁷ O poder constituinte refere-se ao povo real, não ao idealismo jusnaturalista ou à norma fundamental pressuposta, pois diz respeito à força e autoridade do povo para estabelecer a Constituição com pretensão normativa, para mantê-la e revogá-la. O poder constituinte não se limita a estabelecer a Constituição, mas tem existência permanente, pois dele deriva a própria força normativa da Constituição.⁷⁸

Divergimos, portanto, da afirmação de Canotilho de que a crise da Teoria da Constituição é fruto da crise do Estado soberano.⁷⁹ Autores como Peter Häberle e José Joaquim Gomes Canotilho discordam dessa

⁷⁴ SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 27.

⁷⁵ GARCÍA, Pedro de Vega, “Mondializzazione e Diritto Costituzionale: La Crisi del Principio Democratico nel Costituzionalismo Attuale”, pp. 1056-1061 e 1082-1089.

⁷⁶ Id., pp. 1089-1090. Vide também SMEND, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht*, p. 121.

⁷⁷ BEAUD, Olivier, *La Puissance de l'Etat cit.*, pp. 210-220 e GARCÍA, Pedro de Vega, “Mondializzazione e Diritto Costituzionale: La Crisi del Principio Democratico nel Costituzionalismo Attuale” *cit.*, pp. 1072-1082 e 1090-1094.

⁷⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Demokratie als Verfassungsprinzip” in *Staat, Verfassung, Demokratie cit.*, pp. 293-295.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, pp. 1200-1203.

visão. Ambos concordam que Estado e Constituição formam uma unidade no Estado Constitucional. Mas as relações recíprocas entre Estado e Constituição devem implicar a não primazia do Estado. Para Häberle e Canotilho, o Estado Constitucional existe a partir da Constituição, só existe “tanto Estado quanto a Constituição constitui”. Caso entenda-se que a Constituição fornece uma ordem jurídica ao Estado pré-existente, segundo Canotilho, a Constituição pode ser reduzida a uma forma transitória do Estado, este sim perene.⁸⁰ Ao contrário do que alguns juristas defendem, não é possível entender a Constituição sem o Estado. A existência histórica e concreta do Estado soberano é pressuposto, é condição de existência da Constituição.⁸¹

Ademocracia também não pode ser reduzida a um mero princípio constitucional. Como bem afirma Friedrich Müller, o Estado Constitucional foi conquistado no combate contra a falta do Estado de Direito e da democracia e esse combate continua, pois a democracia deve ser cumprida no cotidiano para a realização dos direitos fundamentais.⁸² A democracia e a soberania popular pressupõem a titularidade do poder do Estado, cuja legitimação e decisão surgem do povo.⁸³ A legitimidade da Constituição está vinculada ao povo e o povo é uma realidade concreta. Dessa forma, a democracia não pode também ser entendida apenas como técnica de representação e de legislação, como mera técnica jurídica.⁸⁴

O pensamento constitucional precisa ser reorientado para a reflexão sobre conteúdos políticos. Talvez devamos retomar a proposta de Loewenstein, que entendia a Teoria da Constituição como uma explicação

⁸⁰ Vide HÄBERLE, Peter, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, pp. 620-621 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “A Teoria da Constituição e as Insinuações do Hegelianismo Democrático” in RIBEIRO, J. A. Pinto (coord.), *O Homem e o Tempo - Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Porto, Fundação Engenheiro António de Almeida, 1999, pp. 415-418.

⁸¹ BEAUD, Olivier, *La Puissance de l'Etat*, pp. 208-210. Vide, também, o estudo MAYER-TASCH, Peter Cornelius, *Politische Theorie des Verfassungsstaates: Eine Einführung*, München, Deutscher Taschenbuch Verlag, 1991, especialmente pp. 19-36 e 213-219.

⁸² MÜLLER, Friedrich, *Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie: Elemente einer Verfassungstheorie VI*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 43-45 e 56.

⁸³ Contra a redução da soberania a mero princípio constitucional, colocado, portanto, à disposição de parlamentares e juizes, vide a argumentação de BEAUD, Olivier, *La Puissance de l'Etat cit.*, pp. 469-476, 479-482 e 490-491. Vide, ainda, MAYER-TASCH, Peter Cornelius, *Politische Theorie des Verfassungsstaates cit.*, pp. 70-104.

⁸⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Demokratie als Verfassungsprinzip” *cit.*, pp. 297-301 e 311-315 e MÜLLER, Friedrich, *Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie cit.*, pp. 59-62.

realista do papel que a Constituição joga na dinâmica política.⁸⁵ Afinal, o direito constitucional é direito político. A Constituição, no entanto, não pode ter a pretensão de resumir ou abarcar em si a totalidade do político, como ocorreu com a Teoria da Constituição Dirigente, pois foi nesse universo normativo fechado que, de acordo com Eloy García, prosperou o “positivismo jurisprudencial”.⁸⁶

Não se pode, portanto, entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas. A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas. A política deve ser levada em consideração para a própria manutenção dos fundamentos constitucionais.⁸⁷ Na feliz expressão de Dieter Grimm, a Constituição é resultante e determinante da política.⁸⁸

GILBERTO BERCOVICI é professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

⁸⁵ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución* cit., pp. 217-222. Vide, também, as considerações de REDISH, Martin H., *The Constitution as Political Structure*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1995, pp. 3-21.

⁸⁶ GARCÍA, Eloy, *El Estado Constitucional ante su “Momento Maquiavélico”* cit., pp. 90-91.

⁸⁷ MÜLLER, Friedrich, *Juristische Methodik*, 7ª ed, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 89, 174 e 209-211 e VERDÚ, Pablo Lucas, “El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo (La “Ideología Constitucional” del Professor García de Enterría)” cit., pp. 8, 15-18 e 37-40.

⁸⁸ GRIMM, Dieter, “Die Gegenwartsprobleme der Verfassungspolitik und der Beitrag der Politikwissenschaft” in *Die Zukunft der Verfassung* cit., pp. 368-373.

SCHMITT, REPRESENTAÇÃO E FORMA POLÍTICA

BERNARDO FERREIRA

Publicado em 1923, o livro *Römischer Katholizismus und politische Form* (*Catolicismo romano e forma política*) até recentemente não ocupava um lugar de destaque entre os textos de Carl Schmitt¹ dos anos da República de Weimar. O próprio tema do livro e, em particular, o tom com que ele é tratado, certamente contribuíram para essa desatenção. Estamos diante de uma discussão sobre a natureza jurídica da Igreja que não esconde o seu teor apologético e provocativo, quando não calculadamente antimoderno, o que parece restringir o seu interesse a uma espécie de curiosidade, sem maior importância teórica, no quadro geral da produção de Schmitt no período em questão. Um testemunho, talvez, das suas convicções pessoais e do seu envolvimento com os círculos intelectuais do conservadorismo católico. Todavia, nos últimos tempos, o livro se tornou objeto de uma atenção mais cuidadosa: ele tem sido valorizado como uma

¹ Legenda para os textos de Carl Schmitt citados:

Der Begriff des Politischen. Berlin, Duncker & Humblot, 1996, 6ª ed. (reimpressão da 2ª ed. de 1932) – BP

Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf. Berlin, Duncker & Humblot, 1994, 6ª ed. (reimpressão da 2ª ed. de 1928) – D

Der Hüter der Verfassung. Berlin, Duncker & Humblot, 1996, 4ª ed. (1ª ed. 1931) - HV
Politische Theologie. Berlin, Duncker & Humblot, 1996, 7ª ed. (reimpressão da 2ª ed. de 1934) – PT

Positionen und Begriffe. Berlin, Duncker & Humblot, 1988, 2ª ed. (1ª ed. 1940) - PuB
Römischer Katholizismus und politische Form. Stuttgart, Klett-Cotta, 1985 (reimpressão da 2ª ed. de 1925) – RK

“Staatsethik und pluralistischer Staat” (texto de 1930, posteriormente republicado em *Positionen und Begriffe*) – SpS

Verfassungslehre. Berlin, Duncker & Humblot, 1989, 7ª ed. (1ª ed. 1928) – VL

Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Stuttgart, Klett Cotta, 1982 (1ª ed. 1938) - LSTH

obra central na produção de Schmitt dos anos 20 e sua importância para uma compreensão mais matizada e complexa das suas idéias vem sendo ressaltada. Nessa perspectiva, acredito que a discussão desse texto permite enquadrar as idéias políticas de Carl Schmitt no contexto da sua crítica da modernidade e fornece elementos para uma abordagem mais precisa sobre o lugar que problemas como soberania, decisão e “político” ocupam no seu pensamento.

Como tantos outros trabalhos que Schmitt escreveu nos anos 20, *Römischer Katholizismus und politische Form* é enganadoramente breve nas suas dimensões, quase um folheto, e se constrói a partir de uma série de contraposições: entre catolicismo e modernidade, política e economia, racionalidade jurídica e racionalidade técnica. Para Schmitt, em um mundo crescentemente dominado pela lógica instrumental da técnica moderna, a Igreja Católica seria a verdadeira portadora de um princípio de forma jurídica e de uma idéia política. A seu ver, isso ocorreria sobretudo porque a Igreja seria a mais acabada expressão de uma *complexio oppositorum*. Ao contrário da experiência moderna da realidade, na qual, segundo ele, um “dualismo radical domina efetivamente em todas as esferas” (RK, 16), no catolicismo, os contrários se encontrariam reunidos em uma espécie de unidade capaz de abarcar (Schmitt usa o verbo *umfassend*) as mais diferentes oposições, sem reduzi-las, no entanto, a uma síntese qualquer². O que distinguiria a *complexio* católica seria, antes de tudo, a sua capacidade de “*formação [formierung]*” (RK, 24) da realidade. Assim, observa Schmitt,

considerada do ponto de vista da idéia política do catolicismo, a essência da *complexio oppositorum* romano-católica reside em uma superioridade especificamente formal sobre a matéria da vida humana, como nenhum Império até hoje conheceu. Aqui se alcança uma configuração substancial [*substantielle Gestaltung*] da realidade histórica e social, que, a despeito do seu caráter formal, se mantém na existência concreta, plena de vida, e, no entanto, é racional na mais alta medida. (RK, 14)

Esse trecho como que condensa um conjunto de idéias que está no centro da reflexão de Schmitt sobre o catolicismo romano. Ao mesmo tempo, é possível reconhecer aqui uma figura de fundo em contraposição à

² Segundo ele, “parece não haver contraposição que ela [a Igreja católica] não abarque [*umfasst*]” (RK, 11).

qual ganha um desenho próprio a imagem da *complexio* católica. Schmitt, com efeito, elabora a sua defesa da Igreja católica tendo como referência negativa a idéia de um racionalismo característico do que ele chama de “pensamento técnico-econômico”. Prestemos mais atenção a esse ponto.

Schmitt considera a Igreja católica de uma perspectiva que, na falta de palavra mais adequada, poderia ser caracterizada como fundamentalmente mundana. A imagem que emerge dessa análise do catolicismo está dirigida acima de tudo para sua força político-jurídica. A Igreja católica se distinguiria por uma racionalidade própria. “Esse racionalismo”, nos diz ele, “reside no institucional e é essencialmente jurídico” (RK, 23). Trata-se de uma capacidade de conformação da realidade humana que, ao contrário do racionalismo técnico, não se traduz em simples “domínio e utilização da matéria” (RK, 23). A *complexio* católica é concebida aqui em evidente oposição à natureza instrumental do “pensamento técnico-econômico”. Mas não só. Se é verdade que a imagem de uma racionalidade característica do catolicismo é pensada como a contrapartida de um modelo de razão consagrado pelo desenvolvimento técnico-científico, por outro lado, ela também se contrapõe, na análise de Schmitt, à dinâmica da própria modernidade, que nos é apresentada, significativamente, como a “época do pensamento econômico” (RK, 35). Mas, enfim, pode-se perguntar, o que diferencia o racionalismo moderno do seu contramodelo católico?

Em primeiro lugar, a Igreja católica, segundo Schmitt, não pode ser pensada no horizonte do “dualismo estrutural” da época moderna. O racionalismo católico não se nutriria da fratura entre espírito e natureza, pensamento e ser, sujeito e objeto que seria característica da instrumentalização da realidade pelo racionalismo técnico-econômico. A “potência [*Macht*] do catolicismo” (RK, 8) seria o resultado da sua capacidade de moldar a matéria viva da experiência, sem reduzi-la a esquemas abstratos. Esse movimento de dar forma à experiência se contrapõe, no argumento de Schmitt, à crença moderna na possibilidade de subjugação racional da realidade. Ao pensar o mundo como o seu outro, o racionalismo técnico-científico o esvaziaria de sentido, tornando-o objeto de um projeto de dominação que reproduz insistentemente as dissociações dualistas, sem lhes oferecer, entretanto, uma direção própria.

Nessa perspectiva, Schmitt se permite contrapor, em uma clara referência a Max Weber, o *terrisme* (RK, 18) dos povos católicos ao desenraizamento da *ascese intramundana* dos protestantes. O vínculo com a terra se apresenta aqui como a metáfora de uma atitude para a qual não faz sentido a antítese entre natureza e *ratio* (cf. RK, 18). Ao mesmo tempo, não

é difícil reconhecer nessa oposição entre catolicismo e protestantismo uma tentativa de afirmar a “paternidade” católica da política moderna, em contraposição à imagem, consagrada por Weber, de uma “ascendência” protestante da economia. No entanto, mais significativa, a meu ver, do que essa pretensão é a idéia de que o catolicismo representa a fonte de um tipo de racionalidade que não só se diferencia da versão técnico-científica moderna, mas também seria capaz de se opor à dominação incontestada dessa última.³ A peculiaridade da racionalidade jurídica do catolicismo estaria em uma “maneira de pensar interessada na condução normativa da vida social dos homens” (RK, 21). Dessa forma, a oposição que Schmitt estabelece entre os pares economia-técnica e política-direito diz respeito, antes de tudo, à possibilidade de algum tipo de condução e governo da realidade humana. Para ele, o racionalismo técnico-econômico no seu projeto de domínio e utilização do real seria presa de uma inevitável deriva, fruto da incessante reprodução das suas próprias premissas dualistas, revelando-se incapaz de estabelecer a partir delas qualquer tipo de unidade. À racionalidade característica do pensamento econômico, observa Schmitt, “lhe falta o todo [*das Alles*]” (RK, 37). A seus olhos, portanto, o racionalismo católico não pode meramente ser “o pólo com alma da ausência de alma [*die seelenvolle Polarität der Seelenlosigkeit*]” (RK, 19), mas sim uma maneira de pensar que permita superar esse tipo de polaridade e deter aquela deriva. Por isso, o catolicismo possui uma “força criadora racional” própria que

dá uma direção à escuridão irracional da alma humana, sem levá-la à força até a luz. Ela não dá, como o racionalismo técnico-econômico, receitas para a manipulação da matéria. (RK, 24)

Na interpretação de Schmitt sobre o catolicismo, a técnica é analisada como fruto de uma crescente racionalização dos meios em detrimento da racionalidade dos fins. Como ele próprio observa, para o pensamento técnico-econômico,

³ Nessa perspectiva, Catherine Colliot-Thélène afirma que, a despeito dos seus pontos de convergência, Schmitt mantém uma relação marcadamente polêmica com Max Weber. Mais do que uma réplica do católico ao protestante, a análise de Schmitt em RK seria uma “réplica do político ao economista” (COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine - *Carl Schmitt contre Max Weber: rationalité juridique e rationalité économique* in HERRERA, Carlos-Miguel (org.) - *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 211). Segundo ela, “a obra weberiana se apresenta, aos olhos de Schmitt, como uma expressão emblemática da hegemonia adquirida pelo ‘pensamento econômico’” (ibid., p. 215).

denomina-se “racional” um mecanismo de produção que serve a qualquer necessidade material, sem que se pergunte pela única racionalidade essencial, a racionalidade do fim [*der allein wesentlichen Rationalität des Zweckes*] para o qual o mecanismo sumamente racional está disponível. (RK, 26)

Essa caracterização da racionalidade da técnica moderna é de central importância na discussão de Schmitt sobre a especificidade do racionalismo da Igreja católica e, portanto, sobre a natureza da forma político-jurídica. O desconhecimento do problema dos fins característico do desenvolvimento técnico-científico acabaria por conduzir a uma concepção de racionalidade despojada de todo conteúdo e centrada nos princípios do cálculo, da eficiência e da previsibilidade, uma racionalidade, enfim, que “só conhece um tipo de forma, ou seja, a precisão técnica” (RK, 34). A forma técnica, se apresenta acima de tudo como uma “forma vazia” (RK, 19). A sua “imperturbável objetividade [*unbeirrte Sachlichkeit*]” (RK, 22) pressupõe, em última análise, a eliminação de toda e qualquer definição normativa de caráter substantivo. Assim, a crítica de Schmitt à racionalidade instrumental, deriva menos do receio de uma sociedade administrada – problema que, diga-se de passagem, não é estranho à sua reflexão – do que de uma convicção de que semelhante racionalidade não é capaz de governar a vida social e de lhe conferir uma forma própria. Dessa maneira, o caráter instrumental e vazio da racionalidade econômica se opõe, na sua análise, à maneira de pensar normativa característica da *complexio* católica e ao conteúdo substantivo da forma jurídica.

Todavia, Schmitt não relaciona, como se poderia imaginar, essa dimensão normativa do catolicismo aos princípios morais da religião cristã. Estamos distantes de uma tentativa de restaurar algo semelhante a um direito natural cristão. O caráter normativo da “idéia política do catolicismo” tem como premissa uma racionalidade institucional, capaz de compreender e configurar na unidade das suas formas a natureza múltipla e contraditória da experiência concreta. É esse enraizamento no concreto que faz da forma jurídico-política, por definição, uma “forma substancial” (RK, 50).

Para Schmitt, o que distingue a orientação normativa da racionalidade católica é a sua capacidade de transcender o imediato da realidade e incorporá-la em uma ordem que pressupõe algum tipo de princípio de totalização. O pensamento técnico-econômico, em contrapartida, resultaria de um ponto de vista puramente imanente; trata-se de um pensamento

que “se mantém absolutamente objetivo [*sachlich*], ou seja, nas coisas [*bei den Dingen*]” (RK, 27). Mas, afinal, em que consiste mais precisamente esse “permanecer nas coisas”? Creio que duas questões básicas estão envolvidas nessa idéia.

Em primeiro lugar, está em jogo nessa afirmação a imagem de que a *Sachlichkeit* (objetividade) do pensamento técnico-econômico é inseparável de uma perspectiva que reduz a realidade à sua mera *Dinghaftigkeit* (condição de coisa)⁴. A “objetividade absoluta” desse pensamento não se diferencia daquela que é própria de um objeto ou de uma coisa na sua muda materialidade. Trata-se de uma concepção da realidade, e em particular da realidade social, que a despoja de todo e qualquer significado e conteúdo próprios, transformando-a em um mero mecanismo. Como observa Catherine Colliot-Thélène, para Schmitt, a técnica e a economia moderna são solidárias da imagem da natureza e do conceito de verdade inaugurado pela ciência no século XVII⁵. Em ambos os casos a realidade se vê reduzida a um conjunto de processos mecânicos que, em tese, obedecem às suas próprias leis, desconhecem considerações normativas e não admitem intervenção do arbítrio humano. Esse último introduziria um dado de singularidade e contingência, sob todos os aspectos estranho a uma regularidade supostamente impessoal. Em última análise, para o pensamento técnico-econômico, observa Schmitt, “o político é não-objetivo [*unsachlich*]” (RK, 27). Como se fossem a expressão de uma necessidade natural, os processos da técnica e da economia seguiriam uma lógica autônoma, independente da vontade dos agentes sociais. Sendo assim, “nem os homens, nem as coisas precisam de um ‘governo’, caso se deixe o mecanismo da esfera econômica e da esfera técnica entregue à sua legalidade [*Gesetzmäßigkeit*] imanente” (RK, 60). A contraface de uma imagem reificada da vida social estaria na afirmação de uma ordem imanente às próprias coisas. Nesse quadro, o problema da autoridade política e do governo dos homens sobre os homens se apresenta como “uma interferência na máquina que funciona por si mesma” (RK, 45). Para Schmitt, essa crença na possibilidade de derivar a ordem da sua dinâmica imanente implica conceber a atividade humana e a vida social de forma coisificada, reduzindo-a à sua dimensão exclusivamente material.

Ao pensar a atividade humana de forma coisificada, em função da sua mera *Dinghaftigkeit*, o pensamento técnico-econômico não se

⁴ Para o uso da expressão *Dinghaftigkeit*, vide RK, 35.

⁵ Cf. COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine - op. cit., pp. 218-219.

mostraria capaz de transcender a realidade na sua dimensão mais imediata, tornando-se presa daquilo que é efetiva e materialmente dado. Com isso, chegamos ao meu segundo ponto. O “permanecer nas coisas” característico do pensamento técnico-econômico envolve não só uma imagem reificada da realidade, mas também uma espécie de recusa a conceber algo que esteja para além do mundo das coisas. Ele implicaria assumir o ponto de vista da plena imanência e renunciar a toda compreensão da vida social que não partisse de seu aqui-e-agora empírico. De fato, observa Schmitt, tal pensamento “exige uma presença real das coisas [*Realpräsenz der Dinge*]” (RK, 35). No entanto, seria justamente essa perspectiva, no que ela tem de materialista e, sobretudo, no seu apego à imanência, que lhe impediria de compreender o processo de “configuração de ordem e unidade”, de que a *com-plexio* católica seria exemplar. Tal processo envolveria uma “dimensão ideal” que, aos olhos de Schmitt, não está ao alcance de uma consideração imanente. A constituição da ordem política não se esgota na mera efetividade daquilo que existe como um dado empírico, ela exige tanto um movimento de justificação normativa quanto de configuração de uma unidade. Nesse sentido, observa Schmitt,

enquanto existe um resíduo de idéia, também domina a concepção de que diante da efetividade daquilo que é materialmente dado [*gegebenen Wirklichkeit des Materiellen*] há algo de pre-existente, transcendente, e isso significa sempre uma autoridade de cima para baixo [*von oben*] (RK, 45).

Por sua “adesão” às coisas, escaparia ao pensamento técnico-econômico esse elemento de transcendência que, segundo Schmitt, é inerente ao processo de constituição da unidade política. O caráter imanente desse pensamento reduziria a compreensão da realidade àquilo que já está dado na existência empírica. A técnica e a economia se apresentam, dessa forma, como produtos da orientação mundana e secular da modernidade. Tanto uma quanto a outra remetem a uma compreensão unidimensional da experiência social e política; compreensão essa que a reduz a um conjunto de processos regidos por uma lógica imanente e que a esgota no aqui-e-agora de algo empiricamente presente. Assim, a antítese entre economia-técnica e política-direito está inserida em uma perspectiva mais ampla que afirma a impossibilidade de esgotar a experiência na sua dimensão imediata e material, de limitar a ordem a um conjunto de processos mecânicos e técnicos, de restringir a vida social a uma concepção objetivante e coisificada;

uma perspectiva, enfim, que pretende contrapor à imanência da época moderna a necessidade de um elemento ideal e transcendente na constituição da unidade política.

A *complexio* católica se apresenta, na análise de Schmitt, como o exemplo mais acabado de uma ordem que encontra coerência e unidade em um princípio de totalização que está para além da realidade imediata. Um dos fatores que distingue a racionalidade da Igreja como “portadora do espírito jurídico” (RK, 31) seria a sua remissão a uma dimensão transcendente. A “força criadora racional” do catolicismo estaria no fato de que a sua organização institucional remonta à própria pessoa de Cristo (cf. RK, 24). Porém, já observei, Carl Schmitt interpreta essa estrutura transcendente da racionalidade católica do ponto de vista do seu significado jurídico, interessa-lhe “compreender o religioso juridicamente” (RK, 49). O catolicismo romano, como o próprio título do livro indica, constitui, a seu ver, um modelo de forma política. A Igreja, em virtude da sua “capacidade de forma” (RK, 38), possui um caráter exemplar e, justamente por isso, “presupõe a seu lado o Estado político” (RK, 42).

Mas em que medida o catolicismo se apresenta como modelo para Schmitt? Parte da resposta já sabemos: a Igreja é portadora de uma racionalidade própria; uma racionalidade concreta, que, à diferença daquela dominante na modernidade, se revelaria capaz de dar forma e unidade aos elementos contraditórios da vida, sem pretender esgotá-los nas formas abstratas de um pensamento fechado em si mesmo. A racionalidade do catolicismo se apresenta, na análise de Schmitt, como o duplo invertido da compreensão econômica e técnico-científica da realidade consagrada no mundo moderno. Ao contrário dessa última, não apresentaria um caráter dualista, mas revelaria um potencial unificador e totalizante; não se confundiria com as formas vazias da precisão e da calculabilidade, mas exibiria uma natureza normativa e substancial; não se esgotaria nos esquemas reificados de uma perspectiva imanente, mas possuiria uma estrutura transcendente.

O eixo dessas oposições se encontra, segundo Schmitt, na natureza representativa da Igreja. Para ele, a “peculiaridade formal do catolicismo romano reside na rigorosa realização do princípio da representação” (RK, 14). A Igreja, afirma ele, “representa” a própria pessoa de Cristo, através dela o fenômeno da encarnação se “atualiza” e o filho de Deus se mantém “presente” entre os homens. Schmitt, no entanto, se revela menos interessado na dimensão mística dessa presença – a Igreja como a comunidade dos fiéis batizados em Cristo e o seu Corpo Místico –, do que

no seu caráter institucional. Para ele, semelhante presença ganharia concretude e visibilidade na estrutura institucional da Igreja, que não só remonta ao próprio Cristo, mas torna possível a sua “personificação” no exercício da função sacerdotal e, portanto, no interior de uma cadeia de ofícios. A Igreja realiza, nas palavras de Schmitt, “uma representação concreta, pessoal de uma personalidade concreta” (RK, 31). A peculiaridade formal e a força normativa da representação eclesiástica se evidenciariam no fato de que essa atualização da presença de Cristo na Igreja confere uma dignidade pessoal ao sacerdote, ao mesmo tempo que a desvincula da sua pessoa individual. Através da dissociação entre ofício e carisma, o que poderia haver de desmedido na irracionalidade da experiência religiosa ganha uma direção específica e é contido dentro dos limites de uma arquitetura institucional (cf. RK, 23-24). A força da “idéia política do catolicismo” estaria na sua capacidade de conformar a realidade humana a partir de um princípio de unificação que transcende essa mesma realidade e, ao mesmo tempo, se atualiza nela. Representação e “capacidade de forma” são, nessa perspectiva, as duas faces de uma mesma moeda. Se a Igreja é “portadora do espírito jurídico” e de uma racionalidade específica, isso se deve ao fato de que ela dá à vida social unidade e direção, conferindo-lhe uma ordem própria através da mediação de um princípio transcendente na experiência concreta. Sendo assim, para utilizar os termos de Hasso Hofmann, a Igreja se apresenta para Schmitt como um modelo do processo através do qual se realiza “a transformação de uma condição qualquer em uma condição jurídica”⁶. Esse processo pressupõe um movimento de configuração daquilo que existe a partir de algo que, por definição, não é um dado empírico. Em contraposição à lógica da imanência dominante no mundo moderno e à *Dinghaftigkeit* do pensamento técnico-econômico, a Igreja se apresenta como o exemplo por excelência de uma mediação entre ideal e real⁷. Nesse sentido, acredita Schmitt, “a sua superioridade sobre uma época de pensamento econômico está na dimensão representativa [*im Repräsentativen*]” (RK, 32).

Creio que agora começam a ficar mais claras algumas das questões envolvidas na oposição que Schmitt estabelece entre política e economia, catolicismo e modernidade. Mesmo assim, vejamos esse ponto com mais vagar, considerando alguns aspectos do conceito-chave dessa

⁶ HOFMANN, H. – *Legalità contro legittimità*. Nápoles, ESI, 1999, p. 93.

⁷ Para essa idéia, ver, em particular, NICOLETTI, M. – *Trascendenza e potere*. Brescia, Morcelliana, 1990 (cap. VII) e DUSO, Giuseppe - *La Rappresentanza: un Problema di Filosofia Politica*, Milão, Franco Angeli, 1988 (cap. IV).

discussão. Refiro-me, evidentemente, à idéia de *Repräsentation*⁸. Para tanto, a minha análise que, até aqui se restringiu ao livro sobre o catolicismo, incluirá também a sua *Verfassungslehre* (Teoria da Constituição), de 1928.

Em primeiro lugar, o conceito de representação proposto por Schmitt em *Catolicismo Romano e Forma Política*, e posteriormente retomado em *Teoria da Constituição*, é indissociável de uma dimensão ideal. Como ele próprio observa, não se trata de “um conceito com caráter de coisa [*dinghafter Begriff*]” (RK, 36). De fato, como disse há pouco, aquilo que se representa não é um dado da realidade imediata, mas sim algo que, por definição, a transcende. Por esse motivo, Schmitt pode afirmar que

Deus, ou o povo na ideologia democrática, ou idéias abstratas como liberdade e igualdade são conteúdos concebíveis de uma representação, mas não produção e consumo (RK, 36).

Esse elemento ideal envolvido no ato de representar se encontra, na análise de Schmitt, em evidente contraposição à imanência do pensamento técnico-econômico. Enquanto produção e consumo pressupõem “a presença real das coisas”, a representação dá figura e forma a algo que não existe como um dado imediato. A unidade daí resultante não nasce das próprias coisas, mas da sua configuração unitária, a partir de uma instância ou um princípio transcendente, seja ele Deus ou, de um ponto de vista secular, uma idéia. A representação, aos olhos de Schmitt, implica um movimento de mediação entre esse princípio ideal, que excede a experiência empírica, e a realidade concreta. Sendo assim, a constituição de ordem e unidade através da atividade representativa contém em si um componente irreconciliável com uma perspectiva que reduza a realidade à sua dimensão imanente e imediata. Não se representa algo que já está presente, mas sim algo que vem a ser presentificado.

O “parentesco no plano da forma [*Verwandtschaft im Formalen*]” (RK, 50) que Schmitt acredita ser possível firmar entre a representação eclesiástica e a estatal reside no fato de que, em ambos os casos, a constituição de uma ordem e de uma unidade concretas, ou seja, de uma *complexio oppositorum*, remete a um princípio de totalização que não está dado no mundo das coisas. O Cristo que se faz presente na Igreja excede a realidade imediata, da mesma forma que “o ‘todo’ do povo [*das ‘Ganze’ de Volkes*] é apenas uma idéia” (RK, 45). Representar a unidade

⁸ Para o que se segue, o texto já citado de Giuseppe Duso constitui uma importante referência.

do povo significa, portanto, conferir expressão concreta, visibilidade, forma a uma noção ideal e, em última análise, transcendente. Se é verdade, como pretende Schmitt, que a Igreja “pressupõe o Estado a seu lado”, isso resulta do fato de que entre os dois seria possível reconhecer uma analogia estrutural baseada no princípio da representação⁹.

A insistência de Schmitt nesse elemento ideal e transcendente traz consigo uma série de desdobramentos para o seu conceito de representação. Com efeito, como procurei observar há pouco, o representar implica, para ele, um movimento de presentificação de algo que não está dado na experiência empírica. Nesse sentido, a representação política significa configurar aquilo que existe a partir de uma noção ideal que dessa maneira ganha figura e existência concreta. Na *Teoria da Constituição*, ele irá formular esse problema em termos da relação entre visível e invisível, presença e ausência:

representar significa tornar visível e presentificar [*sichtbar machen und vergegenwärtigen*] um ser invisível por meio de um ser publicamente presente [*ein öffentlich anwesend Sein*]. A dialética do conceito reside no fato de que o invisível é pressuposto como ausente [*abwesend*] e, todavia, ao mesmo tempo, tornado presente [*anwesend*] (VL, 209-210).

Para Schmitt, a unidade de um povo, a idéia de ordem política são representados na medida em que não constituem uma realidade previamente presente, assumindo, portanto, visibilidade e presença através da representação. Essa última, “ao dar forma ao ‘todo do povo’”, faz algo mais do que simplesmente colocar-se no seu lugar, em alguma medida “ela o cria”. Por isso, Schmitt insiste na idéia de que a representação (*Repräsentation*) não se reduz a um mero “estar em lugar de” (*Stellvertretung*) (cf. RK, 36), não se confundindo com as noções de mandato e delegação. O representado, sob determinados aspectos, é um produto da própria representação e não alguma coisa que a antecede. Nesse sentido, a representação política se distingue da eclesíastica pelo fato de que o Cristo que se torna presente na Igreja não é, e não pode ser, criado

⁹ Existiriam, no entanto, diferenças de natureza ontológica entre a representação do divino na Igreja e a representação de uma idéia secular de ordem no Estado. Como o próprio Schmitt observa, o catolicismo “representa algo de diverso e maior em relação à jurisprudência mundana, ou seja, não apenas a idéia de justiça mas a pessoa de Cristo” (RK, 50). Não pretendo ignorar esse aspecto do problema, apenas estou mais interessado em sublinhar as semelhanças estruturais do que as diferenças ontológicas.

pelo ato da representação¹⁰. A presentificação política, até certo ponto, remete a si mesma e não a um referente externo. Ainda que implique uma dimensão transcendente, esta não está dada fora da representação, mas é pressuposta e, em última análise, “posta” por ela, distinguindo-se, assim, da natureza substancial da transcendência divina.

O movimento de formação característico do ato de representar tem, portanto, uma dupla direção: ele se dirige a uma idéia abstrata e ausente, conferindo-lhe forma concreta e presença visível e, ao mesmo tempo, à “matéria da vida humana”, que, dessa maneira, vem a ser formada e configurada¹¹. Nesse sentido, observa Schmitt, a Igreja, “de maneira conseqüente, representa ‘de cima para baixo’ [*von oben*]” (RK, 43). A ação do representante não resulta de uma autorização ou de uma delegação, não se apresenta, portanto, como a expressão de uma vontade antecedente; a representação, enfim, não se confunde com o mandato. Nada mais característico dessa perspectiva do que as observações de Schmitt sobre o parlamento moderno. Segundo ele, enquanto foi capaz, por oposição ao monarca, de se apresentar como uma representação do conjunto da nação, o parlamento conservou um caráter representativo. Nesse quadro, os representantes teriam em relação ao eleitorado e aos interesses da vida social uma posição de independência. Com efeito, observa Schmitt,

o sentido elementar do princípio representativo reside no fato de que os deputados são representantes de todo o povo e, por isso, possuem uma dignidade independente em relação aos seus eleitores sem deixar de derivar essa dignidade do povo (e não dos eleitores individuais) (...) Isso significa, ao menos em tese, que, na personificação do povo e na unidade do parlamento como seu representante, se dá uma *complexio oppositorum*, ou seja, uma *complexio* da multiplicidade de partidos e interesses em uma unidade, que como tal é concebida de maneira representativa e não em termos econômicos (RK, 44).

¹⁰ Esse problema foi formulado de maneira precisa por Carlo Galli. Segundo ele, quando comparada com a “forma gloriosa” da Igreja e sua representação de uma realidade substancial, divina, a representação estatal revela toda a sua carência de fundamento e garantia, apresentando-se como uma representação de uma “idéia ausente de ordem”, cf. GALLI, Carlo – *Genealogia della Política*, Bolonha, Il Mulino, 1996, cap. VI; “Presentazione” in SCHMITT, Carl – *Cattolicesimo Romano e Forma Política*, Milão, Giuffrè, 1986; “Mediazione e decisione” in *Il Centauro*, n° 15, 1985; sobre esse ponto, ver também NICOLETTI, M. - op. cit., cap. VII.

¹¹ Para a dupla direção da representação, cf. NICOLETTI, M. - op. cit., p. 243.

Se o representante “deriva a sua dignidade do povo” não é porque ele a obtém do povo, mas por que ele, paradoxalmente, constitui o povo ao representar a sua própria unidade. A sua autoridade, por assim dizer, não vem “de baixo”, mas “de cima” (*von oben*), do fato de que ele “personifica” essa idéia, tornando-a visível e presente no mundo das aparências. Por isso, Schmitt insiste na noção de que “apenas uma pessoa pode representar em um sentido eminente e, na verdade, (...) uma pessoa dotada de autoridade [*autoritäre Person*]” (RK, 36). Essa personificação é, para ele, um elemento central da constituição de uma forma política, ou, como se diz na *Teoria da Constituição*, de uma *Staatsform*, de uma forma de Estado. Através da “forma”, observa Schmitt, se dá a “apresentação [*Darstellung*] da unidade política”. Por isso, “em todo Estado, deve haver homens que possam dizer: *l’Etat c’est nous*” (VL, 207).

A natureza ideal e, simultaneamente, pessoal da representação implica não só a “independência” do representante, mas também a “afirmação de uma diferença hierárquica”. A personificação de um “valor superior” (RK, 36), nos diz Schmitt, confere àquele que a realiza uma “dignidade particular” (RK, 36), de tal maneira que a pretensão de representar é, ao mesmo tempo, uma pretensão de autoridade (cf. RK, 45). A importância da representação no pensamento de Carl Schmitt é indissociável do pressuposto de que toda ordem política exige algum tipo de estruturação hierárquica, sem o que não haveria como estabelecer a diferença específica sobre a qual se baseia o próprio ato de governar. Em última análise, a crença em uma ordem fundada em si mesma seria a expressão mais radical e, ao mesmo tempo, mais conseqüente da imanência do pensamento técnico-econômico. A eliminação da atitude representativa do horizonte da experiência moderna teria como resultado extremo a eliminação do próprio governo e da política como dimensões necessárias da constituição de ordem na vida social.

O fato de que o representante desempenha esse papel de apresentação (*Darstellung*) é indissociável do reconhecimento da natureza eminentemente pública do ato de representar. Para Schmitt, não há representação que possa prescindir de algum tipo de visibilidade, já que essa última é a condição através da qual se produz uma “aparição [*Erscheinung*] concreta” (VL, 210) do ser representado. A idéia da unidade política de um povo se realiza a partir do momento em que vem a público, tornando-se visível e aparente por meio da ação pessoal do representante. Essa última, portanto, se dá sempre “*on a public stage*”¹². A efetividade da representação política

¹² A expressão pertence ao rei Stuart Jaime I e é citada por Schmitt em LSTH, 54.

não dependeria, portanto, de uma autorização, mas sim do fato de que o público ao qual se dirige se reconhece como um todo na atuação do representante¹³. Essa dimensão pública estaria em clara oposição à “fundamentação liberal na esfera do privado” (RK, 49). Enquanto Schmitt associa a publicidade à atualização de um “todo”, o privado é identificado à fragmentação em uma pluralidade de interesses. Para ele, o movimento de privatização característico da sociedade burguesa a teria tornado incapaz de uma autêntica atividade representativa¹⁴. Na ordem liberal, o princípio da representação se transformaria na idéia de uma representação-mandato, que Schmitt normalmente designa com as palavras *Vertretung* e *Stellvertretung*. Com isso, o significado público e formativo da *Repräsentation* cederia lugar a uma concepção eminentemente privada e a considerações técnico-práticas ou simplesmente econômicas. Nesse caso, o representante se colocaria em uma situação de dependência em relação à vontade do representado e a própria representação se veria reduzida a uma dimensão puramente funcional.

Para Schmitt, pelo contrário, a representação possui um sentido existencial. Esse é um ponto enfatizado na *Teoria da Constituição*. Segundo ele, “a representação pertence à esfera do político e, por isso, é na sua essência algo de existencial” (VL, 211)¹⁵. A aproximação entre a existencialidade do ‘político’ e a atividade representativa tem algumas implicações importantes. Em primeiro lugar, como sempre em Schmitt, essa dimensão existencial é definida em contraposição a um entendimento normativo da realidade política. Para ele, a natureza da representação não pode ser derivada de um sistema de normas, mas envolve a produção de publicidade. Se é verdade que a presença de uma unidade política é a condição de uma situação normal (cf. SpS, 159-160), por outro lado é preciso que ela seja visível para ser publicamente reconhecida. Sendo assim, a representação teria um papel decisivo na constituição de um quadro de normalidade capaz de assegurar a vigência de princípios normativos. Dessa maneira, Schmitt pode afirmar que

¹³ Nesse sentido, Hasso Hofmann pode afirmar que, em Schmitt, a atividade do representante pode apenas ser confirmada (jamais autorizada) pelos representados, através da sua confiança e consenso (cf. op. cit., p. 184). De maneira semelhante, Giuseppe Duso afirma que a atividade representativa implica um elemento de confiança e de fé na unidade produzida (cf. *La Rappresentanza: un problema di filosofia politica*, p. 106).

¹⁴ Sobre esse ponto, ver, além de RK, o prefácio à segunda edição de PR.

¹⁵ Em VL, essa insistência na dimensão existencial da representação implica uma atenuação do pólo institucional da análise de Schmitt, cf. DUSO, Giuseppe – op.cit., pp. 88 e 105.

não se apreende a diferença entre o governo de uma coletividade ordenada e o poder [*Macht*] de um pirata através de concepções de justiça, utilidade social e outras normatividades, porque o ladrão também pode fazer jus a todas essas normatividades. A diferença reside no fato de que o autêntico governo ‘representa’ a unidade política de um povo e não o povo na sua existência natural [*natürlichen Vorhandensein*] (VL, 212; grifo do autor).

A natureza existencial da representação implica não só a sua autonomia em relação a considerações de caráter normativo, mas também a sua precedência. É preciso, pode-se supor pelo trecho acima, que a justiça e a utilidade social sejam reconhecidas como algo que diz respeito ao todo para que façam sentido como normas dotadas de validade geral. Schmitt, da mesma forma que Hobbes, considera que a definição de um espaço público é a condição de validade dos princípios normativos. Nesse sentido, é preciso estabelecer uma hierarquia entre os homens para que as normas possam ser concretamente interpretadas, aplicadas, mas também instituir algum tipo de visibilidade e publicidade que assegure o seu reconhecimento coletivo. Na verdade, as duas questões não se distinguem no pensamento de Schmitt, pois, como vimos, a representação é, a seu ver, inseparável da constituição de uma autoridade pública e, portanto, da diferença entre governantes e governados.

Por outro lado, a existencialidade da representação faz com que ela esteja referida à possibilidade extrema que distingue o “político”, ou seja, o conflito. Como Hasso Hofmann bem reconheceu, se é verdade que a representação é sempre uma representação da idéia de unidade política de um povo, essa última, já sabemos, pode mobilizar os mais diferentes conteúdos. Dessa forma, é possível afirmar que, para Schmitt, “a representação é essencialmente luta pela representação”¹⁶. O estabelecimento de uma situação normal resulta da afirmação e da vitória de uma idéia de ordem sobre outras. O espaço público instituído pela representação e o “todo do povo” que se tornam presentes e visíveis por seu intermédio são o produto de um ato de exclusão, jamais a expressão de uma unidade contida em si mesma. A representação política, no sentido que a entende Schmitt, não pode ser a expressão de um modelo universalmente

¹⁶ HOFMANN, Hasso - op. cit., p. 185. Como observa o próprio Schmitt em VL, “a luta pela representação é sempre uma luta pelo poder político” (VL, 212).

válido de ordem; ela não exhibe um fundamento próprio, mas é apenas a condição de uma forma substancial, cujo conteúdo preciso permanece indeterminado.

* * *

Idealidade, transcendência, caráter pessoal, hierarquia, publicidade, existencialidade estão vinculadas, na análise de Schmitt, ao princípio da representação, e se contrapõem à imagem de uma ordem “objetiva”, imanente, impessoal, horizontal, privada; uma ordem, enfim, que conteria em si mesma o seu próprio princípio de totalização. Para ele, a representação não é um modo de dar expressão à vontade popular ou aos interesses sociais, mas sim uma maneira de constituir e formar a “unidade do todo [Ganzen]” (VL, 214). A sua importância na “condução normativa da vida social” está diretamente associada ao fato de que através dela algo de essencialmente informe, a realidade da vida política, assume uma forma própria. A configuração de forma política implica, ao mesmo tempo, a constituição de identidade coletiva. A atividade representativa se apresenta em Schmitt como uma espécie de princípio de identificação que torna possível o reconhecimento público do caráter unitário da vida coletiva. A construção dessa identidade pressupõe uma estruturação vertical do espaço público. A diferença hierárquica sobre que se baseia a autoridade do representante é um fator constitutivo dos vínculos de dominação e subordinação que caracterizam a ordem política (cf. VL, 5). O espaço público, nessa perspectiva, se define como um universo de relações verticais, no qual, por meio de um duplo movimento de apresentação e reconhecimento, se configura uma totalidade, o “todo do povo”, que transcende a experiência empírica. Por outro lado, ainda que a representação política não possua, no pensamento de Carl Schmitt, um fundamento normativo, ela é a condição de uma validação substantiva da existência política. A representação, ao tornar visível a idéia de unidade política de um povo, é um fator de produção de consenso e torna possível o reconhecimento público dos conteúdos e dos valores sobre os quais se funda a própria ordem.

O seu conceito de representação, no entanto, tem um caráter estritamente formal. Mesmo quando discute o papel normativo da representação política, Schmitt evita defini-lo em termos substantivos. Se o princípio da representação está associado à “condução normativa da vida social”, isso não se deve ao fato de que ele garanta a realização de uma hierarquia de valores previamente dada. Na verdade, como se vê em

Catolicismo Romano e Forma Política, esse papel normativo está associado fundamentalmente à conformação unitária da vida política, à criação de uma *complexio*. À semelhança do modelo eclesiástico, a representação estatal realiza uma mediação entre idéia e realidade, por meio da qual essa última adquire uma forma própria. Por outro lado, como insiste Schmitt em diferentes oportunidades, essa forma criada pela representação possui um caráter substancial. Em primeiro lugar, ela não se confunde com a natureza abstrata, contida em si mesma, auto-referente e fundada em dualismos das formas da razão técnico-econômica. A forma jurídico-política possui, segundo Schmitt, um caráter concreto, aberto à “matéria da vida humana” e capaz de configurar as suas contradições e a sua multiplicidade em uma unidade compreensiva. Ela tampouco se assemelha às formas vazias da objetividade, precisão e calculabilidade da técnica moderna. Mesmo não sendo derivada de um conteúdo normativo, a forma jurídico-política é substancial porque, em última análise, envolve na sua própria concretização a convicção compartilhada em torno de uma idéia substantiva de ordem.

O vínculo que Schmitt estabelece entre princípio representativo, forma jurídico-política e condução normativa da vida social me parece central para uma análise mais matizada do seu pensamento, uma análise que faça jus às suas ambivalências e ambigüidades. Seria um equívoco imaginar que a sua insistência na dimensão conflitiva da vida coletiva e na ausência de fundamento da ordem significa uma valorização unilateral dos elementos irracionais da existência social. Hugo Ball está correto quando afirma que um tema central do pensamento de Schmitt está na relação entre o racional e o irracional¹⁷. Não se trata, para Schmitt, de opor à “mitologia mecanicística e matemática” (RK, 33)¹⁸ da época moderna uma concepção igualmente dualista que recusa toda dimensão normativa em nome do primado da vida e da existência. Conceber a vida política nesses termos equivaleria a reduzi-la à sua dimensão puramente factual, recaindo, em alguma medida, na mesma *Dinghaftigkeit* do pensamento técnico-econômico ou então na defesa de uma positividade não muito distinta daquela que o próprio Schmitt ataca no positivismo jurídico. O seu problema não está em afirmar os direitos do individual em face do universal, do

¹⁷ Cf. BALL, Hugo. “La teologia politica di Carl Schmitt” (1924) in SCHMITT, Carl - *Aurora Boreale*. Nápoles, ESI, 1995.

¹⁸ A idéia de que a época moderna seria uma “época mecanicística” é um tema central da sua crítica à modernidade em RK e em um livro anterior, datado de 1916, *Theodor Däublers “Nordlicht”. Drei Studien über die Elemente, den Geist und die Aktualität des Werkes* (em particular, cap. III).

irracional frente ao racional, do poder perante o direito, da particularidade das relações de força diante da generalidade das normas jurídicas, mas sim de encontrar uma mediação entre esses termos. É nesse enquadramento conceitual que precisam ser interpretados os temas da decisão soberana e do conflito político em Carl Schmitt¹⁹.

Com efeito, a análise da soberania no pensamento de Schmitt está associada à afirmação da impossibilidade de conter o conjunto da experiência concreta no interior de uma ordem normativa; ou, o que dá no mesmo, à crítica da imagem do direito como uma realidade auto-suficiente. Ao se articular em torno dos eixos exceção e decisão, essa análise assume a necessidade do conflito e da violência como fatores de instauração da ordem e impõe o reconhecimento de um dado irracional originário que seria inerente a toda racionalidade normativa. Todavia, seria um engano reduzir o exercício da decisão soberana ao mero aspecto da força e ao puro e simples poder, como se soberania nada mais fosse do que uma espécie de memória do estado de natureza em plena ordem civil. Como o próprio Schmitt observa, “o poder [*Macht*] não prova nada para o direito”. Nessa perspectiva, prossegue ele, “o vínculo entre o poder supremo de fato e o de direito é o problema fundamental do conceito de soberania” (PT, 26).

Ainda que não possa ser deduzida das normas jurídicas, a decisão soberana extrairia sua razão de ser de um vínculo com o direito e com uma idéia de racionalidade jurídica. Concebê-la exclusivamente como uma mera manifestação de força e poder significaria a anulação da sua qualidade especificamente jurídica; significaria, em última análise, renunciar à pretensão que tem o direito de governar a existência concreta. A decisão soberana se distinguiria de uma imposição arbitrária e ocasional pelo fato de criar as condições concretas da vigência do direito, introduzindo na situação a ser governada algum grau de previsibilidade e estabilidade. No nada normativo do estado de exceção, o estabelecimento de uma situação normal está associado à exclusão das decisões alternativas e, portanto, das possibilidades conflitantes de ordem. A constituição da normalidade implica a determinação de um sentido para o interesse público e, portanto, a conformação da realidade a partir de uma certa idéia de ordem. A decisão do soberano sobre o estado de exceção se define em relação à norma que ela própria exclui. Dito de outra maneira: a exceção é sempre

¹⁹ O que se segue deve em grande medida aos trabalhos já citados de Carlo Galli e Michele Nicoletti

uma exceção em face de uma determinada idéia do direito. Na exceção, se demonstra, é verdade, a anterioridade e a independência da decisão em relação à norma, assim como a impossibilidade de conceber essa última como fundamento da ordem. Mas não só. Também torna-se evidente, insisto, o vínculo entre a decisão e uma idéia de ordem normativa. Faz parte da própria natureza da decisão soberana o paradoxo que, segundo Schmitt, seria característico da ditadura, ou seja, ela “ignora o direito (...) para realizá-lo” (D, XVIII).

Essa “realização do direito” implica, portanto, uma configuração da vida social segundo determinados parâmetros de normalidade, em virtude dos quais a realidade concreta ganha uma forma própria e as relações entre os homens podem ser submetidas a regras comuns. A transposição do direito na realidade envolve uma tensão entre a idéia de ordem e a natureza contingente e indeterminada da situação concreta à qual ela se aplica. Ao instaurar uma situação normal a partir do caso de exceção, a decisão soberana, na verdade, concretiza uma idéia de normalidade; ela realiza, em última análise, uma mediação entre o dever-ser do direito e o ser da realidade. Assim, em contraste com a noção de uma normalidade de princípio implícita nos dualismos da época moderna – ou seja, em contraste com a convicção de que o direito, a moralidade, as leis da razão, as normas da técnica são válidas em todas as circunstâncias –, Schmitt recorre a uma outra polaridade. Uma polaridade que, segundo ele, “retira desses conceitos a capacidade de se contraporem ao ‘poder’ [*Macht*] sob a forma de oposições sumárias”²⁰. Trata-se, enfim, da “oposição fundamental”²¹ entre normalidade e exceção. Para ele, essa traz para frente de cena o *quis judicabit?* de uma decisão pessoal, que se apresenta não só como o fundamento de validade de uma ordem normativa, mas também como instância de mediação entre essa última e a realidade. Nesse sentido, o decisionismo de Schmitt representa uma tentativa de pensar uma conformação da existência política que, sem abolir a tensão entre norma abstrata e realidade concreta, evite a sua exclusão recíproca.

Nessa perspectiva, Schmitt pode dizer, em *Teologia Política*, que a discussão sobre a soberania está associada ao “problema do direito como uma forma substancial” (PT, 31). O caráter substancial que se reivindica aqui para a forma jurídica tem como premissa essa configuração da

²⁰ “Zu Friedrich Meineckes *Idee der Staatsräson*” (1926) in PuB, 57.

²¹ Id., 53.

experiência concreta a que me referi há pouco; ou ainda, para empregar os termos do livro sobre o catolicismo, um movimento de conformação da “matéria da vida humana”, através do qual essa última ganha ordem e unidade concretas. Ele pressupõe, por assim dizer, uma resolução, ainda que particular e localizada, da tensão entre dois planos cuja correspondência jamais é imediata: o plano da norma e o da realidade social. A decisão cumpriria o papel de mediação entre esses dois níveis, contendo em si, nas palavras de Schmitt, “um elemento constitutivo, um valor específico [*Eigenwert*] da forma” (PT, 33). Esse valor, por sua vez, seria indissociável de um “momento personalístico” (PT, 38). Por oposição à imagem de uma norma objetiva, impessoal e universalmente válida, característica das concepções do Estado de direito no liberalismo, Schmitt afirma a necessidade de uma instância última de decisão pessoal, capaz de determinar as condições de validade de uma ordem normativa. Como essas condições não podem ser estabelecidas normativamente, a transposição de um princípio jurídico na realidade nunca é uma mera derivação de um conteúdo. Ela traz consigo o conflito e a necessidade de definição de uma instância competente, um sujeito politicamente constituído que assuma a responsabilidade da decisão pessoal.

Não acredito que seja necessário me estender ainda mais sobre esse ponto para que fique clara a afinidade entre os conceitos de representação e soberania no pensamento de Carl Schmitt. Em ambos os casos, a constituição da ordem aparece como o resultado de uma *mediação pessoal entre a indeterminação concreta das relações políticas e a abstração transcendente da idéia de unidade*²². Nesse sentido, decisão e representação desempenham na reflexão de Schmitt um papel central: elas lhe permitem pensar a ordem jurídico-política como algo que necessariamente transcende o caráter imediato e contingente da existência política, mas que, ao mesmo tempo, extrai a sua força da capacidade de criar a partir dessa contingência uma concepção unitária. A afirmação do político no pensamento de Carl Schmitt envolve, portanto, um duplo movimento: ela traz para o primeiro plano um elemento transcendente característico da constituição da ordem política e, ao mesmo tempo, afirma a impossibilidade de que essa última contenha em si mesma o seu próprio fundamento. Paradoxalmente, ao sublinhar esse traço ideal, Schmitt põe em evidência a natureza confl-

²² Giuseppe Duso (*La Rappresentanza*) e Michele Nicoletti (*Trascendenza e potere*) insistem nesse elemento de mediação da decisão soberana.

tiva da forma política. Não por acaso, ele se permite falar na *Teoria da Constituição*, do “representante que decide [*dem entscheidenden Repräsentanten*]” (VL, 56). Carlo Galli sintetizou de forma precisa esse ponto ao afirmar que, em Schmitt, a ação política significativa envolve uma “decisão pela representação”, na qual entre desordem e ordem, exceção e excesso se apresentam co-implicadas²³.

Não quero, com isso, dizer que decisão e representação sejam equivalentes entre si. Pretendo, isso sim, sublinhar que a imagem da decisão soberana como um ato que “cria e garante a situação como um todo na sua totalidade [*als Ganzen in ihrer Totalität*]” (PT, 19) implica um movimento de formação e configuração da existência política e traz consigo um componente ineliminável de representação. Por outro lado, também é preciso reconhecer que a representação como um ato de “apresentação [*Darstellung*] da unidade do todo” (VL, 214) jamais é a concretização pacífica de uma idéia de ordem consensualmente aceita, mas requer um ato de exclusão, um momento de decisão sem o qual a idéia de unidade não se torna presente. Se é possível falar em princípio transcendente da ordem política, essa *transcendência* jamais se apresenta como a expressão de um fundamento substantivo, mas, paradoxalmente, como a *condição formal* daquilo que se apresenta como “o conceito decisivo, ou seja, o da forma em um sentido substancial” (PT, 33)²⁴.

Nesse sentido, parece-me que Giuseppe Duso tem razão quando observa que, em Schmitt, a configuração política do mundo é indissociável de uma “estrutura radical de implicação da transcendência”²⁵. A ordem política jamais pode ser um produto imediato da existência em sociedade, pois essa é, em si mesma, informe e cindida por contradições. Seria preciso transcender a sua indeterminação concreta e, a partir de uma idéia específica de ordem, lhe conferir forma e unidade. A ordem não pode jamais ser reduzida a um simples fato, a algo que, no seu mutismo moral, se “justificaria” por si mesmo, pela mera capacidade de se fazer presente no mundo das coisas. A necessidade de justificação e validação

²³ Esse é um dos eixos da sua interpretação de Carl Schmitt no já citado *Genealogia della Politica*. Para Galli, soberania e representação se apresentam como os dois lados a partir dos quais Schmitt pensaria a natureza originária da política: por um lado, a exceção, como ausência de ordem; do outro a idéia, como um excesso que compete à ordem.

²⁴ Para a idéia de “transcendência formal”, permito-me remeter ao meu texto: FERREIRA, Bernardo - *Tragédia e destino: Friedrich Meinecke e Carl Schmitt*, mimeo., 1996.

²⁵ DUSO, Giuseppe - *La Rappresentanza*, p. 119.

da ordem colocaria a exigência de remetê-la para além de si mesma, para algo de ulterior²⁶.

Todavia, essa “implicação da transcendência” não é nunca a tradução incontroversa e pacífica de um modelo ideal na realidade; o ideal, longe de se situar acima do real, apresenta-se, em Schmitt, atravessado pelos antagonismos inerentes a este último. Uma vez mais, a técnica moderna se apresentaria como a expressão extrema de uma concepção puramente secular da ordem: ela não só anularia essa dimensão transcendente na objetividade de processos coisificados, como também partiria da premissa de uma normalidade fundada na sua própria imanência, uma normalidade em que as coisas se governariam por si mesmas e o conflito seria eliminado do horizonte da vida social. Aos olhos de Schmitt, a modernidade técnico-econômica neutralizaria o problema do político em uma concepção em que a ordem se veria reduzida ao produto automático de uma legalidade imanente e o governo dos homens substituído pela administração das coisas.

Sendo assim, o reconhecimento da natureza existencial do conflito político, da impossibilidade de deduzi-lo de critérios substantivos não é contraditória com o fato de que a decisão sobre o inimigo implica uma decisão por uma idéia de ordem. É certo, como observa Hasso Hofmann, que essa idéia “não é mais um problema de conhecimento, mas o produto de uma decisão externa”²⁷. Todavia, o reconhecimento da ausência de fundamento normativo da decisão não é o mesmo que a eliminação da dimensão normativa. Para Schmitt, essa dimensão tem um papel central na consideração do antagonismo político, o qual gira necessariamente em torno de determinados conteúdos substantivos. Mas não só. A sua análise do “político” tem um caráter não apenas descritivo, mas também, por assim dizer, prescritivo: a inimizade política é, a seus olhos, a condição de uma estruturação substancial da ordem e de uma condução normativa da vida social. Ela define não apenas os termos do dissenso entre os homens mas também

²⁶ Tomo emprestada a idéia de “ulterioridade” de Michele Nicoletti, que a emprega em um contexto um pouco diferente para caracterizar a concepção que Schmitt tem do direito, cf. *Trascendenza e potere*, pp. 140-142. Não por acidente, tanto na análise do romantismo quanto na discussão do pensamento técnico-econômico, a anulação da transcendência vem acompanhada de um movimento de privatização. A estetização generalizada promovida pelo sujeito romântico representaria uma forma de privatização de todas as esferas da experiência, dissolvendo todo e qualquer princípio de ordem pública. A hegemonia do pensamento técnico-econômico, igualmente, seria indissociável de uma preeminência dos vínculos de direito privado e de uma limitação da natureza pública da forma jurídica.

²⁷ HOFMANN, Hasso - op. cit., p. 110.

as condições de um consenso; não apenas os fatores de dissociação, mas também a possibilidade de associação. A pergunta pela natureza do “político” traz consigo o problema da afirmação de uma identidade coletiva de caráter substantivo. A construção dessa identidade política envolve necessariamente um elemento ideal, ela pressupõe a atualização e a concretização de uma idéia de ordem e de unidade, sem o que “o todo do povo” não se faz presente e visível. Nesse sentido, a discussão do “político” em Schmitt está estreitamente ligada à questão da forma política e, por conseguinte, à temática da representação. A *associação política* em Schmitt é, como disse há pouco, uma *associação por dissociação*, mas também, se os termos me são permitidos, uma *associação por representação*. A constituição da unidade política tem como premissa uma estruturação vertical e representativa do espaço público, por intermédio da qual se realiza a “apresentação da unidade do todo”. O antagonismo político, na medida em que pode ser concebido como um fator de integração, encontra a sua contraface na constituição de uma hierarquia entre homens e instâncias concretas, através da qual os valores da vida coletiva venham a ser publicamente reconhecidos. Essas considerações permitem iluminar um trecho significativo de *Catolicismo Romano e Forma Política*:

nenhum sistema político pode sobreviver, mesmo por uma geração, através da mera técnica de manutenção do poder [*Machtbehauptung*]. A idéia faz parte do político [*zum Politischen gehört die Idee*], porque não existe política sem autoridade e não há autoridade sem um ethos da convicção [*Ethos der Überzeugung*] (RK, 28).

Em 1923, quando foi publicado *Catolicismo Romano e Forma Política*, Schmitt ainda não havia elaborado a sua análise sobre o “conceito do político”, muito embora, até onde vejo, o uso do substantivo *das Politische* já se verifique desde a primeira edição de *Teologia Política*, em 1922²⁸. Mesmo assim, não me parece que essa associação um tanto

²⁸ A primeira edição de *Der Begriff des Politischen* é de 1927. Segundo Piet Tomissen, Schmitt teria elaborado a sua análise do “político” em seminários na Universidade de Bonn nos anos de 1925 e 1926. (Cf. TOMISSEN, Piet. “Contributions de Carl Schmitt a la Polémologie” in *Revue Européenne des Sciences Sociales* (número especial dedicado a Carl Schmitt - “Miroir de Carl Schmitt”), tomo XVI, n° 44, 1978, p. 146. Em PT, o uso do substantivo *das Politische* comparece em um trecho há pouco citado, em que Schmitt afirma que “não há nada mais moderno hoje do que a luta contra o político” (PT, 68).

enigmática entre “político” e idéia tenha sido abandonada na sua reflexão subsequente. Pelo contrário, penso que ela se torna ainda mais clara se a considerarmos à luz da relação que posteriormente Schmitt irá estabelecer entre “político” e intensidade em *O Conceito do Político*. Para ele, as contraposições entre os grupos humanos ganham um significado especificamente político quando se aproximam do grau de intensidade extremo da dissociação entre amigos e inimigos. Esse grau de intensidade pode ser atingido a partir das mais diferentes esferas da experiência humana, sem que o “político” venha a ser definido por qualquer uma delas. O “político”, portanto, não possui um conteúdo próprio, embora possa recobrir os mais diferentes tipos de conteúdos. Para Schmitt, o que faz com que uma certa esfera da experiência se veja revestida de um significado político não é algo já contido nela mesma, mas o fato de que “os conflitos e as perguntas decisivas se dirijam para essa esfera” (HV, 111); ou seja, é preciso que o antagonismo em torno de determinados problemas substantivos divida os homens em amigos e inimigos. Nesse momento extremo em que o “ponto do político” (BP, 62)²⁹ é alcançado, os conteúdos específicos dos antagonismos em jogo “se tornam a nova substância da unidade política” (BP, 39). Com uma diferença fundamental, “uma intensidade *qualitativamente* nova do agrupamento humano é alcançada” (BP, 62; grifo do autor). Nesse momento, nos diz Schmitt,

a oposição não-política (...) põe de lado os seus critérios até então ‘puramente’ religiosos, ‘puramente’ econômicos, ‘puramente’ culturais e se submete às condições e conseqüências totalmente novas e particulares da situação daqui em diante política, condições e conseqüências essas que, consideradas daquele ponto de partida ‘puramente’ religioso ou ‘puramente’ econômico e de outra perspectiva ‘pura’ qualquer, se apresentam muito freqüentemente como inconseqüentes e ‘irracionais’ (BP, 39).

À idéia de que a contraposição política é “a mais intensa e extrema” (BP, 30) corresponde a qualificação, em Schmitt, da unidade política como *maßgebende* (“que dá a medida”), *höchste* (“suprema”), *bestimmende* (“determinante”), *intensivste* (“a mais intensa”) *Einheit*;

²⁹ Para idéia de “ponto do político”, ver também SpS, 160.

expressões que apontam para a sua superioridade em relação a todo outro tipo de comunidade humana³⁰. No pensamento de Schmitt, essa superioridade está estreitamente associada à *diferença qualitativa* que caracteriza o grau de intensidade do agrupamento político. Para Schmitt, semelhante superioridade e diferença qualitativa, ainda que inseparáveis do grau de intensidade de um conflito existencial, não são simplesmente dados tangíveis ou, como ele afirma em *Teoria da Constituição* ecoando certas concepções do livro sobre o catolicismo, não se trata de algo “realmente presente [*gegenwärtig*]” (VL, 210), mas, em última análise, de uma idéia. Essa qualidade superior da unidade política está associada à formação de uma identidade específica, a identidade política, que, por definição, transcenderia o caráter imediato da vida coletiva. Ela implicaria um movimento de integração por meio do qual um todo, “o todo do povo”, se formaria a partir da matéria informe da vida social; envolveria, portanto, uma configuração substantiva da natureza múltipla e contraditória da existência social a partir de uma idéia igualmente substantiva de unidade. Nesse sentido, a intensidade característica do antagonismo político conteria em si um componente ineliminável de representação. Se a inimidade política é um fator de produção de unidade, essa, por sua vez, não se reduziria a um simples dado da experiência empírica. Como nos diz Schmitt na *Teoria da Constituição*,

na representação, adquire aparência concreta uma espécie mais alta de ser. A idéia da representação se baseia no fato de que um povo que existe como unidade política possui [*als politische Einheit existierendes Volk*] uma espécie de ser mais alta e elevada, *mais intensa* [*höhere, gesteigerte, intensivere*] em face da existência [*Dasein*] natural de qualquer grupo humano que viva em comum. Quando desaparece o sentido dessa particularidade da existência política [*politischen Existenz*] e os homens preferem outros gêneros da sua existência [*Dasein*], também desaparece a compreensão de um conceito como o de representação (VL, 210; grifo meu).

³⁰ A título de exemplo: “*maßgebende Einheit*” (BP, 39), “*höchste Einheit*” (BP, 43 e SpS, 160), “*bestimmende Einheit*” (BP, 43), “*intensivste Einheit*” (SpS, 160). Para a idéia da superioridade da unidade política sobre todos os outros tipos de comunidade humanas, cf. BP, 48 e SpS, 160. Segundo Schmitt, essa superioridade está associada à capacidade da unidade política de decidir sobre o “caso crítico” e de exigir, se for necessário, o sacrifício da vida dos seus membros.

A natureza conflitiva do “político” está, portanto, diretamente associada a um momento ideal em pelo menos dois aspectos. Primeiramente, como observei há pouco, o conflito político se dá sempre em torno de questões substantivas, ele implica uma contraposição entre idéias antagônicas de ordem. Em segundo lugar, o grau de intensidade característico do agrupamento amigo-inimigo traz consigo a idéia de uma unidade superior que não é algo de tangível e não se dá de maneira imediata.

Em Schmitt, portanto, a constituição da unidade política não é concebível sem o componente de alteridade que seria característico da existência de uma autoridade pública³¹. Não nos esqueçamos, a forma política pressupõe uma representação *von oben* (“de cima para baixo”) e a concretização da idéia de ordem política em uma “pessoa dotada de autoridade”. Nesse sentido, a imagem de uma “associação por representação” envolve uma *estruturação literalmente autoritária do espaço público* como a *condição de vigência da ordem*. Aqui, a *objetivação da ordem em um outro*, em uma autoridade pública, parece ser a *premissa do seu reconhecimento coletivo*. Nesse sentido, a constituição de uma autoridade pública envolve não só o par *proteção-obediência*, mas também o binômio *representação-reconhecimento*³². Esse reconhecimento não é concebido como o resultado da correspondência entre ação de um mandatário e as expectativas dos seus mandantes, pois, já sabemos, a representação aqui não é concebida em termos do mandato. Ele está associado à idéia de que os representados reconhecem a sua própria unidade na medida em que ela é personificada pela ação do representante. Nesse sentido, penso que o problema do “*ethos* da convicção” a que Schmitt se refere no trecho há pouco citado reside menos no conteúdo normativo dos valores e princípios sobre os quais se funda a autoridade, do que na possibilidade da sua vigência efetiva como valores e princípios coletivos. Tentando ser um pouco mais claro a respeito desse ponto: trata-se, para ele, de pensar as condições de um consenso em torno de questões substantivas, em um quadro em que não é possível deduzir a ordem de conteúdos normativos pressupostos e univer-

³¹ Para esse componente de alteridade, vejam-se as observações de Giuseppe Duso em “Tra costituzione e decisione: la soggettività in Carl Schmitt” in – *La Política oltre lo Stato: Carl Schmitt*, Veneza, Arsenale, 1981, em particular pp. 57-58.

³² Segundo Schmitt, “*protego ergo oblige é o cogito ergo sum do Estado*” (BP, 53). A referência aqui, como o próprio Schmitt reconhece, é Thomas Hobbes. A aproximação com Hobbes, a meu ver, pode ser estendida ao que disse nesse parágrafo sobre o tema da representação.

salmente reconhecidos³³. Dessa forma, se é verdade, por um lado, que a consolidação de uma autoridade pública pressupõe um “*ethos* da convicção”, por outro, não há convicção que se sustente sem um “*pathos* da autoridade” (RK, 31) que lhe confira um caráter público e visível. Para Schmitt, pode-se afirmar, não há ordem que não se funda sobre determinados princípios e valores, contudo, por mais paradoxal que possa parecer, a efetividade e validade desses últimos é indissociável do reconhecimento coletivo da própria ordem.

BERNARDO FERREIRA é professor visitante do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

³³ Como observam Eric Voegelin (cf. VOEGELIN, Eric - “*La Dottrina della Costituzione* de Carl Schmitt. Tentativo di analisi costruttiva dei suoi principi teorico-politici” (1931) in DUSO, Giuseppe (org.) - *Filosofia Politica e pratica del Pensiero*, Milão, Franco Angeli, 1988, p. 297) e Hasso Hofmann (cf. op. cit., p. 121), sob determinados aspectos, Schmitt retoma a concepção de Max Weber a respeito da validade empírica dos princípios normativos. Da mesma forma que Weber, ele distinguiria o conteúdo de verdade dos valores da sua efetividade prática na vida social e tenderia a enfatizar a segunda em relação ao primeiro. Essa avaliação me parece essencialmente correta, mas ao mesmo tempo considero necessário sublinhar as conclusões de natureza normativa que Schmitt extrai dessa distinção. Ao insistir na impossibilidade de uma fundamentação da ordem em uma norma pressuposta e universalmente reconhecida, ele não restringe a reflexão jurídico-política a uma perspectiva puramente empírica e descritiva do direito e da política como fenômenos sociais. Ainda que se sirva amplamente de material histórico e sociológico, Schmitt não é, digamos, um “cientista social”. Se é verdade que ele assume a distinção de Max Weber entre a validade empírica e a validade normativa dos juízos de valor, o seu problema continua a ser o das condições de possibilidade de uma ordem normativa. Não raro, os seus textos exibem uma desorientadora combinação de sensibilidade empírica, “realismo” e postura prescritiva. Paradoxalmente, a sua recusa da possibilidade de uma fundamentação normativa da vida política não tem um significado puramente descritivo, mas, na verdade, normativo.

FRANZ NEUMANN, O DIREITO E A TEORIA CRÍTICA

JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

We can never be born enough.
E.E. Cummings

Franz Neumann, estudioso do Direito e participante do Instituto de Pesquisas Sociais, tem sido objeto de pelo menos duas diferentes redescobertas intelectuais. A primeira deu-se na esteira da revalorização da obra de Carl Schmitt nos Estados Unidos da América, seguida da reação de diversos teóricos de esquerda para recuperar seus críticos de primeira hora como Franz Neumann e Otto Kirchheimer.¹ Do outro lado do Atlântico, na Alemanha, Axel Honneth tem sugerido que a discussão da obra desses autores, representantes do assim denominado “círculo externo” do Instituto de Pesquisas Sociais, pode revelar certos “achados críticos” fundados numa teoria social menos funcionalista do que aquela esposada pelos autores do “círculo interno” do Instituto, cujos principais representantes são Theodor W. Adorno e Max Horkheimer.²

Esses dois grupos de desbravadores parecem não ter descoberto a mesma coisa ao revisitar a obra de Franz Neumann, autor que nos interessa mais de perto. Numa primeira leitura, a abordagem de William Scheuermann, autor do mais completo e sistemático livro sobre o assunto

¹ SCHEUERMANN, William E. *Between the Norm and the Exception. The Frankfurt School and the Rule of Law*. Cambridge, MIT, 1997. Para uma reconstrução do debate constitucional durante a República de Weimar: CALDWELL, Peter C., *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham/London, Duke University Press, 1997. Para uma avaliação geral da revalorização de Carl Schmitt: ARATO, Andrew, “Carl Schmitt and the Revival of the Doctrine of the Constituent Power in the United States”, *Cardozo Law Review* vol. 21, 2000, pp. 1739-1747.

² HONNETH, Axel. “Teoria Crítica”, In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan. *Teoria Social Hoje*. (trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza), São Paulo, Unesp, 1999, pp. 501-552.

de que temos notícia, apesar de analisar de maneira complexa e sofisticada o trabalho de Neumann, ressaltando as múltiplas influências que sofreu em sua tentativa de combinar as perspectivas weberiana e marxista, não faz maiores considerações teóricas sobre a influência decisiva que a Teoria Crítica da Sociedade teve em seu modelo crítico. Franz Neumann, ao contrário do que Scheuermann deixa transparecer na introdução de seu livro, foi ativo participante do Instituto de Pesquisas Sociais e deixou-se influenciar pelo modo de pensar ali desenvolvido (até a década de trinta pelo menos), liderando inclusive uma posição teórica dissidente em relação ao grupo em torno de Max Horkheimer. Esses fatos parecem suficientes para mostrar que nosso autor está longe de poder ser caracterizado como um “colaborador eventual” do Instituto.

Um ponto que parece essencial para a interpretação do trabalho de Neumann é seu embate teórico com os autores ligados ao que viria a se tornar o “círculo interno” do Instituto sobre o conceito de *capitalismo de Estado* e sua relevância para a interpretação do nazismo, debate que dividiu o Instituto de Pesquisas no final dos anos trinta e no início dos anos quarenta.³ Esta discussão parece ter papel central na caracterização do *modelo de crítica* utilizado por Neumann, bem como para uma avaliação mais global de sua *posição como teórico*. Apesar do debate só ter ocorrido abertamente após a publicação da extensiva análise do nazismo por Neumann, *Behemoth*, já em *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, de 1937, estão presentes os elementos que motivariam as discussões ocorridas alguns anos depois. Franz Neumann será tratado aqui como um representante da Teoria Crítica da Sociedade. Isso significa que a pergunta central que iremos formular é: qual o *modelo de crítica* desenvolvido por ele?

Em primeiro lugar, é estimulante perguntar: Franz Neumann é exclusivamente um teórico do direito? Os relatos historiográficos do Instituto de Pesquisas Sociais apontam que ele foi recrutado, juntamente com Otto Kirchheimer, para cumprir este papel no consórcio teórico organizado a partir do projeto de um materialismo interdisciplinar, na formulação de Max Horkheimer. Os dois deveriam integrar-se à divisão de

³ NOBRE, Marcos. *A Dialética Negativa de Theodor W. Adorno. A Ontologia do Estado Falso*. São Paulo, FAPESP/Iluminuras, 1998, especialmente seu cap. 1; JAY, Martin. *The Dialectical Imagination. A History of The Frankfurt School and The Institute of Social Research 1923-1950*. Berkeley, University of California Press, 1996, pp. 143 e ss.; WIGGERHAUS, Rolf. *The Frankfurt School. Its History, Theories and Political Significance*. (trad. Michael Robertson), Cambridge, The MIT Press, 1998, pp. 280 e ss.

trabalho concebida por Horkheimer, em cujo centro estava a crítica da economia política marxista e sua análise do capitalismo. O pressuposto do projeto crítico de então era a versão corrente da filosofia marxista da história em que

o desenvolvimento das forças de produção é considerado como o mecanismo central do progresso societário; juntamente com cada estágio expandido do sistema técnico do domínio sobre a natureza, esse processo também força um novo estágio nas relações sociais de produção.

Podemos inferir que, nesse contexto, o papel do teórico do Direito seria estudar o sistema jurídico e a teoria do direito sob o ponto de vista da crítica da economia política marxista, examinando qual seu papel na reprodução da dominação de classes e apontar perspectivas de emancipação por meio de uma crítica ideológica desta superestrutura.

Como mostram os historiadores do Instituto, não demorou muito a surgirem divergências agudas entre o grupo liderado por Max Horkheimer e aquele reunido em torno de Franz Neumann, centradas no conceito de *capitalismo de Estado*.⁴ Esta ruptura teórica é crucial para compreender a posição de Neumann sobre o Direito. Uma de nossas hipóteses de leitura⁵ é que a centralidade que o Direito adquire em suas análises do capitalismo, tanto do ponto de vista da reprodução do sistema quando do ponto de vista de uma *praxis* revolucionária, está estreitamente ligada a este diagnóstico divergente do capitalismo.⁶

⁴ HONNETH, Axel. ob.cit., p. 509.

⁵ POLLOCK, Friedrich. "State Capitalism: Its Possibilities and Limitations". *Studies in Philosophy and Social Sciences*, IX, 2, 1941; Idem, "Is National Socialism a New Order?", *Studies in Philosophy and Social Sciences*, IX, 3, 1941. O capitalismo de Estado teria sucedido o capitalismo monopolista por ter suprimido o mercado, substituído pelo controle estatal da economia. Decorre deste fato a completa subordinação dos interesses individuais ao plano geral que rege o funcionamento da sociedade. No jargão marxista clássico, a política deixa de ser mera superestrutura para ocupar papel central na reprodução do capitalismo. Pollock afirma que seria possível pensar numa forma *democrática* de capitalismo de Estado, mas não avança nesta análise. Poderíamos imaginar que esta afirmação da centralidade da política devesse ser secundada pela afirmação da centralidade do Direito. Este seria o ponto ideal para iniciar uma abordagem do Direito a partir do trabalho de Pollock, trabalho este que, infelizmente para nós, não foi realizado.

⁶ Esclarecemos que o presente texto é o primeiro resultado das pesquisas de nosso primeiro ano de Doutorado. Por esta razão, permitimo-nos apresentar diversos resultados como provisórios, deixando uma série de questões em aberto.

É claro que nosso trabalho ganharia muito se tivessem sido produzidas análises do papel do Direito a partir do conceito de *capitalismo de Estado*. Neste caso, seria possível comparar ambas posições teóricas e sua visão do Direito, deixando claras as novas perspectivas abertas pelo diagnóstico do capitalismo defendido por Neumann. Na falta de um material como esse, quando for necessário esclarecer algum ponto relevante do trabalho do autor ou enfatizar a novidade de algum argumento, resta-nos apenas a opção de buscar termo de comparação nas teorias marxistas correntes na época, especialmente aquelas que viam no Direito mera superestrutura à serviço da dominação de classe.

Na abordagem marxista vulgar, o Direito não tem dignidade própria; não passa de um elemento da superestrutura ideológica à serviço da dominação do Capital. Nesse sentido, pode ser concebido como uma mera técnica à serviço do estado atual das forças produtivas, estas sim o objeto teórico por excelência da teoria marxista. De acordo com esta posição teórica, na sociedade pós-capitalista o Estado de Direito liberal deveria desaparecer, o que reafirma seu caráter marcadamente burguês, à serviço da dominação de classes.⁷

A abordagem de Neumann não se identifica com esse ponto de vista. Sua discordância diante do conceito de capitalismo de Estado levou-o a uma concepção diversa do Direito e de seu papel na reprodução social. Adiantando um pouco nossa argumentação, Neumann dirá que, com a efetiva participação da classe trabalhadora no Parlamento, o Direito deixa de cumprir apenas funções ideológicas. O diagnóstico do capitalismo defendido por ele considera que a política torna-se central na reprodução capitalista, neutralizando em parte o funcionamento cego das leis econômicas.

Neste ponto, seu diagnóstico concorda com Pollock e seu conceito de capitalismo de Estado. A divergência estará na afirmação de que o mundo privado ainda não foi completamente englobado pelo poder do Estado, daí ser possível falar em *conflitos políticos que se expressam no Direito*. A sociedade ainda não teria sido completamente englobada pela política, havendo espaço para um *praxis* revolucionária no interior das instituições.

Como pode-se observar, ainda que numa leitura superficial de *The Rule of Law...*, o Estado de Direito de origem liberal é pensado por

⁷ Um interessante tema de pesquisa seria mapear as referências ao Direito na obra dos demais autores da Teoria Crítica na década de vinte, trabalho que escapa do objeto de nossa pesquisa, mas que poderia ser iniciado com a leitura de *Dämmerung* de Max Horkheimer (há tradução espanhola HORKHEIMER, Max. *Ocaso*. (trad. Ma. Ortega), Barcelona, Anthropos, 1986). A obra contém fragmentos escritos de 1921 a 1936, diversos deles sobre Direito e Política.

Neumann como *a realização parcial da utopia socialista*, ou seja, trata-se de um monumental esforço para desarticular teoricamente a ligação tradicional entre Estado de Direito e capitalismo, o que permite pensar uma *praxis* socialista na imanência da *Rule of Law*, sem abdicar do objetivo de suprimir a propriedade privada dos meios de produção. Note-se que a possibilidade de pensar essa desarticulação, bem como uma eventual *praxis* revolucionária, está fundada na desarticulação *real* entre capitalismo e Direito liberal que o regime nacional-socialista realizou *de fato*, argumento que detalharemos adiante.

Retomando o fio da meada, a afirmação por Neumann da centralidade da política e do Direito para a reprodução do capitalismo, ponto fundamental das análises da Teoria Crítica da sociedade da época, coloca em questão as teorias marxistas que defendem sua irracionalidade essencial, tendente *necessariamente* ao colapso. Assim como os autores do círculo interno do Instituto de Pesquisas Sociais, Neumann também aponta para a novidade da centralidade da política, mas adota uma descrição diversa do fenômeno com conseqüências divergentes, que caberá explicitar ao longo de nossa pesquisa. De qualquer maneira, a afirmação de que o Estado de Direito é a realização parcial da utopia socialista, inspirada nas obras de Karl Renner⁸

⁸ Marx nunca abordou sistematicamente o problema do Direito e do Estado fazendo-o apenas em textos de circunstância ou em trabalhos de forte viés historiográfico como *O Dezoito Brumário, Luta de Classes na França, A Questão Judaica e A Sagrada Família*. Essas afirmações referem-se muito mais ao marxismo do que a Marx propriamente dito, que ainda não foi estudado com suficiente detalhe nesses aspectos, à exceção da monumental obra de Hal Draper que trata desta questão em seu volume I: DRAPER, Hal. *Karl Marx's Theory of Revolution. I: State and Burocracy*. New York, Monthly Review Press, 1977, além de POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o Poder e o Socialismo*. São Paulo, Graal, 2000; idem. *Poder Político e Classes Sociais*. São Paulo, Martins Fontes, 1977. Ressalte-se também a abordagem original de Ruy Fausto em FAUSTO, Ruy. *Marx: Lógica & Política. Tomo II*. São Paulo, Brasiliense, 1987 O teórico do Direito identificado tradicionalmente com o economismo na abordagem do Direito é PASUKANIS, E. B. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. (trad. Paulo Bessa), Rio de Janeiro, Renovar, 1989. Recentemente, uma nova interpretação de Pasukanis pretende inverter esta avaliação: NAVES, Marcio B. *Marxismo e Direito. Um Estudo sobre Pasukanis*. São Paulo, Boitempo, 2000. Sobre a questão do Estado em Marx, há o importante debate realizado na Itália reunido em BOBBIO, Norberto et alli. *O Marxismo e o Estado*. (trad. Federica L. Boccardo e Renée Levie) Rio de Janeiro, Graal, 1979, bem como a coletânea VOGT, Winfried, FRANK, Jürgen, OFFE, Claus. *Estado e Capitalismo*. (trad. Ina de Mendonça e Gustavo Bayer) Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1980. Uma interessante crítica da visão do Direito por Karl Marx está em LEFORT, Claude. "Os Direitos do Homem e o Estado Providência", In: LEFORT, Claude. *Pensando o Político. Ensaios sobre Democracia, Revolução e Liberdade*. (trad. Eliana M. Souza), Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1991, pp. 37-62 e LEFORT, Claude. "Direitos do Homem e Política", In: LEFORT, Claude. *A Invenção Democrática. Os limites da Dominação Totalitária*. (trad. Isabel Maria Loureiro), São Paulo, Brasiliense, 1987, pp. 37-69.

e Rudolf Hilferding⁹, permite diferenciar Franz Neumann não apenas da tradição socialista de análise do Direito, mas também dos teóricos social-democratas de sua época e dos autores do círculo interno do Instituto.¹⁰

Neumann buscou marcar a diferença de seu pensamento em relação à teoria social-democrata. Na crítica de Lukács, esta corrente socialista atribui ao Estado funções utópicas de um lugar neutro, destinado a conciliar os conflitos entre as classes sociais. Segundo esse autor, o Estado apenas repõe a racionalidade econômica capitalista sob uma forma reificada superior ao mascarar as contradições entre as classes.¹¹ Assim concebida, a social-democracia identifica-se com a democracia burguesa.¹²

Contra a social-democracia, Neumann mantém uma dimensão utópica para o socialismo – uma “meta final”, na expressão de Rosa Luxemburg – ao afirmar que a realização da *Rule of Law* permanece incompleta sob o capitalismo. Haveria uma incompatibilidade essencial entre *Rule of Law* e capitalismo; incompatibilidade esta que só seria resolvida em definitivo numa sociedade sem classes. Para Neumann, a melhor descrição dessa *utopia jurídica socialista* (e não social-democrata como afirma Scheuermann) teria sido feita por Jean-Jacques

⁹ Karl Renner também afirma que o Estado não iria desaparecer no socialismo, mas o fundamento que sustenta esta opinião não parece ser o mesmo em que Neumann se baseia. Para Neumann, as formas jurídicas burguesas são a realização *parcial* do socialismo. Já para Renner, essas formas jurídicas estão destinadas a *permanecer*: os institutos jurídicos não precisam ser mudados com o advento da ordem socialista. Neumann critica diretamente esta idéia, mostrando como será preciso modificar esses institutos liberais numa sociedade futura, mas é impossível passar ao socialismo sem sua mediação e superação. RENNER, Karl. *Institutions of Private Law and Their Social Functions*. London, Routledge, 2001. Veja-se também BOTTOMORE, Tom, GOODE, Patrick (orgs.). *Austro-Marxism*. Oxford, Clarendon Press, 1978; MARRAMAIO, Giacomo. “Entre bolchevismo e social-democracia: Otto Bauer e a cultura política do austromarxismo” (trad. Carlos Nelson Coutinho, Luiz Sérgio N. Henriques e Amélia Rosa Coutinho). In: HOBBSBAWM, Eric J. (org.). *História do Marxismo: O Marxismo na Época da Terceira Internacional, A Revolução de Outubro, O Austromarxismo*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1985. Para uma breve análise da obra de Renner ver LOPES, José Reinaldo Lima. *Direito e Transformação Social. Ensaio Interdisciplinar das mudanças no Direito*. São Paulo, Edições Ciência Jurídica, 1997; sobre este ponto veja-se pp. 127-130.

¹⁰ HILFERDING, Rudolf. *O Capital Financeiro*. (trad. Reinaldo Mestrinel). São Paulo, Abril Cultural, 1985.

¹¹ A respeito das discussões teóricas sobre Direito durante a República de Weimar: JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard (ed.). *Weimar: a Jurisprudence of Crisis*. Berkeley, University of California Press, 2000; CALDWELL, P. C. ob. cit.; HERRERA, Carlos Miguel. *Les Juristes de Gauche sous la République de Weimar*. Paris, Kimé, 2002.

¹² LUKÁCS, G. ob.cit., p.217.

Rousseau¹³. A sociedade pós-capitalista (a exemplo da sociedade capitalista) tem na *Rule of Law* um elemento necessário para seu funcionamento: a diferença entre a sociedade atual e a sociedade futura é que a plena realização do Estado de Direito se dará apenas com o advento do socialismo, inclusive com a supressão da propriedade privada dos meios de produção.¹⁴

Essa incorporação marxista de Rousseau dá a Neumann um critério para indicar o caminho de uma *praxis* emancipadora rumo ao socialismo, cuja mediação necessária é o Direito, dada a centralidade da política para a reprodução capitalista. Neumann constrói uma argumentação que, ao contrário de socialistas vulgares e fascistas, não trata o Direito como forma vazia, mera técnica à serviço do poder:

(...) the socialist society, too, will have to take recourse to the institution of the administrative act – i.e. to compulsory regulation belonging to public law.¹⁵

Nosso autor reconhece, com Marx¹⁶, que as instituições jurídicas devem sofrer alterações radicais numa ordem socialista, mas não afirma em nenhum momento que a *forma Direito* liberal deverá desaparecer quando da instituição da sociedade nova. Neumann busca acrescentar novas determinações à crítica ao Direito feita por Marx, mostrando como as instituições burguesas podem sofrer modificações no *interior* de uma

¹³ “Mas considerando que la meta final del socialismo constituye el factor decisivo que distingue al movimiento social demócrata de la democracia burguesa y del radicalismo burgués, el factor que transforma todo el movimiento obrero de vano esfuerzo para ‘apuntalar’ el capitalismo en una lucha de classes contra esse sistema, para suprimirlo, el problema ‘Reforma o Revolución’ tal y como lo plantea Bernstein, equivale a la posición vital de la social democracia: ‘ser o no ser’.” LUXEMBURG, Rosa. *Reforma o Revolución*. (trad. Rafael Cárceres C.) Mexico-DF, Editorial Grijalbo, 1967, p. 10.

¹⁴ Cabe observar que a interpretação de Rousseau feita pelo autor tem diversos pontos problemáticos à luz da história da filosofia, especialmente no que tange à defesa que Neumann faz da permanência do conflito político mesmo com a plena realização da forma direito no socialismo, estágio em que, em termos rousseauianos, ocorreria a plena identificação entre vontade individual e vontade geral. Trata-se de um Rousseau apropriado em suas questões fundamentais e, conforme a tradição da filosofia pós-kantiana e da Teoria Crítica da Sociedade, compreendido melhor do que ele mesmo – Jean Jacques Rousseau – poderia ter sido capaz. Por exemplo, a inspiração rousseauiana é fundamental para que nosso autor identifique o cerne material do direito formal liberal-burguês, conforme exposto adiante.

¹⁵ NEUMANN, Franz. *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*. Leamington, UK, 1986.

¹⁶ Idem, ob.cit, p. 44.

mesma ordem social, na medida em que deixam de funcionar para manter e reproduzir a propriedade privada dos meios de produção. O socialismo não é a destruição da *Rule of Law* – manifestação da má negatividade – mas sua conservação e superação numa forma mais plena:

This Marxian theory refers, however, only to the transition from one social order to another, in which each social order, the old and the new, is characterized by a principal institution – for example, capitalism by *private propriety* [grifo nosso] in the means of production, and socialism by communal property in the means of production.

An analogous process occurs also *within* a given social order with regard to the principal institution characterizing it and its relations with the auxiliary institutions and liberties. The relationship of such supplementary institutions and liberties to the main institution or liberty can suffer a change of function in a like manner. With a certain degree of development of the productive forces *within* that society, the auxiliary institutions and liberties become fetters on a hinder, the aims of the principal institution they hitherto guaranteed.¹⁷

Franz Neumann continua sua análise, mostrando como o Direito *muda de função*¹⁸ na passagem do capitalismo competitivo para o capitalismo monopolista, mudança esta que também provoca alterações em suas estruturas. Estas passam a conter uma menor quantidade de normas gerais, abrindo espaço para a inclusão de conteúdos morais materializados nos textos jurídicos positivos. A *materialização do Direito*, descrita com inspiração na análise weberiana da racionalização do Direito¹⁹, permite maior grau de discricionariedade por parte dos órgãos encarregados de aplicar as normas jurídicas.²⁰ Esse será o espaço institucional privilegiado para pensar a revolução na imanência da *forma direito*, pois abre-se a possibilidade de submeter o mercado, portanto a propriedade privada, aos

¹⁷ Idem, ob. loc. cit.

¹⁸ Idem, ob. loc. cit.

¹⁹ Esta idéia da *mudança de função do Direito* é claramente inspirada em RENNERT, Karl. ob.cit.

²⁰ WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. (trad. José Medina Echevarría et alli.). Mexico-DF, Fondo de Cultura Economica, 1999.

desígnios políticos da coletividade, via Direito.²¹

Conforme o esboço de análise acima, a posição teórica de Neumann é claramente diversa da social-democracia. Quanto às divergências em relação aos autores do círculo interno do Instituto, caberá a este trabalho de pesquisa demonstrar que Franz Neumann adota um modelo de crítica que reserva ao Direito e à Política o centro do espectro teórico, em razão do diagnóstico do estado do capitalismo adotado por ele, fundado na obra *O Capital Financeiro* de Rudolf Hilferding.²² A partir deste pressuposto, sua análise da *politização do capitalismo* por meio do Direito permite-lhe afirmar, com base em Rousseau e Weber relidos via Marx, que *o Estado de Direito já significa a realização parcial do socialismo*, ou seja, que a *Rule of Law* burguesa tem um *conteúdo ético*²³ que *transcende* a sociedade dividida em classes, conteúdo ético este que será completamente desenvolvido quando da plena realização do Estado de Direito na sociedade futura, com a supressão da propriedade privada dos meios de produção.

* * *

Esta apresentação aparentemente desorganizada dos inúmeros fios teóricos e questões que Franz Neumann tenta cozer simultaneamente em *The Rule of Law...* liga-se à nossa hipótese global de leitura da obra. A vertiginosa sucessão de problemas e possíveis soluções teóricas apresentadas nos parágrafos precedentes, testemunham a imensa quantidade de pontos obscuros que Franz Neumann conseguiu, nessa obra, identificar no pensamento sobre o Direito e sobre seu tempo. O objetivo do autor parece

²¹ Franz Neumann busca demonstrar que o avanço do processo de “desencantamento do Direito” implica no desaparecimento do Direito Natural, encarnado em instituições como o Parlamento e o direito adquirido. Estas instituições constituem um entrave real ao poder do Estado, desde que funcionem como veículo dos conflitos sociais. Com este aparato teórico é possível pensar o Direito para além do Direito positivo, sem a necessidade de apelar para uma instância transcendente ao mesmo, capaz de fornecer critérios para julgar sua correção. Neumann troca a oposição Direito natural versus Direito positivo pela contraposição entre “political Rule of Law” e “material Rule of Law”, numa das tentativas mais originais e provocadoras de pensar um critério que sirva para julgar a correção do Direito positivo a partir de sua imanência mesma, evitando assim que ele seja reduzido a uma forma vazia.

²² Neumann desdobra sua elaboração teórica em uma crítica cerrada e minuciosa das instituições liberais, defendendo, v.g. uma nova concepção de separação dos poderes, centrada nas funções executiva e legislativa. Esta visão leva-o a redimensionar o papel do poder judiciário – visto também como criador de normas jurídicas e não apenas aplicador de normas prontas, elaboradas pelo Parlamento – e portando resulta numa nova visão do Estado. Não há espaço aqui para entrar nos detalhes dessa complexa análise.

²³ HILFERDING, Rudolf. ob.cit.

ter sido a de confrontar as teorias de sua época – tanto de extração burguesa quanto de inspiração marxista – com o *enigma* do regime nacional-socialista, que colocou todos os seus respectivos pressupostos em questão.

A Alemanha nazista e sua forma de não-Direito (de não-Estado, conforme dirá em *Behemoth*) é vista por Neumann como uma imensa incógnita que parece resistir, com sua opacidade essencial, a qualquer das teorias à disposição dos analistas que buscassem decifrá-la. Numa primeira leitura de *The Rule of Law ...*, parece que estamos diante de uma análise inspirada no modelo lukasiano da crítica às antinomias do pensamento burguês, ou seja, trata-se de colocar a teoria diante daquilo que ela não consegue explicar com o objetivo de explodir por dentro seu aparelho conceitual.

Lukács afirma que, a partir do *inexplicado*, do *irracional*, revelado pelo fracasso de uma determinada abordagem teórica – que cabe ao teórico crítico identificar – pode-se encontrar os pontos de estrangulamento dos conceitos, processo que permitirá ascender na direção do conhecimento da totalidade. O papel da crítica é colocar em xeque os pressupostos que fundamentam o aparelho conceitual, mostrando que o inexplicado passará ser compreendido quando deixar de ser olhado a partir de um ponto de vista parcial. É preciso recolocá-lo na totalidade que lhe dá sentido, abandonando a parcialidade que a crítica desvelou.²⁴

Daí a importância central que a *crise* assume numa análise crítica pensada nesses termos. Ao revelar algo que escapa ao aparelho conceitual das ciências – uma irracionalidade que irrompe sem aviso e revela a contingência de leis científicas tidas como coerentes – a crise torna acessível a irracionalidade do todo à luz do aparelho conceitual fracassado, evidenciando algo que escapa à racionalização, rompendo com o todo supostamente fechado, falsamente figurado pela teoria.²⁵

²⁴ NEUMANN, Franz. *The Rule of Law...*, p. 256.

²⁵ LUKÁCS, G. *História e Consciência de Classe*. Porto, Publicações Escorpião, 1974, p. 122. Lembremos que essa tarefa teórica não é *exclusivamente* teórica e tem alcance limitado do ponto de vista da *praxis revolucionária*. Lukács afirma que, sem colocar em xeque os pressupostos da teoria burguesa é impossível ascender à totalidade. Mas ressalte-se que *uma modificação radical de ponto de vista é impossível no campo da sociedade burguesa*. Para que a filosofia rompa com essas barreiras metodológicas *seria necessário pôr em evidência os fundamentos, a gênese e a necessidade desta maneira de fazer teoria*. Seria necessário que as ciências particulares especializadas não estivessem ligadas mecanicamente numa unidade, mas readaptadas, também interiormente, pelo método filosófico internamente unificante. Para Lukács, a filosofia da sociedade burguesa é incapaz disso. Ademais, a reforma completa do ponto de vista é um processo que não se resolve apenas teoricamente, mas que também demanda uma *praxis* que solape os fundamentos materiais da especialização da ciência burguesa. O acesso ao ponto de vista da totalidade é simultâneo à marcha da revolução. Nesse sentido, Lukács pressupõe aqui que a *praxis* revolucionária já está em curso e, portanto, não há separação entre teoria e *praxis*.

O momento de ruptura de Franz Neumann com Carl Schmitt durante a República de Weimar²⁶ é central para explicar sua valorização do Direito e do conflito na reprodução da sociedade, bem como para pensar sua visão do nacional-socialismo. A *crise* política e institucional instaurada na República de Weimar alimenta a *crise* teórica de Franz Neumann, que marca seu rompimento com Schmitt, bem como permite-lhe acesso intelectual à *crise* do aparelho conceitual da ciência burguesa sobre o Direito e a sociedade.

Essas três crises aparecem entrelaçadas na construção de *The Rule of Law...* que pode ser visto como signo de uma ruptura radical, momento do trabalho do negativo que dissolve, em todos os níveis, as certezas pessoais e teóricas de nosso autor. Nada mais próximo de uma figura do desespero da razão, colocada face a face com um *monstro* (batizado alguns anos depois com o nome próprio de *Behemoth* por nosso autor), do que essa obra dilacerada, construída com estilhaços de teorias mais ou menos caducas, que Neumann toma como sua tarefa tentar articular.

Franz Neumann dirá em *The Rule of Law...* que o nazismo é a realização efetiva do decisionismo schmittiano. Nesta construção revela-se, numa só expressão, as dimensões objetiva e subjetiva das três crises apontadas acima: o monstro do decisionismo schmittiano torna-se carne na Alemanha, efetivando o que poderia parecer impossível à luz da teoria. Trata-se então de *examinar o monstro*; explicar como ele foi possível, juntando os cacos teóricos que ainda mantêm algum poder de figuração.

A imensa quantidade de teorias e teóricos que aparecem nas páginas de *The Rule of Law...* não é sinal de dispersão, tampouco é mera casualidade – podemos citar Karl Marx, Karl Renner, Rudolf Hilferding, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant, Georg Friedrich Hegel, Max Weber e Carl Schmitt, só para ficarmos com os principais. Essa aparente dispersão é resultado do desespero da razão face a face com o inexplicado; trabalho de alguém que se dedicou a olhar fixamente os olhos da besta para buscar trazer dessa experiência possibilidades teóricas renovadas.

Do ponto de vista do marxismo, o impossível nazista revela-se particularmente inquietante. Franz Neumann coloca-nos diante de uma descrição desse regime a partir de suas instituições jurídicas. O ponto de vista privilegiado da descrição é o Direito sob o capitalismo que, segundo a formulação weberiana clássica, deveria exercer o papel de garantir a pre-

²⁶ É interessante notar que no texto “Reificação e consciência do proletariado”, parte de *História e Consciência de Classe*, Lukács identifica esse modelo de crítica em Marx – na sua Crítica à Economia Política – passando em seguida a aplicá-lo ao Direito e à Filosofia do Idealismo alemão.

visibilidade necessária para o bom funcionamento do mercado.²⁷ Olhado desse ponto de vista, o Direito precisa tornar-se cada vez mais *formal*, afastando de si quaisquer conteúdos morais e subjetivos pela adoção de normas gerais e abstratas, que se colocam à serviço do aprofundamento da racionalidade conforme a fins, tipicamente capitalista.²⁸

Nada mais distante do regime nacional-socialista do que esta formulação de um direito capitalista racional-formal. É nesse sentido que Neumann irá afirmar estar diante da *supressão do Direito de caráter não socialista*.²⁹ O processo de ascensão do nazismo buscou varrer da face da Alemanha a legalidade liberal, igualmente desprezada pela tradição socialista como o supra-sumo da alienação.³⁰ Mais do que isso, do ponto de vista do marxismo, apenas na sociedade socialista futura é que o Direito liberal-burguês seria suprimido. Ao afirmar que o Direito foi *atualmente* suprimido pelo nazismo, Neumann contribui para desarticular essa versão da crítica marxista ao Estado de Direito. O funcionamento real de um sistema capitalista sem a presença do Direito liberal é motivo mais do que suficiente para levantar um mar de dúvidas sobre o diagnóstico marxista do Direito como mera superestrutura.

Diante de um curto-circuito tão claro, em que a tradição conservadora e autoritária alemã e um certo socialismo colocavam-se como igualmente críticos à democracia liberal-burguesa, qualquer crítica ao Estado de Direito favorecia o regime fascista, alimentando sua tendência à destruição do Direito. A identificação desta tendência e suas possíveis conseqüências

²⁷ Toda a formação de Franz Neumann deu-se durante a República de Weimar. Grande parte do debate teórico realizado nessa época é incorporado por ele em seus trabalhos. Uma boa reconstituição deste debate pode ser encontrada em CALDWELL, P. C., *ob. cit.*

²⁸ WEBER, M. *ob. cit.*

²⁹ Olhado do ponto de vista típico-ideal, o problemático conceito de racionalidade weberiano não pode ter um conteúdo ontológico necessário. Assim, do ponto de vista de uma racionalidade conforme a valores, a formalização do direito seria considerada irracional. Segundo este ponto de vista, racionalização significaria aumento da materialização do direito, ou seja, a inclusão da dimensão moral e subjetiva no ordenamento jurídico que resultaria, no limite, na supressão das normas gerais e abstratas em favor do juízo subjetivo e arbitrário de um indivíduo.

³⁰ As análises de Neumann sobre o funcionamento do Direito no regime nazista devem muito ao livro FRAENKEL, Ernst, *Il doppio Stato: Contributo alle teoria della dittadura*. (trad. Pier Paolo Portinaro). Torino, Einaudi, 1983, mas têm uma feição muito mais radical por incluir a idéia da supressão do direito liberal pelo nazismo. Neumann *não* adota a explicação dualista do nazismo que o livro defende, em que direito e ausência de direito estariam presentes simultaneamente no mesmo Estado. Fraenkel afirma que, sob o nazismo, conviviam lado a lado dois tipos de Estado, cada um deles atuando com uma racionalidade própria: o chamado “Estado normativo” mantinha a racionalidade do direito liberal funcionando de forma seletiva e excludente, ao lado do “Estado discricionário”, marcado pelo arbítrio e pela violência. O autor não demonstra os pontos de articulação entre os dois pólos dessa dualidade, limitando-se a colocar esses dois Estados lado a lado, sem explorar convincentemente suas mediações.

forçou Neumann a realinhar seus conceitos sem abandonar a tradição socialista, mas dando-lhe uma versão original.

O principal problema de Neumann é a evidência da instauração de um *poder sem medidas*, de um poder absoluto sem o controle da *forma direito* (*Rule of Law*) – marcado pela *redução da forma jurídica a uma mera forma*, mero invólucro para decisões completamente arbitrárias³¹ – convivendo lado a lado com um regime capitalista. Essa situação é apresentada como a *realização prática do decisionismo schmittiano*, que nada mais é do que a *supressão do Direito*, reduzido a uma *mera técnica*, forma vazia a serviço da força bruta, sem qualquer dignidade própria, pois despidido do conteúdo ético que lhe é essencial.³² *The Rule of Law...* termina com a seguinte afirmação:

We therefore sum up: That law does not exist in Germany, because law is now exclusively a technique of transforming the political will of the Leader into constitutional reality. Law is nothing but an *arcanum dominationis*.

Esquemmatizando um pouco os argumentos do autor temos, de um lado, a *realização completa do Direito na sociedade futura*, que consiste na permanência de *uma certa tensão* entre vontade individual e vontade geral

³¹ Esta coincidência involuntária de perspectivas sugere uma reflexão sobre o significado da retomada de diversos conceitos de Carl Schmitt por alguns teóricos contemporâneos não identificados abertamente com uma posição conservadora, muito pelo contrário. O exemplo central é AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – O Poder Soberano e a Vida Nua*. Belo Horizonte, Ed. UFMG, 2002 e idem. *Lo stato di eccezione*. Bollati Boringhieri, 2003.

³² Em MÜLLER, Ingo. *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*. (trad. Deborah Lucas Schneider), Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1991, há uma análise impressionante da formação e do funcionamento do Poder Judiciário alemão, composto por membros da elite conservadora prussiana, fiel ao ideário do Império. Os juízes alemães posicionaram-se de modo claramente tendencioso em relação aos atentados nazistas durante a República de Weimar, antecipando a desmedida, a irracionalidade jurídica, que caracterizará o regime nacional-socialista. Isto fica muito claro com a comparação que Ingo Müller faz entre esses julgamentos e aqueles que envolviam militantes socialistas. É quase inacreditável ler as transcrições de partes das sentenças e das audiências. As sentenças, que quase sempre absolviam os criminosos nazistas ou aplicavam-lhes penas irrisórias, eram repletas de elogios explícitos e entusiasmos à sua “ação patriótica”. Na audiência do processo sobre o incêndio do *Reichstag*, Göring, um dos ouvidos em juízo, aos gritos, fez ameaças explícitas ao advogado de defesa e aos acusados, sob a complacência do magistrado que presidia os trabalhos. Muito mais grave do que tudo isso é perceber que, mesmo antes de Hitler assumir o poder total na Alemanha, as Cortes já trabalhavam com um *standard* jurídico que seria fundamental para a prática de atos arbitrários sob o regime nazista: “o bem do povo alemão”. Essa constatação aparentemente reforça a análise de Neumann da materialização do Direito sob o capitalismo monopolista.

(definidas em termos rousseauianos)³³ figuradas por normas gerais abstratas que tornariam as decisões dos aplicadores do Direito racionalmente previsíveis.³⁴ Este o estágio final do processo de racionalização do Direito.³⁵

De outro lado, no ponto mais baixo e degenerado do espectro teórico, temos o decisionismo schmittiano, realizado efetivamente na sociedade nazista. Em termos weberianos, sempre tomando como referência a necessidade capitalista de um agir conforme a fins – a necessidade de um direito racional-formal, composto de regras gerais e abstratas – o nazismo seria um processo de *regressão da racionalização* do direito, marcado pela materialização a níveis extremados, tendente à supressão do Direito..

Dizer que a Alemanha *vivia* a supressão do direito significava para Neumann que o conflito político também havia sido suprimido da

³³ É interessante notar que a Constituição alemã atual, redigida após a Segunda Grande Guerra e promulgada em 23 de maio de 1949, garante a supremacia da Constituição mesmo contra a soberania popular e permite a formulação dos pares antinômicos: “Estado de Direito” e “Estado de não-direito”, bem como “Democracia com Estado de Direito” e “ Democracia sem Estado de Direito”. *Verbis*: “Article 20 [Basic institutional principles; defense of the constitutional order]. (1) The Republic of Germany is a democratic and social federal state. (2) All state authority is derived from the people. It should be exercised by the people through elections and other votes and through specific legislative, executive and judicial bodies. (3) The legislature shall be bound by the constitutional order, the executive and the judiciary by law and justice.(4) All germans shall have the right to resist any person seeking to abolish this constitutional order, if no other remedy is available.” (tradução para o inglês publicada no *site* do Parlamento alemão – www.bundestag.de). O art. 20, (3), da Constituição alemã, diz claramente que a soberania popular está submetida à ordem constitucional, o que significa que ela não existe *fora* do Estado de Direito. Conforme a interpretação de HESSE, Herman. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. (trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1998, pp. 113-114, o elemento fundamental da ordem estatal é o *princípio democrático*, garantido pelo art.20, (1), da Constituição alemã, unido ao *Estado de Direito* na forma de um “estado social de direito”. O autor explica que essa construção dogmática é uma “reação contra o desprezo pelos princípios estatal-jurídicos na época do regime nacional-socialista”.

³⁴ Note-se que Neumann não defende a identificação de vontade geral e vontade individual na sociedade futura e portanto, parece que estamos diante de um autor marxista que efetivamente abandona o modelo do Absoluto hegeliano como meta final da Revolução socialista. Se levarmos em conta a conhecida afirmação de Adorno de que Marx apenas invertera o modelo hegeliano, colocando o Absoluto no final do processo ao invés do começo, nossa constatação ganha uma relevância ainda maior. Mas este argumento demanda maior análise do texto de Neumann para ser adequadamente justificado.

³⁵ É preciso tomar cuidado nesta questão, pois Neumann é o primeiro a afirmar que a materialização do direito é inevitável na fase monopolista do capitalismo: não estamos diante de um detratador do direito materializado. Não sabemos ainda qual o significado exato da previsibilidade jurídica advogada por Neumann, mas certamente não será aquela defendida por teóricos iluministas como Sieyès, para quem os Códigos poderiam ser tão perfeitos, se conformes aos princípios da razão, que qualquer indivíduo seria capaz de aplicá-los aos casos concretos que se lhe apresentassem. Nesta perspectiva teórica – cuja fonte primeira é *O Espírito das Leis*

sociedade. O regime fascista promoveu, ao mesmo tempo, a *materialização do direito* e a *eliminação do conflito político*, subtraindo o conteúdo ético que caracterizaria o Direito como tal, o que o teria transformado em mera técnica. São acrescentadas aos textos jurídicos expressões indeterminadas como “a vontade do Führer”, capazes de tornar completamente arbitrárias as decisões do aplicador da norma, abrindo espaço para a eliminação sistemática do antagonismo político e, portanto, transformando a *forma direito* em forma vazia.

O que é mais espantoso nesse processo – tanto do ponto de um certo socialismo quanto da análise weberiana do capitalismo – é sua convivência pacífica com o sistema capitalista. O sistema continua a funcionar, imerso em um estado de normalidade, mesmo diante da irracionalidade material do direito que lhe serve de sustentação institucional.³⁶ Podemos levantar a hipótese de que, se é possível pensar numa racionalidade material do direito posta a serviço da racionalidade conforme a fins capitalista, parece plausível levantar dúvidas sobre o poder do aparelho conceitual weberiano de captar o sentido que os agentes sociais conferem à sua ação: *ao invés de mais formalização o capitalismo monopolista demanda maior materialização*, processo levado à degenerescência pelo nacional-socialismo.

de Montesquieu – o procedimento judicial ficaria reduzido a um juízo de fato, ou seja, à verificação dos fatos previstos na lei diante do caso concreto. Como diz Montesquieu “Les Juges de la nation... ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.” A figura do técnico em direito seria característica de uma ordem jurídica marcada pela multiplicidade e irracionalidade das leis. (Sobre este ponto BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. (trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995, p. 67 e NEUMANN, Franz. *The Rule of Law...*, pp.224 e ss.) Se o conceito de previsibilidade de Neumann não é este, é preciso imaginar qual seria seu conceito de certeza e segurança jurídica. William Scheuerman, neste ponto, faz uma interpretação um pouco apressada da posição de Neumann, entendida como uma defesa do Direito contra a materialização, tomada em seu sentido weberiano. Parece que Neumann caminha no sentido de uma idéia de *materialização racional do Direito* em que materialização não significa necessariamente irracionalidade.

³⁶ Como dito acima, Neumann toma Weber como descrição do real e não como um autor que analisa a sociedade por intermédio de tipos ideais. Nesse sentido, faz uma reconstrução do pensamento weberiano sobre o Direito dando-lhe um sentido evidentemente diferente do original. Neumann ressalta o fato de que a previsibilidade, que é a razão básica para o desenvolvimento histórico da *Rule of Law*, na verdade passa a atrapalhar o pleno funcionamento da economia no momento em que as demandas sociais passam a ser incorporadas ao direito positivo, criando-se assim uma incompatibilidade entre as duas esferas. Isso fica claro com o nazismo, que implementa o capitalismo por intermédio do esvaziamento do conteúdo ético da forma direito, reduzida a mero invólucro de decisões arbitrárias; acompanhada da supressão do conflito político, ou seja, a neutralização do poder subversivo da classe operária.

Diante desse quadro, com o auxílio dos conceitos à sua disposição, Franz Neumann *recusa-se a identificar, sob o regime capitalista, materialização e irracionalismo*³⁷, identificação esta aceita por muitos teóricos, até os dias atuais.³⁸ Para Neumann, seria possível falar numa racionalidade e num processo de racionalização do direito mesmo diante do desenvolvimento do capitalismo monopolista (que traz consigo, é bom reforçar, *necessariamente*, a materialização do direito). Aqui a justificativa de sua defesa do Estado de Direito contra o nazismo – e contra parte das teorias socialistas – e seu esforço por subtrair a cópula da expressão “Estado de Direito liberal e burguês”.

Nossa hipótese de leitura neste ponto é que Neumann pode estar indicando um caminho para a superação do quadro conceitual weberiano

³⁷ Tanto Neumann quanto Schmitt utilizam o conceito de *instituição* em suas análises do Direito, inspiradas pelas teorias institucionalistas francesas. Sobre a leitura do institucionalismo por Carl Schmitt, v. MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo, Max Limonad, 2001. O autor mostra como Schmitt incorpora o institucionalismo como crítica ao direito liberal, pensando o funcionamento do Estado em épocas de normalidade política. Seria muito interessante comparar essas duas incorporações do institucionalismo, porquanto parece ser possível demonstrar que certa normalidade institucional é comum tanto a regimes totalitários quanto a regimes democráticos: a diferença está no *fundamento* dessa normalidade política. Nesse sentido, o institucionalismo lido por Schmitt ganha um registro irremediavelmente fascista, inescapavelmente conservador e radicalmente antidemocrático. Em sua teoria há sim espaço para a construção de uma certa normalidade, mas desde que fundada no arbítrio, sob o signo do par conceitual amigo-inimigo e da soberania entendida como a possibilidade de decidir *fora do direito* e *a qualquer momento*, sobre quem deve ser considerado inimigo (e, portanto, quem deve ser fisicamente eliminado da sociedade). Em Schmitt, o institucionalismo é secundário e instrumental, forma vazia a serviço da soberania. Em nossa opinião, se existe algo central no pensamento de Carl Schmitt é seu peculiar conceito de *soberania* e a defesa da formação de uma *comunidade*, responsáveis por uma concepção de normalidade política essencialmente instável e temporária, subtraída de qualquer antagonismo político relevante, visando à homogeneidade cultural e ideológica contra o pluralismo político, na esteira do que havia de mais retrógrado e autoritário na tradição do pensamento conservador alemão. Sobre este ponto v. BREUER, Stefan. *La Rivoluzione Conservatrice: Il pensiero di destra nella Germania di Weimar*. (trad. Camilla Miglio). Roma, Donizelli Editore, 1995; BEAUD, Olivier. *Les Derniers juors de Weimar: Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*. Paris, Descartes & Cie, 1997; MOSSE, George L. *The Crisis of German Ideology: Intellectual Origins of the Third Reich*. Nova Iorque, Howard Fertig, 1998; MALDONADO, Tomás (org.). *Tecnica e Cultura: Il dibattito tedesco fra Bismark e Weimar*. Milano, Feltrinelli, 1991; BOLAFI, Angelo. *Il Crepuscolo della Sovranità. Filosofia e politica nella Germania del Novecento*. Roma Donizelli Editori, 2002. A formação real de um pólo de poder total na Alemanha nazista é ressaltada por Franz Neumann em *The Rule of Law...*, bem como nas obras: ARENDT, Hanna. *Origens do Totalitarismo*. (trad. Roberto Raposo). São Paulo, Cia das Letras (especialmente em seu capítulo final); KERSHAW, Ian. *Hitler: 1889-1936. Hubris*. London, Penguin, 1998; HILBERG, Raul. *The Destruction of European Jews*. Harpercollins College Div, 1979; além do citado livro de Ingo Müller.

³⁸ NEUMANN, Franz. *The Rule of Law...*, pp. 29-31

na ligação necessária que estabelece entre a permanência da forma Direito e a presença do conflito político, bem como de sua expressão em cláusulas gerais, no Parlamento, no direito adquirido e em outros institutos jurídicos. A ausência de conflito político e de sua institucionalização seria o diferencial entre um regime fascista e outro democrático, ambos marcados pela materialização do direito. Num caso, teríamos a presença da forma direito como mediação dos conflitos políticos e, no outro extremo, a materialização irracional do decisionismo schmittiano, ou seja, a supressão nazista da forma direito.

Por esta razão, será possível para o autor afirmar que *o direito liberal tem um cerne material que lhe é essencial*.³⁹ E é esta a característica que abre a possibilidade de pensar a transcendência da forma direito liberal em relação ao regime capitalista pois, sob o capitalismo monopolista, *o direito liberal deixa de ser mera forma* ao garantir um entrave ao poder despótico na forma da *Rule of Law*. Além disso, ao normalizar o mercado, incluindo o conflito distributivo dentro do Direito – pois a classe operária passa a tomar parte no processo parlamentar, incorporando suas reivindicações na forma de lei – abre-se a possibilidade de agudizar esse processo de relativização da propriedade privada, cujo estágio final seria a supressão da propriedade privada dos meios de produção.

Retrocedendo um pouco na argumentação, Neumann afirma, com Hilferding, que, no capitalismo em fase monopolista, a intervenção do Estado elimina a *seleção natural* do mercado por meio de tarifas, impedimento de importações, proibição da criação de novos empreendimentos e pela criação compulsória de cartéis.⁴⁰ O resultado é o fim do livre empreendedor, transformado num funcionário do empreendimento e colocado a serviço dos acionistas. Como consequência, o conflito transfere-se da arena da luta de classes para a esfera do Estado, ou seja, para o âmbito

³⁹ SCHLUCHTER, Wolfgang. *The Rise of Western Rationalism. Max Weber Developmental History*. (trad. Guenther Roth). Berkeley, California University Press, 1985.

⁴⁰ Caso nossa leitura esteja correta, parece ser plausível a hipótese de uma ruptura com o aparelho conceitual weberiano ao encontrarmos em Neumann uma defesa da convivência do direito material e do direito formal, ponto que se contrapõe ao sentido da racionalização weberiana "... embora a ação seja racionalizável no interior de cada uma dessas esferas (a da racionalidade formal, voltada para a maximização de um fim qualquer, e a da racionalidade substantiva, amarrada a uma determinada consideração valorativa), não é possível obter-se uma racionalidade abrangente, que envolva, ao mesmo tempo, as ações no interior de cada esfera e as ações entre componentes de ambas." COHN, Gabriel. "Sobre o significado da racionalização". In: *Crítica e Resignação: Max Weber e a Teoria Social*. São Paulo, Martins Fontes, 2003, pp. 241-242.

político. Isso fica claro na Alemanha de Weimar, cuja formação institucional fundou-se em uma série de contratos sociais em que o Estado atuou como terceiro *neutro* em relação aos interesses das classes.⁴¹

O Direito sofre diversas modificações nesse processo, mas a questão central é a incorporação de *standards legais* no ordenamento jurídico, que modificam inclusive a estrutura de parte das normas jurídicas e, conseqüentemente, sua forma de aplicação: ao invés de normas que prevejam hipóteses gerais e abstratas de conduta, pressupondo a ocorrência de certos fatos na realidade, temos agora regras que incorporam expressões de significado deliberadamente impreciso e vago para que o aplicador da norma possa ter um grau mais amplo de discricionariedade em sua aplicação. Por exemplo, a idéia de “boa fé” no direito privado.⁴²

Neumann trata esses *standards legais* de forma bastante sofisticada, mostrando como revelam as contradições entre o Direito liberal e o capitalismo. De um lado, eles são inevitáveis e até mesmo necessários: é preciso adotar essa forma de regulação para que o Estado possa realizar suas funções de mediação do conflito entre as classes. É também pelos *standards* que o conflito se expressa institucionalmente:

Legal standars fulfil theis decisive function in any law which deals with the relations of monopolies. They appear wherever the legal system is confronted with the problem of private power.⁴³

De outra parte, esses mesmos *standards* podem colocar em perigo a racionalidade do Direito, caso sejam disseminados indiscriminadamente pelo ordenamento jurídico e caso o conflito político deixe de preenchê-los com seu conteúdo, necessário para o funcionamento da *Rule of Law*. Forçando um pouco a explicação, o decisionismo de Carl Schmitt poderia ser descrito como a defesa de um sistema jurídico dotado de uma única norma suprema com a forma do *standard legal*: “a lei é a vontade do Führer”.

Nesse sentido, considerada a realidade da eliminação do conflito político e a plena centralização do poder, nas mãos do Führer e de um pequeno grupo de pessoas, poderíamos levantar a hipótese de que *o regime*

⁴¹ NEUMANN, Fraz, ob. cit. pp. 266 e ss.

⁴² Idem, ob.cit., p. 271.

⁴³ Esta discussão é central para o Direito brasileiro atual, especialmente após a promulgação do Novo Código Civil, e está longe de estar resolvida. O estudo da obra de Neumann pode trazer novos elementos para esse debate. Para o estado atual da questão vide MARTINS-COSTA, Judith H. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

nacional-socialista realizou de forma completa a certeza e segurança jurídicas, demandas características do direito liberal-burguês. Ao invés da plena imprevisibilidade, como afirma a maior parte dos teóricos do regime nazista, temos a previsibilidade completa de um sistema em que não há surpresas nascidas da sociedade.

Nesse regime, os responsáveis por tomar as decisões relevantes formam um pequeno grupo de pessoas que age conforme uma rígida ideologia e realiza barganhas entre si⁴⁴, estas, muito menos perturbadoras para o bom funcionamento do mercado do que o conflito distributivo aberto, protagonizado pela classe operária. Nada mais adequado para o funcionamento capitalista do que esse ambiente de total ausência de oposição operária – ou de oposição *tout court* – e portanto, da quase que completa previsibilidade das decisões das autoridades públicas. A supressão nazista do Direito cria um ambiente ideal para o funcionamento do capitalismo, a despeito (ou quem sabe *pour cause*) de sua desumanidade.

Para Neumann, a persistência da forma Direito está ligada ao fato de que o preenchimento do sentido dos *standards* deve ser realizado num contexto de conflito político. Na realidade, a forma Direito só faz sentido do ponto de vista da emancipação da sociedade, ou seja, do ponto de vista socialista, se operar num contexto marcado pelo conflito mediado pelo Estado. Prova disso é a seguinte afirmação: *o Direito só exerce a função de ocultar o poder da burguesia quando a classe operária não tem uma participação efetiva no parlamento.*

We have, therefore, not two functions standing in an antagonistic relationship: law is, so to speak, an expressive ideology [*Ausdrucksideologie*] but it is at the same time, a veiling [*Verhüllungsideologie*]. The latter function has two aspects. It veils the rule of the bourgeoisie, since the invocation of the rule of law makes it unnecessary to name the real rulers in society; at the same time, the invocation of the rule of law veils the unwillingness of the ruling classes for social reform. (...) This, however, implies that the emphasis laid upon the rule of law depends upon the fact that Parliament on the whole is a representation of bourgeois interests, that is to say, that the proletariat has not reached the stage of being a political power dangerous to the interests of bourgeoisie.⁴⁵

⁴⁴ NEUMANN, Franz, ob. cit., p. 279.

⁴⁵ Este ponto será extensamente analisado por Neumann no seu livro posterior, *Behemoth*.

Anovidade do regime nazista despertou a necessidade da reconstrução teórica neumanniana, constatado o fundamento irracional do regime capitalista em fase monopolista, agudizado pelo fascismo alemão. Tomando como contraponto a análise lukacsiana, a forma direito teria cessado de exercer a função de ocultar a irracionalidade da parte sob a aparência de racionalidade do todo. Na descrição de Lukács (aqui fortemente influenciada por Max Weber), sob o regime capitalista o Direito precisa ser racional, ou seja, baseado em regras gerais que são aplicadas mecanicamente pelo juízes. Como o processo de produção de mercadorias pela empresa, o Direito também sofre uma sistematização racional no sentido da formação de um sistema *fechado*, capaz de prever todos os casos de conflitos futuros. Só assim o Direito poderia colocar-se a serviço do cálculo exato de possibilidades futuras, necessário para dar uma aparência racional à irracionalidade do capitalismo.

Numa síntese quase indecente do pensamento de Lukács, poderíamos dizer que o sistema jurídico opõe-se aos acontecimentos particulares da vida social com potencial anti-sistêmico, negando sua peculiaridade, ou seja, apresentando-os como subsumíveis a leis gerais e abstratas que aparentemente os normalizam. Dessa maneira, o Direito mantém-se como sistema aparentemente racional, a despeito do fato de que o capitalismo não cessa de revolucionar a si mesmo. Do ponto de vista do sujeito, o sistema jurídico dá a aparência de continuidade e estabilidade para um sistema em constante convulsão. Assim, o Direito contribui para reproduzir a atitude contemplativa do sujeito que busca apenas calcular e prever as hipóteses possíveis de evolução do sistema, evitando a arbítrio individual e tentando não intervir em seu bom funcionamento.

Ora, num Estado em que o Direito torna-se irracional não seria mais defensável a idéia de que sua função essencial seria a de ocultar a irracionalidade que se insinua nas franjas do sistema. A irracionalidade passa a ser a norma: *a desmedida está a serviço da reprodução normal do sistema capitalista*. O que é mais surpreendente na análise de Neumann é que essa irracionalidade do direito material surge como algo de *necessário* na fase monopolista do capitalismo, aprofundando-se de forma nefasta sob o regime nazista. A irracionalidade material do Direito não é uma monstruosidade, é algo que decorre do desenvolvimento normal do capitalismo. Monstruosa é sua degradação nazista em forma vazia, mera técnica a serviço da força.

⁴⁶ Idem, ob. cit., pp. 254-5.

Daí a tentativa de Neumann de pensar a materialização num sentido racional e socialista ao afirmar a transcendência ética do Direito liberal. Forçando um pouco a argumentação, poderíamos dizer que um sistema jurídico que contivesse apenas um *standard* seria ainda um sistema jurídico (não seria a supressão do Direito), desde que o conflito político fosse mantido como elemento atuante no preenchimento de seu sentido. Nesse caso, parece que restaria algo do sentido ético transcendente que Neumann atribui à *Rule of Law*.

No caso do nazismo, afirmar que “a lei é a vontade do Führer” significou a supressão do conflito político (que permitiria alguma instância de controle das decisões do soberano) e, por consequência, da forma Direito. Franz Neumann coloca-nos diante de um Estado sem Direito (trata-se também de um não-Estado, como dirá em *Behemoth*), apontando para a necessidade de seguir o caminho inverso, na direção da *racionalização do Direito material*, portanto, da *valorização do antagonismo político*, sob a forma da *Rule of Law*.

No exame desse conjunto de instituições, em cujo vértice estão o *conflito político* e o *Estado de Direito* – acrescentando-se-lhes a utopia da plena realização do Direito numa sociedade sem classes – talvez possamos encontrar um conceito para a problemática noção de *democracia socialista*. Ao menos podemos tentar buscar um sentido para as palavras *Direito e Democracia* que não seja incompatível com a utopia de uma sociedade sem classes.

Resta averiguar em detalhe se essas pistas e indicações de Neumann realmente fazem algum sentido quando colocadas umas ao lado das outras. Mas, mesmo que não seja possível encontrar ligações completamente coerentes entre elas, as inquietações e provocações dos “achados críticos” do autor permanecem incômodas aos olhos da teoria, ainda que não se prestem a fazer sistema. Mas nem só de sistema vive a filosofia.

JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ é doutorando em Filosofia pela Unicamp e pesquisador do Núcleo Direito e Democracia do Cebrap.

SOBRE MORAL, DIREITO E DEMOCRACIA¹

ALUISIO A. SCHUMACHER

Na fala cotidiana, o direito é freqüentemente apresentado como instrumento de opressão a serviço dos ricos e poderosos. Aparece também como domínio exclusivo de especialistas, advogados e juristas. Estamos habituados a não ver nenhuma relação entre direito e democracia, cuja estabilidade associamos a instituições de representação, eleições diretas regulares e sistemas partidários. Na universidade, essas duas áreas de conhecimento também se apresentam separadamente: o estudo do direito cabe à ciência jurídica, enquanto o problema da democracia está reservado à ciência política.

O objetivo deste artigo é contrariar esse estado de coisas. Partir do parentesco entre moral e direito, instituições sociais que desempenham a mesma função normativa básica: realizar a coordenação entre as ações de diferentes atores sociais, viabilizando a cooperação social; apresentar o direito moderno e suas principais funções na sociedade contemporânea e explicitar a relação entre direitos humanos e soberania popular, sugerindo que um depende do outro no que concerne à prática de autodeterminação democrática dos cidadãos.

O direito que nos interessa discutir aqui não é o sistema fechado reservado a especialistas, mas a instituição social aberta à moralidade que brota da sociedade. Esperamos com isso apoiar a compreensão de que, em certo sentido, também “produzimos” direito e, por isso, o grau em que ele funciona como instrumento de opressão ou de emancipação depende também de nossas práticas políticas e sociais e do uso que dele fazemos.

¹ Este texto foi elaborado para compor o Caderno Ética e Cidadania do projeto Pedagogia Cidadã. Agradeço a Alba Munari Schlesinger pela leitura atenta e contribuições, e aos colegas Juvenal Zanchetta Jr, Maria das Graças R. Moreira Petrucci, Pedro Tosi e Teresa Malatian pelas sugestões.

Dessa compreensão do direito, retiraremos implicações que convergem para não separar o jurídico do político. Trabalharemos para introduzir uma visão mais rica de democracia, a deliberativa ou participativa, não limitada à questão do regime político, mas conectada ao Estado de direito, isto é, ao grau de efetividade dos direitos da cidadania na sociedade. No interior dessa concepção, o direito aparece indissolúvelmente ligado à democracia, cujo desenvolvimento depende das condições de comunicação e procedimentos de formação da opinião e da vontade democráticas, únicas fontes de legitimação das leis e políticas governamentais.

A ligação proposta entre direito e democracia parte do seguinte pressuposto geral de qualquer sistema jurídico ocidental: todos os indivíduos são dotados de um grau básico de autonomia e responsabilidade. Premissa que torna

todo indivíduo uma pessoa jurídica, um portador de direitos e obrigações formalmente iguais não só no domínio político mas também nas obrigações contratuais, civis, criminais e tributárias, nas relações com órgãos estatais e em muitas outras esferas da vida social. Presume-se aqui que somos tão autônomos e responsáveis quanto as outras partes que realizam transações conosco. (O'Donnell 1998: 39)

Por isso, para garantir a autonomia das pessoas jurídicas, individual e/ou coletivamente consideradas, é que as constituições dos Estados-nação asseguram direitos humanos fundamentais. Muitos autores adotam o enfoque da autonomia para teorizar sobre a ligação entre direito e democracia.² Aqui, vamos nos orientar basicamente pela reconstrução do direito e da democracia proposta por Habermas (1996). Com base em modelo derivado do uso da linguagem, desenvolvido a partir de 1970, esse autor propõe, nos anos 1980, uma ética da comunicação que, nos anos 1990, incorpora um procedimento democrático e proporciona base para a justificação dos direitos. Em vez de recorrer a abordagens derivadas da idéia do contrato social entre indivíduos racionais isolados, Habermas liga a interpretação e a validação dos direitos à anuência

2 Dahl (1989), Dworkin (1999), Held (1987) e muitos outros. Especificamente, sobre o tema da constituição do sujeito autônomo moderno, Taylor (1985 e 1989).

democrática.³ Vejamos inicialmente alguns aspectos que aproximam e afastam direito e moral enquanto instituições sociais.

MORALE DIREITO: FUNÇÃO SIMILAR E MEIOS DIFERENTES

Para apresentar a função normativa comum à moral e direito, pensemos numa sociedade sem nenhum tipo de autoridade pública, isto é, sem tribunais nem legisladores, onde o controle da vida social se exerceria somente pela atitude geral do grupo em relação a seus próprios modelos de comportamento. Em tal contexto, práticas contrárias às expectativas sociais poderiam ser objeto de desaprovação. Assim, determinadas expressões faciais ou modalidades de linguagem corporal, com o uso, poderiam se consagrar como maneiras de censurar comportamentos, sendo aprendidas e mantidas de geração em geração.

Com o tempo, essas modalidades sociais de reprovar comportamentos poderiam converter-se em uma estrutura de regras primárias ou de obrigação. Isto é, de regras fundamentais prescrevendo ou determinando a realização ou a abstenção de certos tipos de comportamento; ou, ainda, de regras impondo determinadas obrigações.

É claro que nossa ilustração só se refere a uma dimensão restrita do que se entende por moral. Nada dissemos a respeito de atitudes e sentimentos individuais em relação a outros sujeitos, nem tampouco sobre a responsabilidade do indivíduo em relação a seu próprio comportamento. Na verdade, estamos somente introduzindo as origens da moral e do direito enquanto instituições sociais construídas pelos próprios sujeitos. E, nesse sentido, nos referindo a práticas e maneiras de fazer coisas que, diferentemente de instintos, têm de ser aprendidas.

Para que uma sociedade possa viver exclusivamente sob o império de tais regras primárias, explica Hart (1961: 89-90), algumas condições precisam ser preenchidas. Em primeiro lugar, as regras devem compreender restrições à liberdade de recorrer à violência, ao roubo e à fraude, tentações que os seres humanos devem poder dominar, para coexistirem em relação de vizinhança. Em sociedades primitivas, tais regras aparecem juntamente com outras, que impõem aos indivíduos obrigações

³ A ética da comunicação de Habermas adota o seguinte princípio nuclear: “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos (comunicações) racionais” (Habermas 1996: 107).

de prestar serviços ou contribuir para a vida em comum. Além disso, mesmo que a sociedade aqui concebida já possa apresentar uma tensão entre os que aceitam as regras e os que as rejeitam, a não ser quando o receio da pressão social lhes conduza a se conformar, o segundo grupo tem de ficar restrito a uma minoria. Do contrário, organizada de modo tão pouco rígido e com seus membros possuindo mais ou menos a mesma força, a sociedade concebida em nosso exemplo não se manteria.

Parte importante dessas regras primárias, lembra Haydon (1999: 31-32), tenderia a auxiliar os negócios da comunidade, protegendo seus membros contra a vulnerabilidade em face de perigos externos, bem como em relação a outros membros da mesma sociedade. Assim, se a comunidade emprega armas para caçar, é razoável supor a existência de normas para mantê-las em condições de uso. Além disso, na medida em que armas de caça podem ser potencialmente letais a membros do grupo, esses também devem ter elaborado normas sobre seu uso correto e segurança. Durante a caça, o comportamento de coordenação das ações dos membros do grupo e a cooperação resultante seriam vitais, pois sua ausência poderia implicar fome para a comunidade.

A existência de tais regras faz sentido sem a necessidade de introduzir qualquer distinção entre moral e direito. Nesse contexto, as crianças também aprenderiam que determinadas práticas são admitidas, enquanto outras não. E, isso, bem antes de terem clareza acerca das consequências que a violação das regras traz, no mundo dos adultos, para os sujeitos sociais.

Boa parte do quadro esboçado vale também para a educação em uma sociedade moderna e complexa como a que vivemos. A partir de expectativas de comportamento, as crianças aprendem, ainda hoje, práticas e maneiras de se comportar. Também aprendem que certas coisas não devem ser feitas. Passam a vivenciar e empregar expressões como ‘deve’ ‘não deve’, ‘pode’ ‘não pode’ e ‘certo’ ‘errado’, noções que reconhecem bem antes da apreensão dos termos ‘moral’ e ‘direito’ e da diferença entre o ‘moralmente incorreto’ e o ‘juridicamente incorreto’.

Chegamos assim à noção de que qualquer sociedade necessita de uma estrutura básica de regras sustentadas e comunicadas de geração à geração. Estrutura essa anterior à própria distinção entre moral e direito. No entanto, só uma pequena comunidade – estreitamente ligada por vínculos de parentesco, crenças e sentimentos comuns e dotada de um meio ambiente estável – poderia viver com sucesso sob tal regime de regras que não emanam de nenhuma autoridade. Na ausência dessas condições, três

tipos de dificuldades emergiriam (Hart 1961: 89-90):

a) A incerteza. Se surgirem dúvidas quanto às regras que devem ser usadas em determinado caso ou mesmo com respeito ao alcance de alguma regra, não haveria procedimentos para dirimi-las, tais como a referência a um código (texto) obrigatório ou a uma autoridade cujas decisões têm força obrigatória. Esses dois elementos, código e pessoas dispostas de autoridade, já pressuporiam a existência de regras com características diferentes das primárias. A essa dificuldade que atinge a estrutura social elementar baseada em regras primárias, denomina-se incerteza.

b) O caráter estático das regras. Em sociedades simples como a do nosso exemplo, mudanças nas regras só ocorreriam muito lentamente: através de um processo de desenvolvimento no qual linhas de conduta, inicialmente facultativas, tornam-se habituais e depois obrigatórias. Por meio de processo inverso, de caducidade ou desuso, os desvios, antes severamente punidos, passam a ser tolerados e na seqüência não mais percebidos. Em tal contexto social não seria possível adaptar deliberadamente as regras às circunstâncias, eliminando regras antigas e/ou introduzindo regras novas. Isso pressuporia, novamente, regras diferentes das primárias.

c) A ineficácia da pressão social difusa. Quando não há pessoas especialmente habilitadas para constatar, de modo irrevogável e obrigatório, o fato da violação das regras, as controvérsias relativas à questão de saber se determinada regra foi ou não transgredida aparecerão constantemente. Por isso fala-se que, na falta de tais agentes habilitados, a manutenção das regras só se dá por uma pressão social difusa, exercida pelos próprios interessados.

Para sanar essas três dificuldades, inerentes àquela forma elementar de estrutura social, as regras primárias, que obrigam a realização ou abstenção de certos comportamentos, têm de ser apoiadas por regras secundárias. Regras prescrevendo que homens e mulheres possam, ao realizar certos atos ou pronunciar determinadas palavras, introduzir novas regras, abolir ou modificar antigas; determinar a incidência de regras ou controlar sua implementação e operação. Enquanto as regras primárias impõem obrigações, as secundárias conferem poderes públicos ou privados e determinam a maneira pela qual as primeiras podem ser identificadas, promulgadas, derogadas ou modificadas, além de estabelecerem definitivamente o fato de sua violação.

A introdução de maneiras de lidar com essas dificuldades pode ser considerada como um caminho que vai de um mundo pré-jurídico a um mundo jurídico. O direito vem complementar a fraqueza da moral nos três

aspectos acima tratados, mas a moral continua a exercer pressão sobre o direito, suas normas e decisões, através de impulsos normativos que provêm da sociedade.

Para combater a primeira dificuldade, a incerteza, Hart (1961: 92-3) esclarece que o remédio é proporcionar uma regra de reconhecimento. Do ponto de vista histórico, a redação de regras até então não-escritas é uma das etapas que separa um sistema pré-jurídico de um sistema jurídico. O aspecto decisivo está no reconhecimento da referência ao escrito enquanto fonte de autoridade, isto é, como constituindo a maneira correta de resolver dúvidas relativas à existência da regra. Quando a força do escrito intervém, aparece uma forma elementar de regra (secundária) de reconhecimento permitindo identificar decisivamente as regras primárias.

Num sistema jurídico desenvolvido, as regras de reconhecimento são mais complexas. Em vez de identificarem as regras referindo-se exclusivamente a um texto ou código, também o fazem por referência a características gerais das regras primárias: seja o fato de sua promulgação por órgão específico, tal como (ato do) poder legislativo; seja que tenham determinada relação com decisões judiciais, tais como sentenças precedentes a respeito de conflitos particulares. No primeiro caso, parafraseando o exemplo de Dworkin (1999: 42-3), é possível dizer que a proposição de que o limite máximo de velocidade nas auto-estradas do estado de São Paulo é 120 quilômetros por hora é verdadeira (melhor seria dizer correta) porque os legisladores que promulgaram a lei estavam no poder e porque o povo paulista aceitou, e continua aceitando, o sistema de autoridade usado nas Constituições estaduais e nacionais. Com relação à modalidade de identificação de regras que recorre a sentenças precedentes, pode-se ilustrá-la com a proposição de que o Estado deve indenizar os presos políticos discriminados e torturados durante a ditadura no Brasil como correta, porque a regra de reconhecimento aceita pelo povo brasileiro transforma as declarações dos juízes em direito.

O caráter estático do regime de regras primárias é vencido com regras de mudança. A forma mais elementar desse tipo de regra é a que habilita o indivíduo ou corpo de pessoas a introduzirem novas regras primárias para a regulação da vida do grupo ou de uma categoria de seus membros, eliminando assim as regras antigas. Tais regras possibilitam atividades como testamentos, contratos e transferências de propriedade, além de numerosas estruturas de direitos e obrigações criadas voluntariamente e típicas da vida jurídica. Essas regras que habilitam o indivíduo explicitam em linguagem jurídica a instituição moral que denominamos

promessa.

O terceiro complemento introduzido no regime elementar das regras primárias, com a finalidade de remediar a ineficácia da pressão social difusa que o caracteriza, consiste, de acordo com Hart (1961: 94), em regras secundárias habilitando os indivíduos a resolver com autoridade a questão de saber se, em determinadas circunstâncias, uma regra primária foi transgredida. Denominamos regras de decisão às regras secundárias que conferem o poder de dividir as questões. Além de permitirem identificar os indivíduos chamados a julgar, tais regras estabelecem o procedimento seguido. Definem também um grupo de conceitos jurídicos importantes: juiz, tribunal, poder de jurisdição e poder de julgamento.

A articulação das regras primárias de obrigação e das regras secundárias de reconhecimento, mudança e decisão constitui a estrutura central de um sistema jurídico. Representa também instrumento extremamente fecundo para analisar grande parte das fontes de perplexidade tanto do jurista como do cientista político. É importante notar que a maior parte das dificuldades de compreensão e deformações que atingem os conceitos jurídicos – por exemplo, tomar a autoridade jurídica simplesmente como fato físico de comando e obediência habituais, esquecendo da questão da legitimidade⁴, como faz a corrente positivista – provém do fato de que estes implicam uma referência ao que chamamos de ponto de vista interno ou do participante: a perspectiva daqueles que não se contentam em constatar e predizer o comportamento conforme as regras, mas que utilizam as regras como modelos que permitem avaliar seu próprio comportamento e o do outro.

Sob o regime simples das regras primárias, esse ponto de vista interno se manifesta em sua forma mais elementar: no fato de essas regras serem invocadas como fundamento de possíveis críticas, justificando

⁴ Na linguagem comum, o termo Legitimidade possui dois significados, um genérico e um específico. No seu significado genérico, Legitimidade tem, aproximadamente, o sentido de justiça ou de racionalidade (fala-se na Legitimidade de uma decisão, de uma atitude etc). É na linguagem política que aparece o significado específico. Neste contexto, o Estado é o ente a que mais se refere o conceito de Legitimidade. O que nos interessa, aqui, é a preocupação com o significado específico. Num primeiro enfoque aproximado, podemos definir Legitimidade como sendo um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. A crença na Legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado. (Bobbio 1986)

apelos à obediência, iniciativas de pressão social e penas para os infratores. Se acrescentarmos as regras secundárias ao sistema, então o campo daquilo que pode ser dito e realizado do ponto de vista interno se amplia e se diversifica bastante. Passa a compreender um conjunto de conceitos novos cuja análise requer referência ao ponto de vista interno: as noções de legislação, jurisdição, validade e, em geral, de poderes jurídicos privados e públicos. Antes de discutir o problema da legislação e a questão dos poderes privados e públicos, precisamos verificar como o direito lida com a realidade sociocultural complexa das sociedades contemporâneas.

DUALIDADE E FUNÇÃO DO DIREITO MODERNO⁵

Nas sociedades modernas, a complexidade vem acompanhada de uma variedade de formas de vida, isto é, de sua pluralização, além de uma individualização das histórias de vida. Em outras palavras, passa a haver inúmeras possibilidades de participar em diferentes grupos sociais e de construir uma história de vida específica, resultante de distintas inserções sociais. Em tal situação, diminuem os valores e convicções passíveis de unirem diferentes formas de vida. De modo que deixam de existir normas e crenças comuns unindo a sociedade como um todo.

A pluralização deu origem ao processo histórico-cultural que, desde Weber (1963), denominamos de desencantamento do mundo, processo a partir do qual os sujeitos sociais deixam gradativamente de compreender o mundo e a si mesmos com base em concepções religiosas. Consolida-se uma visão moderna de mundo sustentada culturalmente pelas esferas da ciência, moral-direito e arte. Com isso, explica Habermas (1987, I: 200-28), as questões de ordem cognitiva, normativa e expressiva se desligam das imagens religiosas de mundo e se desenvolvem segundo suas próprias lógicas internas: científica, moral-jurídica, e estética.

Assim, enquanto a pluralização e o desencantamento corroem os meios com os quais as comunidades poderiam auto-regular-se com base em crenças normativas e autoridades comuns, cresce em nossas sociedades uma ampla variedade de grupos e subculturas, com visões de mundo, valores e tradições próprias. Situação em que um número cada vez maior de conflitos, sobre diferentes questões, necessita de tratamento

⁵ As próximas três partes retomam com muitas supressões e modificações seções do capítulo quarto da tese de doutoramento do autor (Schumacher 2000).

por meio da obtenção de acordos explícitos, sob condições em que as bases para se alcançar tais acordos encurtam progressivamente. Espaços de vida anteriormente regulados por consensos implícitos passam a sofrer intenso questionamento, separando-se à medida que se intensifica o processo de racionalização da sociedade, isto é, de diferenciação entre questões de fé e questões científicas, entre questões de fé e assuntos que dizem respeito à justiça e à moralidade e entre questões de fé e julgamentos estéticos.

Além da pluralização e do desencantamento, cabe ainda acrescentar o fato de os processos de diferenciação social imporem, em nossas sociedades, uma multiplicação de papéis sociais, posições de interesse e tarefas funcionalmente especificadas. Essa diferenciação de funções na sociedade não só alcança um número crescente de esferas, como passa também a requerer dos próprios indivíduos a busca do sucesso individual.

Com base nessas considerações, podemos formular o problema da estabilização das sociedades modernas da forma como Habermas (1996: 26) propõe: a) como integrar socialmente formas de vida desencantadas, internamente diferenciadas e pluralizadas, se simultaneamente cresce o risco de dissenso, particularmente nas esferas de ação que se desligaram de autoridades sagradas e consensos implícitos? b) como obter estabilização num contexto em que a crescente necessidade de integração é pressionada por movimentos contrários, provenientes da economia capitalista – onde os agentes se orientam estrategicamente e decidem segundo seus interesses, observando condições de mercado – e das administrações – onde a estrutura hierárquica afeta a realização coordenada de metas coletivas. Esferas em que a coordenação social se realiza, ora por mecanismos anônimos de mercado que regulam/controlam as conseqüências da ação pelas costas dos atores, integrando-os sistemicamente através do dinheiro, ora através do poder.

Cabe ao direito moderno resolver problemas de coordenação social que surgem sob as condições acima descritas:

- onde a pluralização da sociedade fragmentou identidades e solapou crenças e convicções passíveis de produzirem consensos entre formas de vida diferentes;

- onde requisitos funcionais de reprodução material da sociedade, conduzidos pelo dinheiro e pelo poder, abrem a possibilidade dos indivíduos buscarem seus próprios fins num número crescente de espaços sociais.

A solução está em limitar a necessidade de acordo a normas gerais demarcando e regulando áreas de livre arbítrio, através de: a) direitos e estatutos jurídicos que devem proporcionar algo como um ambiente social estável no qual as pessoas possam formar suas próprias identidades como membros de diferentes tradições e perseguir estrategicamente seus próprios interesses como indivíduos; b) leis que devem resultar de processos discursivos que as tornem racionalmente aceitáveis para pessoas orientadas em direção a compreenderem os argumentos umas das outras e a decidirem com base nas razões mais consistentes.

Para atores orientados por seu próprio interesse, todas as características da situação se transformam em fatos avaliados à luz de suas próprias preferências. Atores orientados ao entendimento se apóiam numa compreensão conjunta da situação e interpretam os fatos negociados à luz dos melhores argumentos. Contudo, se essas duas orientações esgotam as alternativas disponíveis para sujeitos que agem, então as normas adequadas para integrar socialmente e constranger interações estratégicas precisam lidar com duas condições contraditórias: a) apresentar restrições fatuais que modifiquem a informação relevante de maneira que o sujeito que age estrategicamente se sinta compelido a adaptar objetivamente seu comportamento à linha desejada; e b) simultaneamente, desenvolver uma força social integradora passível de impor obrigações aos destinatários – o que só é possível se as normas forem resultado de processos abrangentes de consulta, argumentação e deliberação social.

Considerando que esse tipo de norma requer concordância dos agentes, simultaneamente pela coerção e pela legitimidade, a solução encontra-se no sistema de direitos, que confere às liberdades individuais a força coercitiva do direito. Aspecto que a própria história parece confirmar, já que o núcleo do direito moderno é composto de direitos privados. Eles configuram o alcance legítimo das liberdades individuais e, por isso mesmo, são talhados à busca estratégica de interesses privados. Logo, como assinala Rehg (1996: XIX), o direito é um sistema de regras coercitivas e procedimentos impessoais envolvendo também um apelo a razões que, pelo menos idealmente, todos os cidadãos deveriam considerar aceitáveis.

Em filosofia, mas também na realidade constitucional das sociedades ocidentais, esse duplo significado do termo encontra correspondência na concepção de direito que se firmou gradativamente a partir das obras de pensadores como Locke, Rousseau e Kant. Os três consideram tanto o caráter positivo do direito coercitivo, que em certo sentido obriga pela ameaça, como também do direito que garante nossas liberdades.

Também na linguagem cotidiana, a palavra direito é utilizada com duplo significado: como um sistema de regras (Constituição, código civil, código do consumidor, etc) que visa organizar a vida em sociedade, definindo o estatuto dos sujeitos e regulamentando suas relações sociais (políticas, econômicas ou familiares) e como prerrogativa de que dispõe cada indivíduo no contexto do sistema de regras, na medida em que reúne condições de aplicar uma dessas regras.

A dupla perspectiva das normas jurídicas, como leis da coerção e leis da liberdade, aparece com nitidez no caso dos direitos privados. Ao liberarem os motivos do comportamento conforme as normas, eles toleram uma atitude estratégica do ator em relação à norma, aquela em que o agente contraria a norma apostando que sua contravenção não será descoberta. Simultaneamente, enquanto elementos de uma ordem jurídica legítima, os direitos privados surgem revestidos de uma validade normativa, que supõe reconhecimento e convida os destinatários a segui-los pelo motivo não coercitivo do dever – o que sugere que uma ordem jurídica deve sempre possibilitar o cumprimento de suas regras independentemente do respeito à lei. Essa análise sobre o modo de validade do direito coercitivo também traz implicações para o processo legislativo.

Na medida em que os direitos de comunicação e participação política são constitutivos para a produção de regras legítimas, seu exercício por pessoas que agem simplesmente como sujeitos privados de direito civil é contraproducente. Tais direitos, ao contrário, necessitam de um comportamento comunicativo de cidadãos engajados. Assim, é razoável sustentar, como o faz Habermas (1996: 32), que o conceito de direito moderno já traz consigo a idéia democrática desenvolvida por Kant e Rousseau, de que a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica, construída sobre direitos, só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da vontade unida e concordante de todos os cidadãos livres e iguais.

As leis de coerção devem comprovar sua legitimidade como leis de liberdade através do processo de legislação. Para fazer frente a essa dificuldade, não haveria senão duas possibilidades: ou a ordem legal permanece embutida numa ética social global subordinada à autoridade de um direito divino (caso dos Estados absolutistas de transição à modernidade); ou as liberdades individuais são complementadas por direitos de outro tipo – de cidadania, que não visam à escolha racional (do indivíduo isolado), mas à autonomia (Habermas 1996: 33). Pois, sem garantias religiosas ou metafísicas, o direito coercitivo forjado para o uso auto-interessado dos direitos individuais só pode conservar sua força socialmente integradora na

medida em que os destinatários das normas jurídicas, em seu todo, puderem ao mesmo tempo se compreender como os autores racionais dessas normas.

Até aqui, estabelecemos que o direito moderno tem que se adequar, tanto às decisões descentralizadas de indivíduos orientados ao seu próprio sucesso em sociedades de mercado – logo aos requisitos funcionais da complexidade social –, como também manter uma base normativa possibilitando a ligação da justiça com procedimentos que apóiem sua legitimidade. Nos termos mais simples de Rasmussen (1994: 28), o direito integra a sociedade tanto pelo lado da coerção, como pela condição de possibilidade da implementação dessa coerção, a validade, que só pode ser derivada daqueles a quem se aplica. Qual das duas vai predominar em determinado momento ou deliberação, se coerção ou validade, é uma questão complexa: depende da cultura política da sociedade, do grau de difusão e qualidade da informação, da comunicação pública e das manifestações da opinião pública, do grau de empenho dos diretamente envolvidos no legislativo ou judiciário, dentre outros fatores. Talvez o uso do cinto de segurança em automóveis seja um bom exemplo de lei que conseguiu reunir coerção e validade, mobilizando os fatores mencionados. Podemos agora tratar da relação entre direitos humanos e soberania popular, abrindo caminho para conciliar autonomia privada com pública.

DIREITOS HUMANOS E SOBERANIA POPULAR

Os direitos humanos e o princípio da soberania do povo constituem as únicas idéias que podem justificar o direito moderno. As tradições políticas liberais concebem os direitos humanos como expressão da autodeterminação moral, enquanto as republicanas tendem a interpretar a soberania do povo como expressão da auto-realização ética. Na visão liberal, os direitos humanos se impõem ao saber moral como algo dado, ancorado num estado natural fictício; ao passo que na interpretação republicana a vontade ético-política de uma coletividade que se auto-realiza não reconhece nada que não corresponda ao próprio projeto de vida autêntico.

Enquanto os direitos humanos garantem aos indivíduos uma área de autonomia privada, ao abrigo das incursões do poder político, a soberania popular faz da vontade unificada do povo o fundamento da autoridade política e a garantia da autonomia pública dos cidadãos. Mesmo formando para a representação moderna da justiça um par indissociável,

essas aspirações à autodeterminação moral das pessoas e à auto-realização ética dos grupos e comunidades, descrevem no interior das doutrinas do direito um paradoxo nem sempre reconhecido:

Em sua acepção liberal, a dominante [em nossos dias], os direitos humanos são geralmente definidos de maneira negativa em relação ao poder político, ao qual impõem limites intransponíveis, necessários para preservar a autonomia moral dos indivíduos e prevenir a tirania da maioria. A anterioridade dos direitos subjetivos sobre o contrato social é o argumento que permite repudiar toda a lei atingindo os atributos imprescritíveis da pessoa, cuja origem (sob a forma de direitos) é em si não-política. Em sua expressão republicana, a soberania do povo é, ao contrário, concebida como a única fonte e instância de realização completa dos direitos individuais, cuja base é essencialmente política e comunitária, sendo que nenhum direito subjetivo poderia lhe pré-existir. (Langlois 1996: 311)

Para Habermas (1996), esse antagonismo deve ser atribuído à confusão na relação entre direito e moral que enfraquece a coerência teórica do direito. Pelo lado dos liberais, haveria a tendência de fazer a soberania popular depender de princípio moral racional anterior à emergência do político. Já, pelo lado dos republicanos, a igual dignidade dos indivíduos, enquanto membros do corpo social, derivaria da vontade geral.

Ao adotar o modelo da linguagem, Habermas (1996: 104) quer esclarecer a estrutura discursiva comum do direito e da moral, para mostrar que só uma validação intersubjetiva das normas jurídicas, que apela simultaneamente para a liberdade subjetiva dos indivíduos e para a autodeterminação democrática das comunidades, é capaz de conferir legitimidade ao direito positivo. No modelo proposto pelo autor, a co-originariedade da autonomia privada e pública se revela quando compreendemos o tema da autolegislação, segundo o qual os indivíduos são simultaneamente autores e destinatários de seus direitos. Tal enfoque possibilita compreender os direitos humanos como condições formais para a institucionalização jurídica dos processos discursivos de formação da opinião e da vontade, nos quais a soberania do povo assume um caráter vinculante, isto é, ligado por normas. Em outras palavras, são os direitos humanos que garantem a possibilidade de cada indivíduo atuar como sujeito autônomo livre e igual nos processos coletivos de discussão e decisão acerca das leis para todos.

Assim, sem direitos humanos básicos garantindo a autonomia privada dos cidadãos, também não há como institucionalizar juridicamente as condições que permitem a esses cidadãos o exercício de sua autonomia pública. Conseqüentemente, as autonomias privada e pública se pressupõem mutuamente de tal modo que nem direitos humanos nem soberania popular podem pretender a primazia uma em relação à outra. Se quiséssemos dar mais importância a uma em detrimento da outra, nos defrontaríamos com uma dificuldade semelhante àquela da pergunta: quem nasceu antes, o ovo ou a galinha?

Logo, a relação interna entre autonomia privada e pública requer um conjunto de direitos abstratos, que os cidadãos devem reconhecer se quiserem regular sua convivência por meio do direito positivo legítimo. Esse “sistema de direitos” fundamentais – que cada regime democrático concreto deve elaborar e especificar, delineando as condições gerais necessárias para a institucionalização de processos discursivos no direito e na política – compreende cinco categorias amplas (Habermas 1996: 122-23): (I) direitos a iguais liberdades individuais (subjctivas); (II) direitos relativos ao status de membro de uma associação voluntária de parceiros sob o direito; (III) direitos a proteção jurídica individual; (IV) direitos a iguais oportunidades de participação em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os cidadãos exercitam sua autonomia política e (através dos quais) criam direito legítimo; e (V) direitos a condições socioeconômicas e ecológicas de vida que garantam iguais oportunidades de utilizar os direitos civis elencados de (I) até (IV).

As três primeiras categorias garantem a autonomia privada dos cidadãos e estabelecem o código do direito, através do qual os cidadãos podem se confrontar como sujeitos jurídicos. Na ausência de tais categorias, não há como falar de direito legítimo. Ao reconhecer, na maior medida possível, os direitos fundamentais da pessoa sob a forma de uma liberdade subjetiva igual para todos (I), o código jurídico permanece poroso ou aberto às demandas sociais. Acompatibilização entre liberdades subjetivas e direitos subjetivos iguais permite formar um espaço público autônomo. O caráter abstrato e geral dessas liberdades individuais, que se choca com a necessidade do direito positivo encontrar aplicação no interior de limites de tempo e espaço, conduz à especificação de uma segunda categoria: os direitos fundamentais ligados ao estatuto de membro de uma comunidade jurídica livre (II). Por aí, os indivíduos que fazem parte de determinada comunidade recebem a garantia de que não serão excluídos arbitrariamente, podendo livremente emigrar e assim fugir àquelas leis jurídicas.

Com esses direitos, institui-se também a distinção entre cidadão e estrangeiro, que deixa a determinação das regras de atribuição da cidadania, de acolhida dos refugiados e de ampliação da comunidade de direito nas mãos dos membros da associação jurídica. A terceira categoria, que completa os requisitos para o estabelecimento do código jurídico, assegura as condições para que pessoas e cidadãos possam exigir seus direitos. De maneira que cada um, ao se sentir lesado em seus direitos ou sofrer prejuízo, possa recorrer a uma arbitragem imparcial dos litígios, cuja decisão seja executável por todas as partes. A admissão de direitos judiciais, que estende igualmente a todos a proteção da lei (III), constitui um dos principais alicerces do universo jurídico moderno.

Enquanto condições necessárias de possibilidade, essas três categorias de direitos (de liberdade de expressão, de associação e de proteção jurídica) não devem ser entendidas como restrições à soberania do legislador, quer dizer, como direitos liberais fundamentais dirigidos contra o Estado. Constituem princípios jurídicos que orientam a estruturação das constituições. Só garantem a autonomia privada de sujeitos jurídicos, no sentido de que estes sujeitos se reconhecem reciprocamente em seu papel de destinatários de leis, concedendo uns aos outros um status sobre cuja base podem reivindicar direitos e fazer valê-los mutuamente.

A quarta categoria de direitos (IV) reconhece a todos e a cada um o poder de participar ativamente, em igualdade de oportunidades, da formação da opinião e da vontade comuns. Atribui assim à liberdade comunicativa o papel implícito de realizar a união entre os dois princípios normativos do direito moderno: enquanto a formação de uma vontade pública autônoma apela para a condição da autonomia privada, esta encontra naquela seu ponto de apoio indispensável. Isso significa que, no horizonte de um espaço público alimentado pelas contribuições dos cidadãos, cabe a eles mesmos definir as formas institucionais e jurídicas que a liberdade comunicativa deverá tomar. Portanto, ao fundamentar o status de cidadãos ativos livres e iguais, os direitos políticos capacitam os cidadãos a mudarem e expandirem seus diferentes direitos e deveres, de modo a interpretar e desenvolver simultaneamente suas autonomias privada e pública.

Por fim, a reconstrução dos direitos não esquece das condições materiais de existência necessárias à sustentação da democracia, cujo exercício permaneceria simplesmente formal se não incluísse as necessidades vitais dos indivíduos: a quinta categoria (V) reúne assim os direitos fundamentais a condições de vida sociais, técnicas e ecológicas compatíveis com o exercício igual para todos das liberdades anteriormente enunciadas. Tais

direitos sociais devem ser tomados como princípios da vida democrática, elementos indispensáveis ao exercício das autonomias privada e pública, cuja expressão e sustentação não pode ser dissociada da garantia de condições socioeconômicas e ecológicas básicas.

É interessante não perder de vista o sentido de universalidade pretendido para esse sistema de direitos. Não se trata da especificação de um conjunto pré-dado de direitos naturais, mas de um esquema geral de direitos ainda não plenamente desenvolvido, que os sujeitos jurídicos têm que adotar como pressuposições, caso queiram regular sua vida em comum com meios do direito positivo. Assim, esse sistema de direitos constitui o meio jurídico mas não o fixa, permanecendo a necessidade de que ele seja desenvolvido de modo politicamente autônomo pelos cidadãos, no contexto de tradições e circunstâncias históricas específicas.

Após essas considerações, passemos à compreensão, no interior do modelo da comunicação, do Estado de direito e da democracia.

PODER COMUNICATIVO E DELIBERAÇÃO

Para entrarem em vigor e se tornarem coercitivos, os direitos necessitam de organizações que tomem decisões coletivamente vinculantes, isto é, que liguem o todo por meio de normas. Inversamente, essas decisões adquirem seu caráter coletivamente vinculante, graças à forma jurídica em que são forçadas. Dessa conexão interna entre direito e poder político, emerge a necessidade do Estado: de um poder de sanção, organização e execução. Em poucas palavras, “o Estado é o mecanismo que torna o sistema dos direitos e a coerção da lei permanentes” (Rasmussen 1994: 31).

À versão corrente, de que o Estado de direito garantiria apenas a autonomia privada e a igualdade jurídica dos cidadãos, Habermas (1996) contrapõe sua compreensão discursiva da inter-relação entre autonomia privada e pública. Contexto no qual o direito não recebe seu sentido normativo pleno, nem de sua forma, nem de um conteúdo moral *a priori*, mas de um procedimento de legislação que gera legitimidade. Pois, nesse nível de justificação, só conta como legítimo o direito que poderia ser racionalmente aceito por todos os cidadãos num processo discursivo de formação da opinião e da vontade.

Nessa abordagem do Estado de direito, observa Habermas (1996: 135), a soberania popular não se incorpora mais numa reunião de cidadãos autônomos identificáveis visivelmente, mas se volta para as for-

mas de comunicação que circulam através de foros sociais e corpos legislativos. Dessa forma, o poder comunicativamente diluído na sociedade pode ligar o poder administrativo do aparelho estatal com a vontade dos cidadãos.

O poder do Estado se baseia na ameaça de sanções (apoiadas em instrumentos de força, como o poder de polícia) mas, ao mesmo tempo, é autorizado pelo direito legítimo. Independentemente de sua positividade, o direito reivindica validade normativa; já o poder está à disposição de uma vontade política como meio para a realização de objetivos coletivos, independentemente dos constrangimentos normativos que o autorizam.

Visto pelo prisma aqui adotado, o conceito de autonomia política abre uma perspectiva completamente diferente. Ao explicar que a produção do direito legítimo requer a mobilização da liberdade comunicativa dos cidadãos, coloca a legislação na dependência de outro tipo de poder, o poder comunicativo, que ninguém está realmente capacitado a possuir: “O poder surge entre os homens quando agem em conjunto, desaparecendo tão logo eles se dispersam”. De acordo com esse modelo, inspirado em Hannah Arendt, um e outro, direito e poder comunicativo, têm sua fonte co-originária na “opinião em torno da qual muitos publicamente se uniram” (Arendt 1981: 213-14).

Por isso, essa linha de leitura da autonomia política envolve uma diferenciação no conceito de poder político. Para que as fontes de justiça das quais o direito extrai sua legitimidade não sequem, um poder comunicativo juridicamente gerado deve estar subjacente ao poder administrativo do governo. Por essa via, explica Rochlitz (1993: 51), Habermas reconstrói o conceito de Arendt no interior da tensão entre poder comunicativo (sinônimo de direito e legitimidade) e poder administrativo (sinônimo de busca estratégica de fins). Toma o uso público da liberdade comunicativa não só sob o aspecto cognitivo, da possibilidade da formação racional da opinião e da vontade, mas também do ponto de vista da força de motivação de convicções discursivamente produzidas e intersubjetivamente compartilhadas. Perspectiva na qual o uso público da liberdade comunicativa aparece também como gerador de potenciais de poder.

Habermas (1996) observa, então, que Arendt concebe o poder como o potencial de uma vontade comum formada numa comunicação sem coerções. O que lhe permite fazer uma oposição entre poder e violência, contrapondo a força realizadora da comunicação intersubjetiva, que busca o consenso, com a capacidade de instrumentalização da vontade alheia para fins próprios. O poder político aparece como a força que autoriza: se

expressa por uma legislação que cria o direito legítimo, fundamentando as instituições, e se manifesta nos atos que fundam a liberdade, instaurando novas instituições e leis, protegendo a liberdade política e resistindo a formas ameaçadoras de repressão.

Com o conceito do poder comunicativo, no entanto, chegamos apenas à emergência do poder político, não ao uso administrativo do poder já constituído (ou ao processo de exercício do poder). Logo, em seu sentido pleno, o conceito de política também tem de incluir o uso do poder administrativo no interior do sistema político, bem como a competição pelo acesso a esse sistema. Como a constituição de um código de poder supõe que um sistema administrativo seja governado por autorizações para transmitir decisões coletivamente vinculantes, Habermas (1996: 150) propõe que se considere o direito como o meio através do qual o poder comunicativo é traduzido em poder administrativo. A idéia do Estado de direito pode ser então interpretada como a exigência de que o sistema administrativo, governado pelo código do poder, esteja amarrado ao poder comunicativo da legislação e mantido livre das intervenções ilegítimas do poder social (da força de interesses que podem se afirmar privilegiadamente).

Como um todo, a discussão dos princípios do Estado de direito converge para dois resultados gerais. Primeiro, para a noção de poder comunicativo que não deve ser entendido como se fosse a expressão (mais ou menos espontânea) de uma vontade comum, mas como o produto da sobreposição e interligação de uma variedade de discursos e formas de comunicação (mais ou menos institucionalizadas), baseadas em argumentos empíricos, técnicos, prudentes, éticos, morais ou jurídicos. Segundo, para a concepção de que “o exercício legítimo do poder (através do meio jurídico) só pode ocorrer se este permanecer ligado à sociabilidade comunicativa: o governo do povo deve ser o governo do Estado de direito, mas o Estado de direito deve estar ligado ao direito pelo povo” (Baynes 1995: 214).

Dessa relação entre poder comunicativo e Estado de direito, decorre uma concepção diferente de democracia, a deliberativa ou participativa. Isso porque, explica Manin (1987: 351), a fonte de legitimidade não é mais a vontade pré-determinada dos indivíduos, mas o processo de sua formação, quer dizer, a própria deliberação. Contexto em que uma decisão legítima não representa a vontade de todos, mas resulta da deliberação de todos. É o processo no qual a vontade de todos se forma, que confere legitimidade ao resultado, em vez da soma das vontades já formadas. Por isso, o princípio deliberativo é simultaneamente individualista e democrático.

A força da democracia participativa aparece quando confrontamos sua compreensão dos papéis do Estado e da sociedade na ação política, com a visão defendida pelas correntes liberal e republicana. No modelo deliberativo, a política compreende mais do que o governo mínimo do liberalismo e suas variantes contemporâneas, que o restringem basicamente à preservação das condições de funcionamento da economia de mercado sob o Estado de direito. Por outro lado, significa menos do que a ação coletiva de uma sociedade política homogênea, a comunidade tal como é entendida pelo republicanismo.

Por esse novo modelo de ação política, comenta Rehg (1996: XXXI), só o Estado, enquanto sistema político investido do poder de decidir, pode agir. No entanto, sua ação só é legítima se os procedimentos formais do Estado de direito conservarem simultaneamente um caráter comunicativo ou discursivo, preservando, sob condições de complexidade, as fontes democráticas da legitimidade no público como um todo. Nessa abordagem da democracia, as condições para a formação racional da opinião e da vontade se transferem, do nível das motivações e decisões individuais ou de grupo, para o nível social de processos institucionalizados de deliberação e tomada de decisão. Nesse movimento, procedimentos democráticos e comunicações podem funcionar como filtros, selecionando questões e contribuições, informações e razões, de modo que só sejam consideradas aquelas relevantes e válidas.

É importante não perder de vista que essas considerações só se referem à perspectiva normativa ou ideal ligando Estado de direito e democracia. O processo democrático também se defronta com formas de poder social e com a complexidade das sociedades contemporâneas. A respeito dessas questões, as sociologias política e do direito não cansam de chamar à atenção para as diferentes estratégias empregadas por interesses sociais e organizações poderosas para utilizar o processo político em causa própria. Sugerem também que a complexidade funcional das sociedades contemporâneas não permite mais o controle democrático, mas só medidas administrativas indiretas orientadas pelo conhecimento de especialistas. Não há como negar essa realidade.

No entanto, a luta contra a dominação e pela emancipação não parece oferecer outro caminho, pelo menos até o momento, senão apostar no desenvolvimento do par de autonomias (privada e pública) e na reafirmação constante e renovada do processo democrático, pela introdução contínua de novos temas e desafios institucionais. No contexto do modelo deliberativo, boa parte das expectativas normativas, especialmente da

gênese democrática da lei por meio do poder comunicativo, deve ser suportada por estruturas da sociedade civil e da esfera pública, ou seja, por associações, movimentos sociais e foros públicos.

Assim, as decisões tomadas em instituições formais de poder devem permanecer abertas aos impulsos provenientes de esferas públicas informais. Mais precisamente, segundo Habermas (1996: 374), abertas a uma rede complexa e ramificada de arenas culturais (internacional, nacional, regional e local) que se diferenciam pela densidade da comunicação, complexidade organizacional e alcance: dos públicos episódicos (bares, ruas etc), passando pelos ocasionais de eventos e apresentações particulares (manifestações, teatros, concertos etc), até a esfera pública abstrata de leitores, ouvintes e espectadores isolados, distribuídos ao longo de extensas áreas geográficas e reunidos através dos meios de comunicação de massa. Mesmo diferentes, esses públicos parciais permanecem, por meio da comunicação pública, permeáveis uns em relação aos outros. Essa permeabilidade pode ser ilustrada pelo exemplo dos movimentos operário e feminista que, ao longo dos séculos XIX e XX, empreenderam uma crítica de dentro ao discurso universalista da esfera pública burguesa, destruindo as estruturas que os constituíam como o outro.

Para desempenhar esse papel de canal de comunicação, a esfera pública não deve ser subvertida nem por grandes organizações poderosas, nem pela mídia. Do contrário, não poderá ligar discurso público e sociedade civil, possibilitando aos cidadãos identificarem questões sociais candentes e forçar sua consideração formal pelo sistema político. Enquanto agentes, podemos desempenhar esse papel em qualquer espaço social: na escola, no trabalho, na rua, em casa, nos jornais etc. Com razão poderíamos nesse momento indagar: por que deveríamos nos comportar assim, se é difícil e exige tanto esforço?

Porque os ideais constantes da idéia de democracia deliberativa fazem parte daquelas concepções normativas de agente racional, vida ética e conhecimento que não são simplesmente uma questão de escolha, mas que são constitutivas de nossa autocompreensão: (a) a noção de que cada um merece, em princípio, igual respeito como agente moral autônomo; (b) a noção de que a autonomia para raciocinar e argumentar é parte inestimável dos sujeitos sociais; (c) a noção da importância da publicidade, especialmente nas esferas do direito e da política; (d) ainda, a noção, subjacente às nossas considerações, de que não há padrões de autoridade independentes dos contextos histórico-culturais, os únicos que podem validar pretensões de conhecimento nas áreas científica, jurídica, política e moral

– conhecimentos, é claro, sempre falíveis e passíveis de serem melhorados (Cooke 2000: 955). Por essas razões, temos o direito e o dever de lutar politicamente pelo que somos, quer dizer, por condições para nos desenvolvermos plenamente como sujeitos autônomos, individuais e coletivos.

ALUISIO A. SCHUMACHER é professor de Ciências Sociais da UNESP – Campus de Botucatu.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDT, H. (1981). *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária e Salamandra; São Paulo: Ed. Universidade São Paulo.
- BAYNES, K. (1995). “Democracy and the Rechtsstaat: Habermas’s Faktizität und Geltung”. In: WHITE, S. K. *The Cambridge Companion to Habermas*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, p. 201-232.
- BOBBIO, N. e outros (1986). *Dicionário de política*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília.
- COOKE, M. (2000). “Five Arguments for Deliberative Democracy”. *Political Studies*, v. 48, 947-969.
- DAHL, R. A. (1989). *Democracy and Its Critics*. New Haven (Conn.): Yale University Press.
- DWORKIN, R. (1999). *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- HABERMAS, J. (1987). *Theorie de l’agir communicationnel: Tome I: Rationalité de l’agir et rationalisation de la société*. Poitiers: Fayard.
- HABERMAS, J. (1996). *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge (Mass.): The MIT Press.
- HART, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- HAYDON, G. (1999). “Morality in the Narrow Sense”. *Journal of Philosophy of Education*, v. 33, n. 1, p. 31-40.
- HELD, D. (1987). *Models of Democracy*. Stanford: Stanford University Press.
- LANGLOIS, L. (1996). “Habermas et la reconstruction rationnelle du droit”. *Dialogue: Canadian Philosophical Review*, v. XXXV, n. 2, p. 307-326.
- MANIN, B. (1987). “On Legitimacy and Political Deliberation”. *Political Theory*, n. 15, p. 351-377.
- O’DONNELL, G. (1998). “Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina”. *Novos Estudos*, n. 51, p. 37-61.
- RASMUSSEN, D. (1994). “How is valid law possible?”. *Philosophy and Social Criticism*, v. 20, n. 4, p. 21-44.
- REHG, W. (1996). “Translator’s Introduction”. In: HABERMAS, J. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge (Massachusetts): The MIT Press, p. ix- xxxvii.
- ROBERT, P. (dir.) (1981). *Le Petit Robert 2. Dictionnaire Universel des Noms Propres*. Paris: S. N. L. – Le Robert.
- ROCHLITZ, R. (1993). “De la Justice au Droit. Perspectives de la philosophie politique”. *Critique*, t. XLIX, n. 548-549, p. 34-55.
- SCHUMACHER, A. A. (2000). *Comunicação e democracia: fundamentos pragmático-formais e implicações jurídico-políticas da teoria da ação comunicativa*. 2000. Tese (Doutorado), Campinas, Unicamp.

- TAYLOR, C. (1985). "What is Human Agency". In: TAYLOR, C. *Human Agency and Language*. Cambridge, New York Port Chester, Melbourne, Sydney: Cambridge University Press, p. 15-44.
- TAYLOR, C. (1989). *Sources of the self: the making of modern identity*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- WEBER, M. (1963). "Rejeições Religiosas do Mundo e suas Direções". In: GERTH, H. e WRIGHT MILLS, C. (org.). *Ensaio de Sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, p. 371-410.

HART, DWORKIN E DISCRICIONARIEDADE¹

DANIELA R. IKAWA

A questão da discricionariedade do juiz é um ponto central tanto na teoria positivista de H. L. A. Hart, quanto na teoria construtivista de direitos de Ronald Dworkin, por se basear nas idéias de completude, de princípios e regras e de testes últimos para a identificação da lei. Tratar-se-á aqui, inicialmente, das acepções da discricionariedade, propostas por Dworkin, como ramificações no diálogo feito entre esse filósofo e Hart, no tocante às suas concepções de completude ou incompletude da lei, ao grau de distinção entre princípios e regras, à existência de uma regra social ou de uma regra normativa de reconhecimento. A cada passo, voltaremos à seguinte questão: teria o juiz o dever legal de decidir de uma determinada forma, em caso de lacuna da lei, para usar o termo empregado por Hart, ou em casos difíceis, para utilizar o termo adotado por Dworkin?

Este trabalho terá como principais pontos de referência quatro artigos: o *Postscript* de *The Concept of Law*, de H. L. A. Hart, o *Model of Rules I*, o *Model of Rules II* e *Hard Cases*, de Ronald Dworkin.²

¹ O presente artigo foi redigido com o apoio da FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, da qual a autora é bolsista.

² O *Postscript* é pertinente a esta discussão por ser uma resposta de Hart a críticas de Dworkin. Os Modelos de Regras I e II são relevantes por perfazerem uma resposta de Dworkin a críticas positivistas, tomando como modelo positivista a teoria de Hart. Já o artigo *Hard Cases* é importante por traçar uma alternativa ao modelo positivista de Hart, possibilitando um melhor entendimento acerca das divergências entre os dois filósofos. *Model of Rules I*, *Model of Rules II* e *Hard Cases* encontram-se no livro *Taking Rights Seriously* (1997). Não tratarei no presente trabalho das respostas dadas por Hart no *Postscript* a críticas de Dworkin que não constem em um desses três artigos.

DISCRICIONARIEDADE

O estudo da divergência entre Hart e Dworkin quanto à existência ou não de discricionariedade do juiz em casos difíceis pode ser mais bem explicitada apontando-se as três acepções para o termo “discricionariedade”, indicadas por Dworkin. A primeira é a aplicação, por funcionários, de critérios estabelecidos por uma autoridade superior³, ou mais especificamente, na escolha, pelo juiz, entre critérios “que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras”.⁴ A segunda acepção é a ausência de revisão da decisão tomada por uma autoridade superior⁵. Essas duas primeiras acepções perfazem, para Dworkin, uma discricionariedade em sentido fraco, sendo amparadas também por Hart. Apenas a terceira acepção indica, de acordo com Dworkin, o ponto de discordância.⁶ Ela corresponde à discricionariedade em sentido forte, implicando a ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados⁷ ou, em outras palavras, à idéia de que os padrões existentes não impõem qualquer dever legal sobre o juiz para que decida de uma determinada forma.⁸ Essa terceira acepção estaria por fim ligada às questões da completude ou incompletude do direito, da natureza legal ou meramente moral dos princípios, da competência ou incompetência do juiz de elaborar leis.

Embora essa classificação seja esclarecedora para o entendimento das questões de completude e incompletude, de princípios e regras, ela não é um ponto pacífico. Vale destacar duas divergências a respeito. A primeira parte de Hart. Dworkin entende que Hart despreveria a discricionariedade em sentido fraco como a possibilidade do juiz de estabelecer uma regra legal nos casos de lacuna⁹, confundindo o sentido fraco com o sentido forte. Confundidos os dois sentidos, restaria pouco clara a diferença entre a tese de Dworkin e a de Hart. A segunda divergência parte de Robert Yanal. Yanal classifica a discricionariedade em Hart não como uma discricionariedade em sentido forte, mas em sentido moderado, pela qual o juiz decidiria dentro de parâmetros e regras relevantes ao caso. Indica esse

³ Dworkin 1997: 32.

⁴ Id.: 69 e 329.

⁵ Id.: 32.

⁶ Dworkin, portanto, não defenderia a tese de que o juiz não teria qualquer discricionariedade, mas apenas a tese de que o juiz não teria discricionariedade em sentido forte.

⁷ Dworkin: 32.

⁸ Id.: 69.

⁹ Id.: 34.

filósofo que “Hart, I am quite sure, never intended that judges have a ‘strong’ sense of discretion. Of course, neither did he intend them to have only discretion in the ‘weak’ sense either. In fact, I wonder if there is any weak sense of ‘discretion’. If I say to you, ‘File these memos. How? Use your discretion’, am I only saying, ‘I nominate you to do it’? I believe that Hart would grant a ‘moderate’ sense of discretion to judges: that judges cannot decide a hard case just any way (hence they do not have strong discretion), but within the parameters of the rules and principles relevant to the case there is a legally unconstrained choice.”¹⁰

Parte-se aqui, todavia, da tese de que nem a crítica de Yanal a Dworkin, nem a identificação, feita por Hart, da discricionariedade com a liberdade do juiz de dar a lei em casos de lacuna, afastam a diferença entre a discricionariedade no primeiro e no terceiro sentidos, uma vez que essa diferença pauta-se na existência ou não de um dever *legal* do juiz em decidir de determinada maneira, e não na existência de padrões puramente morais e não vinculantes, pelos quais os juízes poderiam se guiar.

Caberia afirmar, apenas, que Yanal aproxima Hart de Hobbes, e não de Dworkin, no sentido de que também este reconhecera a existência de padrões aos quais o juiz poderia recorrer nas hipóteses de lacuna legal. Esses padrões, “teoremas da razão” no caso de Hobbes, não seriam, todavia, lei, isto é, não criariam deveres legais ao julgador. Enuncia Hobbes, em *Leviathan*: “These dictates of Reason, men use to call by the name of Lawes; but improperly: for they are but Conclusions, or Theoremes concerning what conduceth to the conservation and defence of themselves; whereas Law, properly is the work of him, that by right hath command over others.”¹¹ (Destaque-se que a noção de lei em Hart não parte da idéia de comando, como em Hobbes e Austin, mas da idéia de uma regra secundária de reconhecimento baseada em fatos sociais. Destaque-se ainda que Hart não entende, como Hobbes, haver teoremas objetivos da razão. A aproximação ocorre apenas no que toca à existência de padrões não legais a serem utilizados em caso de lacunas.)

Prevalece, portanto, apesar das divergências, a idéia de que a primeira acepção de discricionariedade destacada por Dworkin distingue-se da terceira, por apresentarem visões diversas acerca da existência ou não de um dever legal do juiz em decidir de determinada forma mesmo em

¹⁰ Yanal 1985: 394-95.

¹¹ Hobbes: 216-217.

casos difíceis ou lacunosos ou, em outras palavras, por apresentarem visões diversas acerca da completude ou incompletude da lei. A divergência destacada por Dworkin, por conseguinte, persiste.

COMPLETUDE OU INCOMPLETUDE

A questão da discricionariedade ou da existência ou não de um dever legal do juiz de decidir de determinada forma remete à questão da completude ou incompletude da lei. Essa segunda questão abarca, por sua vez, três outras, concernentes à regra social de reconhecimento, à teoria bifásica ou monofásica de lei e à natureza dos princípios, que serão detalhadas nos próximos itens.

De modo geral, a questão da incompletude ou completude da lei indica os pontos de partida de Dworkin e Hart. Esse último busca traçar uma teoria puramente descritiva de lei, capaz de identificar critérios que digam quais regras e, segundo Hart, quais princípios¹², são lei. Sua preocupação em identificar a lei tem como fundamento a busca pela segurança jurídica,¹³ pela eficiência da pressão social e pela possibilidade de alterações deliberadas da lei.¹⁴ Para essa busca, pondera, a justificação é irrelevante.¹⁵ Já Dworkin procura traçar uma teoria normativa de lei apta não apenas a identificar a lei, mas também a justificá-la moralmente do melhor modo possível.¹⁶ Para esse filósofo, contudo, tanto a justificação quanto a identificação da lei só podem ser feitas com o auxílio, dentre outros, da moral.¹⁷ A principal preocupação de Dworkin é afastar a possibilidade da edição, por parte do juiz, de leis novas, *ex post facto*, desconsiderando, desse modo, direitos individuais pré-existentes.¹⁸ Vale frisar que dentro da teoria de Hart, contudo, não haveria essa preocupação de desconsideração de direitos, simplesmente porque tais direitos não existiriam onde houvesse lacuna legal, ou, nos termos de Dworkin, em casos difíceis.¹⁹

¹² Hart 1997: 263-65.

¹³ Mesmo Joseph Raz concorda com a afirmação de Dworkin de que positivistas legais estão preocupados em “provide a settled public and dependable set of standards for private and official conduct, standards whose force cannot be called into question by some individual official’s conception of policy of morality” (Dworkin apud Raz 1985: 320).

¹⁴ Hart: 92-99.

¹⁵ Id.: 250.

¹⁶ Ver, por exemplo, Hart: 240-41 e 269.

¹⁷ Ver, por exemplo, Kelly 1996: 270-71.

¹⁸ Ver, por exemplo, Hart: 257; e Dworkin: 129.

¹⁹ Ver, por exemplo, Hart: 276.

Nessa linha, se Dworkin critica o conceito de lei de seu interlocutor, apontando-o como insuficiente para identificar a complexidade do sistema legal²⁰, Hart posiciona sua doutrina em um ponto intermediário entre conceitos formalistas e céticos²¹, ou, mais propriamente para esta discussão, entre conceitos de que a lei existente abrange todos os casos e conceitos de que não há regras em absoluto²², acusando Dworkin de se enquadrar no primeiro caso. (A diferença entre o positivismo formal ou legalista e a teoria do direito de Dworkin será apontada ao tratarmos especificamente da regra de reconhecimento.)

Destaca-se, nesse sentido, a maior tendência da teoria de Dworkin a abarcar princípios morais legalmente vinculantes que impossibilitarão a existência de lacunas e, portanto, a existência de discricionariedade judicial em sentido forte.

REGRA DE RECONHECIMENTO

Tendo-se indicado os pontos de partida de Hart e Dworkin, cabe tratar agora da regra social de reconhecimento de Hart e da análise holística de identificação e justificação da lei proposta por Dworkin²³, partindo-se da contraposição entre sistemas bifásicos e monofásicos. Um sistema pode ser dito bifásico ou monofásico de acordo com a existência ou não de um momento de discricionariedade em sentido forte do juiz. Nessa linha, o sistema de Hart, identificado pela regra social de reconhecimento, seria bifásico, enquanto o sistema proposto por Dworkin, identificado por uma análise holística das instituições e da moral de uma comunidade, seria um sistema monofásico. Essa distinção deve ser destacada aqui, por elucidar o

²⁰ Ver, por exemplo, Dworkin: 46.

²¹ Hart: 135.

²² Dworkin: 293

²³ A divergência entre Hart e Dworkin neste ponto remonta à distinção entre moral e direito formulada por Hart, e não acatada por Dworkin (Dworkin.: 46). Embora não defenda uma separação estanque entre lei e moral, Hart distingue esses dois sistemas por quatro critérios: importância, imunidade quanto a mudanças deliberadas, caráter necessariamente voluntário das ofensas morais e formas de pressão (Hart: 173-180). É sobre essa distinção entre moral e direito que pousa a regra social de reconhecimento de Hart. Dworkin não defende, contudo, como indica Hart (id.: 268-269), que só exista dever legal quando houver justificativa moral para tal dever. Ele defende a existência de outros deveres legais além dos que se apóiam em práticas sociais. É nesse sentido que se direciona Dworkin ao afirmar que direitos institucionais serviriam de limite para os *background rights* (Dworkin: 101).

teor da discricionarietà em sentido fraco, admitida por Dworkin em sua análise holística, em contraposição ao teor da discricionarietà em sentido forte, admitida por Hart após o exaurimento da regra social.

Tanto Hart quanto Dworkin concordam que a regra social de reconhecimento, proposta por aquele filósofo, exaure-se. Todavia, o exaurimento da regra social representa para Hart o exaurimento da lei e o início da discricionarietà em sentido forte do juiz, marcando a passagem de uma para outra fase em um sistema bifásico; enquanto, para Dworkin esse exaurimento representa uma falha na teoria da regra social.²⁴ Discutir-se-á aqui, partindo-se da análise dos critérios de identificação da lei utilizados pelos dois autores, primeiramente o sistema bifásico e, em seguida, o monofásico, tentando responder à provocação posta por Hart acerca da admissão, por Dworkin, da discricionarietà judicial quando da escolha entre princípios conflitantes em casos difíceis.²⁵

O sistema bifásico envolve a análise da regra social de reconhecimento de Hart. Essa regra apresenta, segundo Dworkin, critérios insuficientes para a identificação do que seria a lei, ocasionando a falsa visão de que essa apresentaria lacunas e, por conseguinte, a falsa visão de que o juiz teria, ao menos por vezes, discricionarietà em sentido forte.

Dworkin distingue duas versões, ambas bifásicas, da teoria da regra social de Hart, uma versão forte e uma versão fraca.²⁶ Pela primeira versão, aparentemente adotada por Hart, um dever legal existiria apenas na pré-existência de uma regra social. Como os fatos sociais que originam a regra social podem se exaurir, haveria um espaço não regulamentado legalmente no qual o juiz teria discricionarietà em sentido forte, isto é, no qual o juiz não se submeteria a qualquer dever legal de decidir de determinada forma. Em outras palavras, haveria uma primeira fase da existência da lei, na qual seria admissível apenas a discricionarietà em sentido fraco, e uma segunda fase da inexistência da lei, na qual seria admissível ou mesmo imprescindível o uso da discricionarietà em sentido forte. Dworkin critica essa versão por entender que há casos onde pode ser identificado um dever legal, mesmo na ausência de uma regra social.²⁷ Esse argumento exigiria, portanto, a adoção de uma versão fraca da regra social.

²⁴ Ver, sobre o exaurimento da regra social, Yanal: 390-92.

²⁵ Hart: 275.

²⁶ Dworkin: 52-53.

²⁷ Ver o exemplo do vegetariano, acerca de um dever de não matar animais. Dworkin: 52 e 55.

Pela versão fraca da teoria da regra social, um dever legal pressupõe apenas *por vezes* a existência de uma regra social. Segundo Dworkin, essa versão é ainda enfraquecida pelo fato de Hart abarcar apenas um tipo de moral, a moral convencional, determinada pelo consenso, deixando de lado a moral concorrente, independente do consenso. Como a regra social de reconhecimento aponta como fontes da lei apenas a validade e a aceitação,²⁸ a única forma de moral que originaria um dever legal seria a convencional, isto é, aquela moral aceita pela massa (*bulk*) de uma população.²⁹ Não trata, por conseguinte, da moral não convencional. Essa restrição na abrangência da regra social, reconhecida por Hart no *Postscript*³⁰, importa na identificação, segundo Dworkin, apenas de parte dos deveres legais em geral e, portanto, de parte dos deveres legais do juiz. A verificação da incompletude na identificação da lei mesmo na primeira fase, anterior ao exaurimento da regra social, retira dessa regra, ainda segundo Dworkin, seu caráter de teste de reconhecimento da lei.

Nesse sentido, a regra social de reconhecimento de Hart implica um alto grau de incertezas³¹ e injustiças, apontando lacunas onde, em verdade, poderiam existir deveres legais que imporiam ao juiz uma determinada decisão. Esse alto grau de incertezas, que possibilita o exercício indevido de uma discricionariedade em sentido forte, é incoerente, para Dworkin, com a preocupação positivista com a segurança jurídica.

Cabe lembrar aqui dois argumentos: um utilizado por Hart, outro utilizado por Joseph Raz, mas que poderia ter sido apontado pelo próprio Hart. O primeiro importa na acusação de que Dworkin exagera o grau de certezas buscado pelos positivistas.³² De acordo com Hart, “the function of the rule is to determine only the general conditions which correct legal decisions must satisfy in modern systems of law”.³³ A regra social não pretende, nessa linha, fornecer respostas certas, completamente determinadas. O segundo argumento envolve a visão de que deveres, inclusive deveres legais, não podem ser controversos.³⁴ Não podem, portanto, pautar-se em regras conflitantes, em regras acerca das quais não haja um

²⁸ Dworkin: 20, 21 e 43.

²⁹ Ver, sobre a moral convencional, Dworkin: 54.

³⁰ Hart: 256.

³¹ Dworkin: 61-62.

³² Hart: 251.

³³ Id.: 258.

³⁴ Dworkin: 70.

consenso mínimo, isto é, em regras baseadas em padrões não convencionais. A segunda fase, posterior ao exaurimento da regra social, não comporta, portanto, qualquer dever legal não identificado na primeira fase.

Coloca-se, nesse sentido, a seguinte questão. O que geraria maiores incertezas, ocasionando um maior grau de incompatibilidade com a teoria positivista de Hart: (i) a não identificação de certos deveres, que para Dworkin seriam vinculantes, como deveres legais ou (ii) a identificação de deveres legais com bases complexas e, eventualmente, conflitantes na esfera não convencional? Para Hart, a primeira resposta indica provavelmente um menor grau de incompatibilidade, por pressupor, segundo coloca o próprio Dworkin³⁵, que uma comunidade não está comprometida com qualquer dever moral, a ponto de necessariamente reconhecer tais deveres como vinculantes. Para Dworkin, as duas respostas importam provavelmente em graus inadmissíveis de incompatibilidade com o positivismo de Hart, seja por gerarem incertezas ao não reconhecerem deveres morais não convencionais como vinculantes, seja por não serem capazes de abarcar deveres legais com bases complexas, compostas não apenas por práticas sociais, mas também por princípios morais não convencionais.

No que toca ao sistema monofásico ou à análise holística de identificação e justificação da lei proposta por Dworkin, cabe abordar dois aspectos, tendentes ao esclarecimento da questão da discricionariedade: (i) em que consiste essa teoria; e (ii) se comporta uma regra de reconhecimento. A teoria construtivista não abarca duas fases, uma institucional ou convencional, onde existem leis vinculantes, e outra, discricionária, onde a lei, ainda inexistente, é criada pelo juiz. Não abarca, portanto, uma fase onde seria admitido o uso da discricionariedade em sentido forte. Trata, diversamente, da busca de uma justificação coerente para todos os precedentes, dispositivos legais e costumeiros, princípios convencionais e filosóficos presentes em uma determinada comunidade³⁶, formando um sistema sem o uso de uma regra de reconhecimento de *pedigree*. (A idéia de *pedigree* será abordada abaixo.)

Alguns elementos possuem central importância na teoria construtivista ou monofásica: as instituições, o caráter, os princípios, a respon-

³⁵ Id.: 80.

³⁶ Id.: 116-17.

sabilidade política, os direitos e os deveres. Nessa linha, o sistema abrange não apenas direitos, deveres e princípios históricos, emanados tanto de leis escritas quanto de precedentes, mas também aqueles que decorrem da aplicação de princípios convencionais ou não convencionais de justiça. É por não se restringir ao aspecto histórico ou institucional que abarca mesmo os casos difíceis.

O funcionamento do sistema apresentado por Dworkin pode ser explicitado em parte pela idéia de caráter, em parte pelo papel dos princípios na justificação das decisões judiciais. O caráter de um sistema se expressa por conceitos que ofereçam o apanhado (*account*) mais profundo ou mais exitoso sobre o que a lei realmente é, internalizando a justificação geral da instituição.³⁷ Esse caráter pode ser buscado pelo juiz quando da análise de cada caso difícil (*hard case*), nas pontes entre a justificação da idéia de que as leis criam direitos e os casos difíceis, assim como entre o princípio de que casos iguais devem ser decididos igualmente e os casos difíceis.³⁸

O funcionamento do sistema pode ser ainda explicitado pelo papel dos princípios na justificação das decisões judiciais. Dworkin ressalta esse papel tanto ao distinguir princípios de políticas (*policies*), quanto ao tratar da responsabilidade política dos funcionários públicos. No que concerne à primeira distinção, os princípios têm como base o respeito ou a garantia de algum direito individual ou de grupo, enquanto políticas têm por base a implementação ou a proteção de algum bem coletivo.³⁹ Os princípios estão, portanto, ligados a um caráter distributivo voltado ao indivíduo⁴⁰, ou, em outras palavras, à consideração do indivíduo como um fim em si mesmo. As políticas estão, por sua vez, conectadas a um caráter distributivo voltado à comunidade como um todo. Nessa linha, as decisões judiciais estão preocupadas principalmente com direitos individuais ou de grupo e não com a delineação do bem comum, papel a ser deixado ao sistema político-democrático. Estão preocupadas, por fim, com princípios de justiça que levem em consideração o indivíduo, tornando necessária a análise do futuro e não unicamente do passado, na figura dos prece-

³⁷ Id.: 104-105.

³⁸ Id.: 105.

³⁹ Id.: 82.

⁴⁰ Ver, por exemplo, Dworkin: 90.

dentes.⁴¹ No que diz respeito à responsabilidade política, Dworkin coloca que “an argument of principle can supply a justification for a particular decision, under the doctrine of responsibility, only if the principle cited can be shown to be consistent with earlier decisions not recanted, and with decisions that the institution is prepared to make in the hypothetical circumstances.”⁴² Dworkin requer, portanto, que os princípios assegurem não apenas uma coerência histórica, mas também a justiça de decisões futuras, ressaltando a ligação entre aspectos históricos e aspectos morais não convencionais.

Dworkin não propõe, por conseguinte, a completude da lei, ou a impossibilidade de discricionariedade em sentido forte, nos moldes que um formalista propô-la-ia, vendo na regra positivada a totalidade dos casos a serem resolvidos pelo direito. Apresenta frente ao formalista um único ponto em comum: acredita que a lei cobre todos os casos, sem lacunas. Diverge do formalista por identificar a lei como muito mais do que a regra positivada. Identifica-a, aliás, como mais do que todas as regras sociais ou convencionais. Essa distinção é relevante para o estudo da discricionariedade, porque irá ressaltar as razões pelas quais Dworkin não aceita a discricionariedade em sentido forte, razões bem diversas daquelas do formalista.

Tomada essa visão geral da análise holística a ser efetivada pelo juiz na teoria construtivista, monofásica, de Dworkin, resta questionar se existiria aqui alguma forma de regra de reconhecimento que poderia ser contraposta à regra social proposta por Hart. No *Modelo de Regras II*, Dworkin admite se filiar a alguma forma complexa de regra normativa.⁴³ Afasta, contudo, a tentativa de configuração de tal regra, feita por Sartorius. O teste, proposto por esse último e aprimorado pelo próprio Dworkin, consiste no seguinte: “a principle is a principle of law if it figures in the soundest theory of law that can be provided as a justification for

⁴¹ Na discussão sobre precedentes, Dworkin ressalta muitas vezes a necessidade de se conectar o passado e o futuro, a moral convencionada e a não convencionada, a coerência histórica e a justiça. Indica, por exemplo, que precedentes tiram sua força vinculante de um princípio de justiça, tangente ao tratamento de casos semelhantes de maneira semelhante (Dworkin: 111-13). Indica, ainda, que mesmo a análise dos precedentes deve-se voltar para o futuro. Nesse sentido, um novo precedente poderia prevalecer, por exemplo, se também justificado por um grande número de decisões ou se justificado por decisões de instâncias superiores (id.: 118).

⁴² Id.: 88.

⁴³ Id.: 61.

the explicit substantive and institutional rules of the jurisdiction in question”.⁴⁴ O argumento utilizado por Dworkin para afastar tal teste é semelhante ao utilizado para afastar a regra social de reconhecimento delineada por Hart: o teste apresentado seria um teste de *pedigree*, incapaz de proporcionar um critério para discernir o conjunto mais apropriado de princípios a ser aplicado ao caso concreto.⁴⁵ Conclui-se, portanto, que Dworkin não desconsidera a possibilidade de traduzir sua teoria holística em uma regra de reconhecimento. Essa regra, contudo, tem natureza diversa da regra social, especialmente por considerar questões de conteúdo e não apenas questões formais.

Seria, todavia, a regra social apresentada por Hart realmente um teste de *pedigree*, voltado unicamente a questões formais? A resposta a essa pergunta pode indicar o grau de comprometimento da teoria de Hart com o uso da discricionariedade em sentido forte, na medida em que implicaria um menor ou um maior alcance da regra social na identificação de hipóteses legais. Quanto maior esse alcance, menor o espaço de discricionariedade em sentido forte no sistema bifásico de Hart. No limite, esse espaço seria completamente afastado.

Cabe iniciar essa discussão pela posição de Hart. Segundo esse filósofo, a regra social de reconhecimento abarca não apenas fatos históricos, mas também princípios de justiça e valores morais substantivos, não consistindo em um mero teste de *pedigree*.⁴⁶ Haveria, entretanto, princípios e valores passíveis de identificação pela regra social? A regra social de reconhecimento, de acordo com Hart, consiste em “a form of social practice comprising both patterns of conduct regularly followed by most members of the group and a distinctive normative attitude to such patterns of conduct which I have called ‘acceptance’.”⁴⁷ Os princípios e valores a serem possivelmente identificados são, por conseguinte, aqueles derivados da prática social e da aceitação.

De fato, Dworkin reconheceu que uma espécie de moral pode ser identificada pela regra social de reconhecimento de Hart: a moral convencional.⁴⁸ Essa restrição na identificação de padrões morais foi, ademais

⁴⁴ Id.: 66.

⁴⁵ Id.: 68.

⁴⁶ Hart: 247-48, 250.

⁴⁷ Id.: 255.

⁴⁸ Dworkin: 52-57.

disso, reconhecido pelo próprio Hart, como já mencionado anteriormente.⁴⁹ Não se pode afirmar, portanto, como faz Hart, que Dworkin, ao tratar de “consensos, paradigmas e assunções” estaria se referindo indiretamente apenas às práticas indicadas pela regra social de reconhecimento.⁵⁰ Uma das diferenças centrais entre Hart e Dworkin está exatamente no fato desse último incluir em sua teoria construtivista a moral não convencional. É essa inclusão que possibilitará a esse último, ao menos em tese, o afastamento da discricionariedade em sentido forte.

Há, de qualquer modo, dois argumentos a serem contrapostos à afirmação de que a regra social é capaz de identificar padrões morais convencionais: (i) o primeiro, não explicitado por Dworkin, mas condizente com sua explanação de moral convencional, refere-se ao caráter formal ou substantivo daquela identificação; (ii) o segundo, explicitado por Dworkin, diz respeito à natureza dos princípios e regras.

Quanto ao primeiro argumento, Dworkin poderia dizer que a inclusão de padrões morais convencionais não retira o caráter de teste de *pedigree* da regra social, já que essa continua a abarcar tão somente os valores morais refletidos em práticas sociais que perfazem um consenso, quaisquer que sejam tais práticas. Ainda, a regra social não é capaz de identificar padrões morais concorrentes ou não convencionais, isto é, padrões que seriam de fato escolhidos pela sua substância, e não pelo seu *pedigree*. A esse primeiro argumento, pode-se, todavia, contrapor o argumento de Hart, tocante à pressuposição, por Dworkin, da existência de padrões morais objetivos que possibilitam o efetivo afastamento da discricionariedade do juiz. Inexistente essa objetividade, dever-se-ia tolerar a discricionariedade, ainda que em sentido forte.⁵¹

De fato, Dworkin parece apontar, em sua teoria construtivista, que uma análise holística do sistema legal resulta em certos padrões objetivos, capazes de guiar juízes mesmo em casos difíceis. Nessa linha, ao afirmar que “the law may not be a seamless web, but the plaintiff is entitled to ask Hercules [o juiz, capaz de realizar a análise holística proposta por Dworkin] to treat it as if it were”,⁵² Dworkin está efetivamente defendendo a existência de um conjunto de padrões legais a ser descoberto,

⁴⁹ Hart: 256.

⁵⁰ Id.: 266.

⁵¹ Id.: 253.

⁵² Dworkin: 116.

como indica Robert J. Yanal.⁵³ A sua teoria construtivista está apenas reconstruindo, para o universo de percepção do juiz e das partes, uma rede legal pré-existente, ainda que essa rede seja infinita.

A idéia da lei como uma rede infinita pré-estabelecida pode, contudo, indicar outra interpretação, que melhor responderia ao ataque de Hart, concernente à possível inexistência de valores objetivos. Por essa nova interpretação, a idéia da rede infinita é apenas um estímulo à análise holística, uma análise que permite, mesmo quando imperfeita, que o juiz diminua os erros possíveis no que tange aos direitos das partes. Por esta segunda interpretação, o juiz tem o dever jurídico de buscar sempre, tomado o estudo das instituições existentes, a melhor justificação moral para sua decisão. A proposição quanto à existência de valores morais objetivos representa, nesse sentido, uma alternativa mais segura à proteção dos direitos que a alternativa positivista, que não proporciona qualquer norte em casos difíceis, advogando pela discricionariedade em sentido forte nesses casos. O exemplo de Herbert e Hércules, dado por Dworkin, é aqui elucidativo.⁵⁴ Herbert, adepto da teoria tradicional e bifásica da interpretação legal, realizaria, na segunda fase de sua análise, isto é, após o exaurimento da regra social, escolhas discricionárias em sentido forte, recorrendo a quaisquer valores que lhe aproovessem, fossem eles pessoais ou simplesmente majoritários. A discricionariedade aplicar-se-ia em tal grau, porque, nesta segunda fase, haveria uma completa ausência de princípios vinculantes. Esses princípios, lembre-se, podem, no máximo, ser abarcados pela regra social na primeira fase da análise judicial. Hércules, contudo, adepto da teoria construtivista, submeter-se-ia ao dever legal de buscar, por uma análise holística do sistema jurídico, os princípios que melhor justificariam esse sistema. Esses princípios indicariam, melhor que a discricionariedade em sentido forte, uma decisão mais condizente com o direito das partes.

Dessa forma, parece prevalecer a afirmação de Dworkin de que uma regra social, nos moldes ditados por Hart, apenas pode fornecer um teste de *pedigree*, um teste que dá às partes menores garantias de seus direitos do que uma análise holística do sistema.⁵⁵

⁵³ Yanal: 395.

⁵⁴ Dworkin: 129-30.

⁵⁵ Dworkin não parece, portanto, estar afastando a possibilidade de qualquer regra de reconhecimento estipular um teste substantivo da lei, contrariamente ao que entende Hart (Hart: 264). Dworkin afasta, apenas, a possibilidade de uma regra social de reconhecimento, nos moldes ditados por seu interlocutor, em fornecer um teste outro que não o de *pedigree*.

Cabe, portanto, tratar do segundo argumento disposto por Dworkin acerca da identificação, pela regra social, de padrões morais convencionais. Esse argumento envolve o estudo da natureza dos princípios e regras.

PRINCÍPIOS E REGRAS

A discussão travada entre os dois autores acerca da natureza dos princípios e regras trespassa a questão da possibilidade ou não de uma regra social de reconhecimento identificar princípios, ainda que convencionais, como lei. Como ocorreu na discussão engendrada no tocante ao primeiro argumento posto por Dworkin acerca dos padrões morais convencionais, a resposta a essa segunda questão implicará a delimitação do espaço ocupado pela primeira e pela segunda fase da análise positivista da lei, e, por conseguinte, a delimitação do espaço de discricionariedade em sentido forte admitido por Hart.

Dworkin coloca, de maneira genérica, em *Model of Rules I*, que a regra social de reconhecimento não funciona para princípios e que, como princípios existem, a teoria positivista, mesmo na versão aprimorada de Hart, deve ser abandonada.⁵⁶ Delineia, então, as razões pelas quais a regra social não funciona para princípios, partindo sempre do ponto de que princípios não têm caráter de tudo-ou-nada (*all-or-nothing*), diferentemente das regras. Nessa linha, a idéia de validade ou invalidade que acompanha a regra social de reconhecimento não é, segundo Dworkin, aplicável a princípios, pois enquanto aquela perfaz uma idéia categórica, de tudo-ou-nada, os princípios portam peso. Seria, portanto, possível que um princípio não fosse aplicado em um caso, em detrimento de outro princípio, sem que deixasse de figurar como um princípio legal.⁵⁷ Essa faculdade de ponderação dos princípios é elucidada, por exemplo, nos casos *Riggs v. Palmer* (155 N.Y. 506, 1889), no tocante aos princípios de que testamentos devem ser cumpridos e da vedação de tirar vantagem da própria fraude, e *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc* (32 NJ 358, 1960), quanto aos princípios de que contratos devem ser cumpridos e do justo tratamento de consumidores.⁵⁸ Princípios, nesse sentido, não são capazes de determinar

⁵⁶ Dworkin: 36, 39-45.

⁵⁷ Id.: 41.

⁵⁸ Id.: 22-24.

um resultado particular, pois podem ser subordinados a outros princípios, de maior peso. Isso, contudo, não elimina os princípios subjugados da esfera legal.⁵⁹

Afastada, de acordo com Dworkin, a possibilidade de identificar os princípios como lei, a partir de critérios de validade postos pela regra social, caberia questionar se haveria a possibilidade de identificá-los pelo critério da aceitação. Lembre-se que Hart reconhece duas fontes para tornar um padrão social vinculante: a aceitação e a validade.⁶⁰ O critério da aceitação seria, todavia, um critério menor, segundo Dworkin, estando presente em qualquer sociedade, mesmo nas primitivas. O critério que de fato distingue sociedades juridicamente primitivas de sociedades juridicamente complexas é o critério da validade. Tomar o critério da aceitação como um critério de peso dentro da regra de reconhecimento é reconhecer que qualquer sociedade possui tal regra, mesmo as primitivas, algo que Hart não admite.⁶¹

Hart poderia responder a esse segundo argumento, insistindo na idéia de que duas espécies relevantes de regras seriam identificadas pela aceitação: a regra de reconhecimento e as regras costumeiras. A inclusão de princípios, ao menos de princípios convencionais, na esfera legal pela aceitação não enfraqueceria, portanto, a teoria legal de Hart.

O primeiro argumento, contudo, parece mais complexo. Hart dirige-se a ele, ao indicar uma natureza diversa da apontada por Dworkin a regras e princípios. Para Hart, princípios e regras não podem ser distinguidos pelo critério do peso, pois ambos são entidades relativas, capazes de ser ponderadas entre si. Princípios e regras distinguem-se, segundo esse filósofo, pelo caráter mais amplo daqueles e pela referência mais expressa por parte dos princípios a fins políticos.⁶²

O critério de peso, contudo, é reafirmado por Dworkin, em resposta dada a Joseph Raz, uma resposta que valeria também para Hart. Segundo Dworkin, não há ponderação possível entre o peso de duas regras ou entre o peso de uma regra e o peso de um princípio. Seja no confronto entre regras, seja no confronto entre princípios categóricos, como o sugerido por Raz com a enunciação do princípio de “nunca mentir”, só poderá haver ponderação se essas regras e esses princípios forem construídos de modo

⁵⁹ Id.: 35.

⁶⁰ Id.: 20-21.

⁶¹ Id.: 40-43.

⁶² Hart: 259-63.

diverso, isto é, abstraídos de seu caráter de tudo-ou-nada. No que toca à ponderação entre regras e princípios, Dworkin ressalta que o que se pondera de fato são apenas princípios, mas que esses poderão indicar a aplicação de uma ou de outra regra.⁶³ A possibilidade de ponderação de regras frente a princípios é, portanto, apenas ilusória.

Dworkin afasta de modo convincente o argumento de que os princípios não categóricos – isto é, os princípios relevantes para a questão da discricionariedade – e as regras se distinguem, especialmente, por critérios outros que não o de peso. Ainda que haja outros caracteres acessórios, como o grau de amplitude e o grau de vinculação a fins políticos, o ponto principal de diferenciação parece ser de fato o critério de peso.

Esse critério, contudo, poderia argumentar Hart se o tivesse admitido, não afastaria a possibilidade de identificação por uma regra social de reconhecimento. Essa regra poderia apontar, tendo em vista a prática social, quais seriam os princípios aplicáveis repetidamente em cada circunstância, elevando-os, por uma análise, portanto, convencional, à categoria de lei.⁶⁴ Não seria necessário, nesse caso, sequer recorrer à aceitação.

A identificação de princípios como válidos ou inválidos pela regra social traz à tona, todavia, uma outra discussão, referente ao grau de incertezas compatível com o sistema positivista. Essa questão, contudo, já foi discutida anteriormente, tendo-se destacado o argumento de Hart, segundo o qual o grau de incertezas tolerável pelo positivismo seria mais alto que o pressuposto por Dworkin.⁶⁵

CONCLUSÃO

A questão da discricionariedade em Hart e Dworkin aponta, portanto, à existência ou não de um dever legal do juiz de decidir de determinada forma mesmo em casos difíceis. Essa questão envolve um série de outras, tangentes à completude ou à incompletude da lei, à natureza legal ou meramente moral dos princípios, à tolerância ou não da discricionariedade em sentido forte, isto é, à possibilidade ou não do juiz elaborar leis, ao grau de distinção entre princípios e regras, à existência de uma regra social ou de uma regra normativa de reconhecimento.

⁶³ Dworkin: 73-78.

⁶⁴ Isso possibilitaria a inclusão na esfera legal, contudo, apenas de princípios convencionais.

⁶⁵ Hart: 251-52, 258.

Consideradas essas questões, tem-se que o sistema interpretativo bifásico de Hart permite, mesmo com a inclusão de princípios convencionais pela regra social de reconhecimento, a utilização da discricionariedade judicial em sentido forte na decisão de casos difíceis. Não reconhece, portanto, para esses casos, qualquer dever legal do juiz em buscar uma análise holística da lei que forneça critérios mais objetivos, e que, conseqüentemente, diminua a possibilidade de erros judiciais. Embora concorde que vigorarão, no caso, princípios meramente morais, esses princípios, por não possuírem caráter vinculante na teoria positivista, poderão ou não ser considerados pelo juiz.

Nesse sentido, o sistema interpretativo monofásico de Dworkin se sobrepõe ao de Hart. Ao permitir a escolha, pelo juiz, entre critérios “que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras”,⁶⁶ propondo, ao mesmo tempo, a existência de um dever legal do juiz de analisar de modo mais abrangente as fontes da lei, inclusive no que toca a princípios não convencionais; torna a lei capaz de alcançar mesmo casos difíceis, fornecendo a esses casos critérios mais objetivos do que o mero recurso à discricionariedade em sentido forte. Torna, ainda, a lei capaz de alcançar casos difíceis, sem retirar do juiz a discricionariedade em sentido fraco.

DANIELA R. IKAWA é doutoranda da Faculdade de Direito da USP e coordenadora de programa na Rede Universitária de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DWORKIN, Ronald. (1997). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- HART, H. L. A. (1997). *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 2a. ed.
- HOBBS, Thomas (1985). *Leviathan*. London: Penguin Classics.
- KELLY, Paul (1996). “Ronald Dworkin: Taking Rights Seriously”. In: FORSYTH, Murray and KEENS-SOPER, Maurice (ed.). *Green to Dworkin*. Oxford: Oxford University Press.
- RAZ, Joseph (1985). “Authority, Law and Morality”. *The Monist*, vol. 68, no. 3. Illinois: The Hegeler Institute, pp. 295-324
- SILVER, Charles (1985). “Negative Positivism and the Hard Facts of Life”. *The Monist*, vol. 68, no. 3. Illinois: The Hegeler Institute, pp. 347-363.
- YANAL, Robert J. (1985). “Hart, Dworkin, Judges, and New Law”. *The Monist*, vol. 68, no. 3. Illinois: The Hegeler Institute, pp. 388-402.

⁶⁶ Dworkin: 69 e 329.

HANNAH ARENDT, PODER E A CRÍTICA DA “TRADIÇÃO”

RENATO M. PERISSINOTTO

Para aqueles que entendem a democracia como um sistema que transcende as instituições tradicionais da representação política, Hannah Arendt é uma autora importante. Nas suas obras podemos encontrar questões fundamentais relacionadas à constituição e caracterização de um espaço público genuíno; na verdade, esta parece ser a questão central do seu pensamento político (Lafer 1979: 37). Mas uma compreensão adequada do seu conceito de “espaço público” (e, por conseguinte, daquilo que ela entende ser a participação política) exige antes uma discussão sobre o seu peculiar conceito de “poder”. Em Arendt, como veremos, este fenômeno representa o momento original a partir do qual uma esfera pública se constitui. Desse modo, a sua definição de poder produz efeitos importantes sobre o seu entendimento do que deve ser o espaço público e a participação política que o anima.

Por essa razão, este texto tem como objetivo analisar um tema central do pensamento de Hannah Arendt, qual seja, a distinção entre poder e violência. Trata-se de questão trabalhada pela autora em diversos escritos, porém mais sistematizada em seu famoso ensaio de 1969, *Sobre a violência*. Embora não seja o nosso objetivo abordar o pensamento desta autora na íntegra, vale lembrar que, como disse Paul Ricoeur, “quase todas as discussões suscitadas pelo pensamento político de Arendt podem ser revistas quando se apresenta o par conceitual poder-violência” (Ricoeur 1989: 142).

O trabalho está dividido em duas partes. Primeiramente, faço, separada em três itens, uma apresentação puramente descritiva da definição arendtiana de poder e de outros conceitos (autoridade, violência, força, vigor) com o propósito único de identificar as suas características essenciais. A segunda parte constitui-se de alguns comentários críticos apresentados em quatro itens estreitamente relacionados: no primeiro,

esboço uma defesa da “tradição teórica” criticada por Arendt. Penso que a autora, com o objetivo de fortalecer a sua própria tese, simplifica o conceito tradicional de poder ao identificá-lo tão diretamente com a violência; no segundo, afirmo que essa interpretação equivocada da tradição produziu dois problemas intimamente ligados na elaboração teórica de Arendt, ambos já identificados por Habermas (1986), quais sejam, a supressão das relações conflituosas da vida política e, por conseguinte, o limitado valor heurístico do conceito arendtiano de poder; no terceiro item, observo que a ausência do conflito (e não da mera divergência individual) na teoria do poder de Hannah Arendt está ancorada numa distinção radical (também percebida por Habermas 1986: 83) entre o mundo político e o mundo social; por fim, sugiro que a sua definição do poder como “ação em concerto” toca na questão central da “organização”, mas sem problematizá-la, isto é, sem levar em conta os seus efeitos sobre a igualdade política.

1. O CONCEITO DE PODER EM ARENDT: BREVE DESCRIÇÃO

A recusa da tradição

No primeiro capítulo de *Sobre a violência*, Hannah Arendt faz uma crítica severa aos movimentos da “nova esquerda”, no final dos anos 1960. Segunda ela, sob pretexto de lutar contra um mundo ameaçado pela destruição nuclear e dominado pelas grandes administrações estatais, esses movimentos optaram pela glorificação irresponsável da violência, acreditando, erroneamente, ser ela a essência de todo poder. No segundo capítulo, a autora identifica as origens teóricas desse equívoco. Para Arendt:

Se nos voltarmos para as discussões do fenômeno do poder, rapidamente percebemos existir um consenso entre os teóricos da política, da esquerda à direita, no sentido de que a violência é tão-somente a mais flagrante manifestação do poder. ‘Toda política é uma luta pelo poder; a forma básica do poder é a violência’, disse C. Wright Mills, fazendo eco, por assim dizer, à definição de Max Weber, do Estado como o ‘domínio do homem pelo homem baseado nos meios da violência legítima, quer dizer, supostamente legítima’. (2001: 31)

(...) deve ser admitido que é particularmente tentador pensar o poder em termos de comando e obediência, e *assim* equacionar poder e violência. (Id.: 38, *italico* meu)

A tradição que entende o poder como uma relação de mando e obediência (amplamente hegemônica no pensamento político ocidental) operaria do seguinte modo: de um lado, define como tema central dos estudos políticos a relação de mando e obediência, guiando-se sempre pela questão “quem manda em quem?”; de outro, e *por conseguinte*, entende o poder como sinônimo de violência (Id.: 54).

Arendt propõe retornar a uma outra tradição do pensamento político, qual seja, a greco-romana, que fundamenta o conceito de poder no consentimento e não na violência. Essa tradição alternativa pode ser encontrada na Cidade-Estado ateniense e na Roma antiga, pois tanto o conceito de “isonomia”, no primeiro caso, como o conceito de *civitas*, no segundo, trabalham com uma idéia de poder e de lei cuja essência não se assenta na relação de mando-obediência e não identifica o poder com o domínio (Id.: 34). Apesar de utilizarem o termo “obediência” – mas sempre obediência às leis em vez de aos homens - o que eles de fato queriam dizer era “apoio às leis para as quais os cidadãos haviam dado o seu consentimento” (p.34). Desse modo, “poder”, em Arendt, refere-se sempre a uma relação de consentimento em que as instituições sustentam-se no “apoio do povo”.

O apoio do povo revela um traço importantíssimo do conceito de poder em Hannah Arendt, pois “esse apoio não é mais do que a continuação do consentimento que trouxe as leis à existência” (p.35). Sendo assim, descobrimos outro traço essencial do conceito arendtiano de poder: além de ser uma relação de consentimento, o poder está vinculado ao “momento fundacional” de uma dada comunidade. O poder é o momento que traz as leis à existência, leis que retiram dessa ocorrência primitiva o consentimento que sustentará a manutenção futura das instituições. Por isso, lembra Arendt, todo governo depende de números, isto é, da opinião, enquanto que a violência pode operar em oposição a ambos. Conclui-se, assim, que “a forma extrema de poder é O Todos contra um, a forma extrema da violência é o Um contra todos” (p.35).

Distinções conceituais

Temos então a grande distinção que permeia o ensaio: poder e violência. Mas essa distinção seria, na visão de Arendt, insuficiente, pois não daria conta de outras dimensões importantes da realidade. Arendt avalia que a ausência de categorias que permitam diferenciar conceitos (e realidades) é “um triste reflexo do atual estado da ciência política”

(Id.: 36). Essa situação seria, por sua vez, decorrência natural da identificação tradicional entre poder e violência, já que “poder, vigor, força, autoridade e violência seriam simples palavras para indicar os meios em função dos quais o homem domina o homem; são tomados por sinônimo porque têm a mesma função” (id. *ibid.*).

Quando se diferencia poder de violência, torna-se necessário aprofundar as distinções conceituais com o intuito de deixar claro o que o poder é e aquilo que ele não pode ser. Movida pelo desejo de clareza, Hannah Arendt propõe diferenciar os seguintes conceitos: poder, vigor, força, violência e autoridade.

Para Arendt, “o poder corresponde à habilidade humana não apenas para agir, mas para agir em concerto. O poder nunca é propriedade de um indivíduo; pertence a um grupo e permanece em existência apenas na medida em que o grupo conserva-se unido. Quando dizemos que alguém está ‘no poder’, na realidade nos referimos ao fato de que ele foi empossado por um certo número de pessoas para agir em seu nome” (p.36).

A definição acima enfatiza quatro aspectos: primeiro, o poder é um fenômeno do campo da ação humana; não é, portanto, uma “estrutura”, nem se iguala à posse de determinados recursos; segundo, o poder é um fenômeno do campo da “ação coletiva”; terceiro, o poder surge na medida em que um grupo se forma e desaparece quando ele se desintegra, o que reforça a tese de que o poder está ligado a um momento de fundação; por fim, “estar no poder” significa “estar autorizado” pelo grupo a falar em seu nome.

Definido dessa forma, o poder se diferencia radicalmente do conceito de “vigor”. Este descreve uma realidade essencialmente individual (e não política), um atributo inerente a uma coisa ou a uma pessoa que pode ou não ser utilizado na relação com outros indivíduos. Por ser essencialmente particular, o vigor pode ser sempre uma ameaça ao poder (Id.: 37). A “força”, por sua vez, refere-se aos impactos coletivos (a “energia liberada”) que os movimentos sociais podem gerar sobre a sociedade e sobre o fenômeno do poder (id. *ibid.*). Sendo assim, ela não se confunde com a violência. Esta tem um significado muito mais estreito do que o termo genérico “coação”, pois parece designar apenas ação física agressiva sobre outrem, estando muito próxima do conceito de vigor. Em “O que é autoridade?”, ao fazer a crítica de determinados aspectos da filosofia platônica, Arendt diz que a violência é inerente ao ato de “fazer”, “fabricar” e “produzir” e, na seqüência de sua exposição, identifica a violência com o ato de “matar” e “violar” (2002: 152). Portanto, violência não identificaria qualquer ato coativo, mas apenas aquele que opera, no caso das relações sociais,

sobre o corpo físico do oponente, matando-o, violando-o, enfim, parece descrever apenas o *uso efetivo dos implementos* (2001: 37).

Por fim, o conceito de autoridade refere-se ao mais enganoso dos fenômenos políticos, pois descreve uma realidade aparentemente paradoxal. De um lado, identifica uma relação hierárquica de mando e obediência, mas que não se traduz em violência, isto é, não demanda o uso efetivo dos implementos para funcionar; de outro lado, não opera por meio da persuasão, pois não é uma relação igualitária, mas sim hierarquizada¹; quem obedece o faz por “respeito”.

Arendt observa que todas essas distinções são importantes porque permitem identificar fenômenos distintos, o que não quer dizer que eles não possam se entrecruzar na realidade concreta. Não é raro que o fenômeno do poder venha acompanhado de violência, sobretudo nos casos em que algum indivíduo reivindique para si um tratamento especial frente aos princípios estabelecidos pela ação em concerto que deu origem à comunidade em que ele está inserido (2001: 38).

Poder e autoridade

Vimos que para Hannah Arendt o poder é uma “ação em concerto”. Mas o caráter coletivo dessa ação não esgota a sua importância; é preciso ter presente que o poder é uma ação em concerto que funda uma dada comunidade (um grupo, uma cidade, uma nação). Com este conceito Arendt “está em busca de uma manifestação mais originária do fenômeno político”, do “*locus* primordial do qual emana todo o poder” (Duarte 2001: 87). A conjugação dessas duas características – *ação coletiva* que *funda* o grupo – sugere que este momento original constitui-se no início de uma “esfera pública”, pois a “ação em concerto” que “funda o grupo” só pode ocorrer por meio de um “encontro” público em que o acordo e o consentimento surjam. Daí tratar o poder (e a esfera pública), ao mesmo tempo, como o espaço das “aparências” e o lugar da “isonomia”², isto é, um

¹ Sobre as ambigüidades dessa situação, cf. Arendt 2002: 129. Cf. também o prefácio de Lafer ao mesmo livro, p. 23 e Duarte 2000: 257.

² Note-se que “aparência” aqui não se refere à “superficialidade” dos eventos, mas ao entendimento do espaço público como espaço “onde [os homens] podem mostrar, por atos e palavras, pelo melhor ou pelo pior, quem são e o que podem fazer”. Arendt 1987: 8. Ver também Arendt 1981, cap. II, em especial pp. 59-68 e cap. V, em especial pp. 211-19. Sobre o espaço público como o lugar em que a realidade se revela aos homens por meio de seus discursos plurais e, portanto, como antídoto contra o totalitarismo, cf. Canovan 1995: 110-16.

espaço em que a interação entre indivíduos iguais se dá por meio da livre troca de opiniões plurais e da ação.

É neste ato fundacional, do qual participam todos em condição de igualdade, que reside a legitimidade do poder. Como diz Arendt, “o poder emerge onde quer que as pessoas se unam e ajam em concerto, mas *sua legitimidade deriva mais do estar junto inicial* do que de qualquer ação que então possa seguir-se” (2001: 41, *itálico meu*). Nesse sentido, todo poder se justifica por si mesmo, porque é fruto da ação coletiva do grupo que o sustenta. Qualquer ação política futura deverá, para ser legítima (isto é, para ter “autoridade”) fazer referência a esse momento inicial.

Ao conjugar poder e autoridade, Hannah Arendt distancia-se de Max Weber, como mostrou Jüergen Habermas. Enquanto para Weber o poder é uma ação estratégica em que o ator visa utilizar, da forma mais eficiente possível, os meios à sua disposição para atingir um fim previamente definido (isto é, submeter a vontade do outro à sua), para Arendt o poder (e a ação política) é um fim em si mesmo e, dessa forma, não pode ser instrumentalizado em nome de qualquer outro fim; sendo uma ação política, *cujo sentido último é sempre a interação entre os homens*, o poder não pode ser avaliado pelo seu resultado final, mas valorizado por si mesmo (Arendt 2001: 41; 1981: 217-19). Todo grupo que age em concerto visa produzir poder, isto é, pretende criar consentimento: “O fenômeno fundamental do poder não é a instrumentalização da vontade de *outros*, mas a formação de uma vontade *comum* numa comunicação direcionada para atingir um acordo” (Habermas 1986: 76). Como bem observa Habermas, a única alternativa que Arendt vê ao ato de impor a vontade é o livre acordo entre participantes (1986: 75).

Mas qual é exatamente a relação entre “poder” e “autoridade”? Creio que Celso Lafer sintetiza adequadamente a relação entre esses dois conceitos ao dizer que “o princípio (início) da ação conjunta estabelece os princípios (preceitos) que inspiram os feitos e acontecimentos da ação futura” (2002: 24). Ou seja, o poder enquanto fundação define as regras do jogo dentro das quais a autoridade será, ao mesmo tempo, reconhecida e exercida.

Essa distinção conceitual é muito importante, pois, como nota a própria autora, o poder é um “momento fugaz” (Arendt 1981: 212-13) que, por si só, não garante a durabilidade da comunidade política. Desse modo, é preciso forjar um conceito que se dedique a pensar essa realidade cronologicamente posterior ao poder. Eis aqui o papel do conceito de autoridade:

ele descreve a capacidade de mandar sem que o mandante tenha que coagir o subordinado ou persuadi-lo a cada nova ordem dada. A autoridade é reconhecida imediatamente por todos que, em função desse reconhecimento, atribuem respeito aos seus portadores e os obedecem. A origem desse respeito encontra-se no ato fundacional, isto é, no poder. Portanto, é preciso discordar de Arendt quando, em outro texto, afirma que “o poder e a autoridade diferem tanto quanto o poder e a violência” (1988: 144), pois, parece-me, entre poder e autoridade há claramente uma relação de complementaridade e não de oposição.

É por esse vínculo permanente com o momento fugaz da fundação que a autoridade é, para Hannah Arendt, sinônimo de tradição e de estabilidade. Valendo-se da experiência política romana, em que a ocorrência da fundação é absolutamente central, Arendt afirma que “toda autoridade é derivada dessa fundação” (2002: 164), isto é, não se sustenta em si mesma, mas sempre em regras exteriores a ela. Por conseguinte, a autoridade não é poder; este é dinâmico, instável, fugaz; aquela é tradicional e estável (Arendt 2002: 164-66; Ricoeur 1989: 155-56). Podemos dizer, então, que a autoridade é a institucionalização do poder.

Se o conceito de poder em Hannah Arendt é inteiramente marcado pela idéia de consentimento, de apoio e de livre troca de opiniões entre iguais (Duarte 2001: 91), então “poder e violência são opostos; onde um domina absolutamente, o outro está ausente” (Arendt 2001: 44). Mas esse consentimento não implica numa relação inquestionável com quem exerce o poder, já que somente a violência impõe uma obediência deste tipo³ (Id.: 34). Sendo o poder sinônimo de consentimento e de apoio às instituições, conclui-se que “jamais existiu governo exclusivamente baseado nos meios de violência” (Id.: 40) e que onde a violência opera de forma recorrente, o poder já se desintegrou (Id.: 42). Assim, Hannah Arendt opõe ao par conceitual “poder/violência” o par “poder/consentimento”. Note-se, entretanto, que não se trata de qualquer consentimento, mas apenas daquele ancorado num acordo inicial entre homens livres e iguais.

³ Esta é uma observação bastante discutível. A meu ver, a violência pode surgir exatamente numa relação social que está sendo questionada; o consentimento, pelo menos tal como descrito por Arendt, ao contrário, se expressa onde não há qualquer questionamento. Creio que essa interpretação estaria mais de acordo com a definição de autoridade, segundo a qual “sua insígnia é o reconhecimento inquestionável por aqueles a quem se pede que obedçam” (Arendt 2001: 37).

2. ALGUNS COMENTÁRIOS CRÍTICOS

Em defesa da “tradição”⁴

Paul Ricoeur tem razão em afirmar que, seja qual for a opinião que se tenha sobre o trabalho de Hannah Arendt, é preciso lhe fazer justiça e reconhecer que ousou pensar contra toda uma tradição da teoria política (Ricoeur 1989: 143). Creio, entretanto, haver um equívoco em atribuir à tradição uma identificação entre “poder” e “violência”. A meu ver, mais correto seria dizer que nesse campo teórico existe uma íntima relação entre “poder” e “conflito”. Mas a que tradição Arendt se refere? Em *Sobre a violência*, ela cita explicitamente apenas Vico, Hobbes, Weber e Wright Mills. No campo da teoria sociológica, entretanto, não cabe dúvida de que Max Weber elaborou uma definição de poder que se tornou francamente hegemônica.

Mais do que em qualquer outro, Weber sempre identificou poder com conflito e não com violência. Quando esse autor define “poder”, no seu famoso parágrafo de *Economia e Sociedade*, não há qualquer menção ao uso da violência, mas sim à existência de conflito e resistência. Segundo Weber, “Poder significa a probabilidade de impor a própria vontade, dentro de uma relação social, ainda que contra toda resistência e qualquer que seja o fundamento dessa probabilidade” (1984: 43).

A conjugação de “imposição de vontade” com “resistência” caracteriza o elemento central dessa definição, pois a existência do conflito observável e da superação da resistência fornece a evidência empírica do poder. Por essa razão, o conceito de “luta”, uma paráfrase da definição de poder, é um importante complemento teórico. De acordo com Weber, “deve-se entender que uma relação social é de *luta* quando a ação se orienta pelo propósito de impor a própria vontade contra a resistência de outra ou outras partes” (1984: 31). É na luta, portanto, que o poder se efetiva, reforçando-se, assim, a dimensão relacional de um conceito que tinha sido definido inicialmente como uma “probabilidade”. Porém, como diz o próprio Weber, a luta pode ser pacífica, isto é, um tipo de luta em que não

⁴ Uso o termo entre aspas porque, apesar de podermos identificar uma tradição sociológica no que diz respeito ao conceito de poder, profundamente marcada pela perspectiva weberiana, os autores que a ela se filiam têm tantas diferenças entre si que o termo deveria receber algumas qualificações. Para um panorama do mosaico de definições de poder, ver Chazel (1995); Clegg (1994).

há violência física efetiva.⁵ Não há dúvida que a luta *pode* redundar em violência, mas não há nenhum vínculo necessário entre ambas. Numa luta podem ser utilizados, sempre de maneira estratégica, o intelecto, a força física, a astúcia, a oratória, a adulação das massas, a devoção aos chefes etc. Enfim, o que caracteriza uma luta (e o poder) não é o meio (“(...) qualquer que seja o fundamento dessa probabilidade”), mas sim a natureza conflituosa da relação.

A partir dessa definição clássica, o poder sempre foi entendido na tradição como algo próximo da síntese elaborada por Robert Dahl: “A tem poder sobre B na medida em que ele consegue fazer com que B faça algo que B de outro modo não faria” (1969: 80). Para autores filiados a essa tradição, a maioria esmagadora das relações de poder baseia-se numa antecipação, por parte de B, das *eventuais* conseqüências negativas que sofreria caso resistisse a A, levando-o, assim, a permanecer nessa relação sem que qualquer elemento coativo seja utilizado de fato. Não é por outra razão que Bachrach e Baratz (1969b: 103), dois outros autores também filiados à tradição, fazem questão de diferenciar “poder” e “força”, afirmando que onde a força é efetiva já não temos mais poder. A recusa da identificação entre poder e violência, no entanto, não conduz esses autores a tratar o poder como sinônimo de consentimento. Para eles, um elemento central das relações de poder é o *cálculo* que gera expectativas com base nas quais os atores agem.

Segundo Bachrach e Baratz (Id.: 102), podemos encontrar as seguintes características no conceito de poder: primeiramente, trata-se de uma relação entre vontades diferenciadas, portanto uma relação necessariamente conflituosa; segundo, nesse conflito, é preciso que a vontade de um ator seja moldada pela vontade de outro, isto é, que o primeiro se comporte de acordo com os desejos do segundo, sendo esse fato o indício mais evidente da existência de uma relação de poder; terceiro, que essa adequação de uma vontade à outra se dê através da ameaça (e não do uso efetivo) de *privações severas* (e não de violência); quarto, para que a ameaça seja bem sucedida, é preciso que, de um lado, o ameaçado tenha consciência do que se espera dele e, de outro, que a privação a ser sofrida em caso de não consentimento seja *percebida* como uma possibilidade concreta. Este último aspecto introduz o elemento racional no fenômeno do poder, pois a sub-

⁵ Portanto, dizer que essa definição pressupõe “interesses incompatíveis e conflitantes” não autoriza identificá-la necessariamente, como faz Giddens (1997: 247), com o uso aberto da força.

missão passa a ser fruto de um cálculo em que o subordinado avalia ser mais vantajoso aquiescer do que se rebelar, tendo em vista o que perderia e o que ganharia com uma ou outra atitude (Bachrach e Baratz 1969b: 101-2).

Essa importância do cálculo se expressa, por exemplo, no famoso conceito de “potência” (cf. Aron 1991), que descreve o poder, por assim dizer, em estado de repouso, mas sem por isso perder a capacidade de obrigar o outro a se comportar da maneira desejada pelo poderoso (Aron: 16). Nessas situações, aquele que se submete avalia as condições em que atua, pondera sobre a capacidade do outro e sobre suas eventuais reações em caso de desobediência, enfim, calcula-se a partir de certas expectativas. Em função dessas expectativas, o poder raramente é a sua efetivação em ato, mas, na maioria das vezes, constitui-se naquilo que a literatura chamou de “regra das reações antecipadas”⁶.

Certamente, entender o poder como uma relação de conflito implica em lhe atribuir uma dimensão sempre “coativa” que, no entanto, de modo algum se identifica com o uso efetivo dos implementos. Nesse sentido, vale lembrar as definições de Parsons (1969: 257), Kaplan e Lasswell (1998: 173) e Dahl (1988: 51) que entendem o poder como a capacidade de aplicar “sanções situacionais negativas” e “privações severas”, que podem assumir inúmeras formas: ameaça de perda de emprego, de perda de prestígio, de constrangimento psicológico, de perda de influência decisória, de isolamento social etc. Essas definições, portanto, cobrem um leque bem mais amplo de relações e indicam que, na luta política, a integridade física (a vida) está longe de ser o único bem valorizado pelos contendores.

Observe-se ainda que é bastante surpreendente a crítica arendtiana ao lamentável estado da ciência política, que impediria essa disciplina de pensar distinções conceituais adequadas para o entendimento da realidade. Nesse sentido, basta citar alguns textos publicados antes do momento

⁶ O problema das “expectativas” e da “regra das reações antecipadas” coloca uma série de obstáculos metodológicos ao analista do poder, mas é de fundamental importância para uma concepção relacional desse fenômeno. Ter expectativas de mando ou de obediência nada tem a ver com fazer avaliações “verdadeiras” sobre as capacidades (de mando ou resistência) do outro, o que distancia ainda mais o conceito de poder de qualquer definição que o reduza à quantidade de meios (recursos, implementos) que o agente possua. A “regra das reações antecipadas” revela também, por parte da tradição, uma compreensão mais ampla de “conflito”, que não o reduz a uma “luta real entre dois ou mais combatentes”. Cf. Giddens 1994: 257-58. Para uma análise empiricamente bem sucedida das reações antecipadas, cf. Mathew Crenson (1971).

em que a autora escrevia (1968), dedicados a formular essas distinções: *Poder e sociedade*, de Kaplan e Lasswell, de 1950; o artigo “O conceito de poder”, de Robert Dahl, originalmente publicado em 1957, além do seu verbete “Poder”, publicado na *International Encyclopedia of the Social Science*, em 1968; o famoso artigo de Talcott Parsons, “On the concept of political power”, originalmente publicado em 1963; os dois artigos de Peter Bachrach e Morton S. Baratz, “Two faces of power” e “Decisions and non-decisions: an analytical framework”, publicados, respectivamente, em 1962 e 1963; o conhecido texto de Aron, “*Macht, power, puissance*, prosa democrática ou poesia demoníaca?”, publicado em 1964.⁷ Todos esses trabalhos têm como objetivo fundamental elaborar conceitos (“poder”, “influência”, “potência”, “força”, “manipulação”, “autoridade”) que visam exatamente a descrever relações sociais diferenciadas.

De qualquer modo, a crítica de Hannah Arendt à suposta confusão conceitual reinante na ciência política revela que o seu esforço teórico não guiou-se por intenções puramente normativas. Como observou Ricoeur, ao fazer a crítica da redução do poder à violência e ao produzir as suas distinções conceituais, Arendt não se dirigia mais aos estudantes e ativistas, “mas à ciência política, à sua terminologia, à sua impotência para distinguir” (Ricoeur 1989: 142); seus conceitos, diz outra autora, nasciam da experiência política concreta e pretendiam ser uma resposta a ela (Canovan 1992: 5). Cabem, portanto, neste momento, algumas considerações sobre o seu valor heurístico.

O valor heurístico do conceito de poder em Hannah Arendt

O leitor pode chegar à conclusão de que, apesar da avaliação equivocada que Arendt faz da tradição, o seu conceito de poder é bastante válido e defensável e, nesse sentido, o que foi dito até o momento carece de importância. Creio, ao contrário, que o ponto de partida da autora compromete o desempenho heurístico do seu conceito.

Como disse anteriormente, a construção conceitual de Arendt em *Sobre a violência* parte de uma suposta existência, na tradição, de um vínculo entre poder e violência; em seguida, a autora recusa essa identificação e, por fim, afirma: poder é consentimento. Desse modo, todo o resto

⁷ Lembre-se que, exceto Parsons, todos se ligam à tradição.

do texto trafega em torno desses dois pólos opostos: violência e consentimento. Temos então um pensamento dicotômico⁸, que exclui de sua análise um sem-número de relações sociais que habitam o mundo político, que não são nem marcadas pela violência nem pelo consentimento, mas pela luta dinâmica e episódica em torno de interesses conflitantes. A meu ver, o conceito de poder na tradição se dirige exatamente a essas relações políticas, por assim dizer, intermediárias.⁹

Essas relações, afirma a tradição, são parte essencial da vida política, pois em função delas os agentes sociais se organizam, agem coletivamente e causam eventos políticos diversos. Arendt, ao contrário, retira do poder qualquer conotação que o remeta à idéia de conflito, sem fornecer outro conceito que cumpra essa mesma função heurística. Como vimos, os conceitos de “violência”, “vigor” e “força” não descrevem fenômenos políticos e, por sua vez, a noção de “autoridade” refere-se exclusivamente à durabilidade do consenso inicial. Assim, “poder” e “autoridade” são os únicos conceitos disponíveis para pensar as interações políticas e ambos estão totalmente ancorados na idéia de consentimento entre indivíduos livres e iguais.

Poder-se-ia acusar a tradição, entretanto, de, ao privilegiar o conflito, ser incapaz de pensar o consentimento e, assim, cometer o pecado apostado ao de Arendt, qual seja, pensar a política *apenas* como arena de lutas. Tal crítica não seria, é claro, justificada, pois seus autores sabiam, assim como Arendt, que relações sociais distintas precisam ser pensadas por conceitos distintos. Nesse sentido, há muita clareza nesse campo teórico: analiticamente falando (isto é, como um tipo ideal), o conceito de poder *nada* tem a ver com consentimento, mas sim com luta. Para pensar relações sociais predominantemente baseadas no consentimento, outras noções devem ser

⁸ Habermas também aponta para o caráter dicotômico do pensamento arendtiano, incluindo a oposição entre acordo consensual e violência. Cf. Habermas 1986: 75 e 82.

⁹ Convém repetir que o conceito de luta é utilizado aqui no sentido weberiano do termo, isto é, um enfrentamento entre grupos inseridos em “relações sociais” (e não entre indivíduos isolados) que, orientados por sentidos e interesses conflitantes, visam sempre ao predomínio. Cf. Weber 1984: 32. Isso, como se vê, é bastante distinto do espírito agonístico da *polis* que, segundo Arendt, descreve um embate entre *indivíduos* iguais que buscam a afirmação de sua singularidade por meio de feitos e realizações pessoais. Para essa autora, “ser diferente não equivale a ser outro” e a alteridade na política só existe como singularidade individual. Cf. Arendt 1981: 51 e 189. A realidade do conflito social também não pode ser captada pelo caráter dialógico da concepção arendtiana de espaço público (Lafer 2002: 17-21), pois este espaço remonta sempre a uma relação entre indivíduos iguais (apesar de singulares) e entre iguais não há conflito (interesses antagônicos), mas apenas divergência de opiniões solucionáveis sempre (e apenas) por meio da persuasão. Cf. Arendt 1981: 35.

elaboradas. Weber, como sabemos, reservou esse papel para os conceitos de dominação e legitimidade. Nesse autor não se trata de opor a violência ao consentimento, mas de *conjug*ar esse último com o conflito social e político, reconhecendo-se, assim, que a vida política consiste tanto de ações estratégicas (poder) como de condutas orientadas por valor (respeito às regras legítimas). Em Arendt, ao contrário, parece existir apenas essa última dimensão, pois exclui-se da vida política a luta e o enfrentamento, o “pró” e o “contra” (Arendt 1981: 192-93), excluindo-se, por conseguinte, a sua dimensão estratégica.¹⁰ Quanto a esse ponto, é fundamental a afirmação de Weber segundo a qual a luta política se desenvolve no *interior de* (e não em oposição a) determinadas condições que influenciam o seu resultado final, sendo uma delas a ordem legítima em função da qual os lutadores orientam sua conduta (1984: 31); em Weber, luta (poder) e adesão às regras (dominação) não configuram uma dicotomia.

Nesse ponto, é curiosa a indiferença de Arendt em relação a essa distinção conceitual, claramente voltada para dar conta de dimensões distintas, porém integradas, da vida política. Por que não dialogar com o conceito de dominação, que enfatiza claramente o consenso, isto é, a situação em que os “dominados” adotam as ordens dos dominadores como se fossem suas (Weber 1984: 699)?

Provavelmente, uma primeira resposta seria a seguinte: o problema com o conceito weberiano de dominação é que ele também se inscreve na tradição que pensa a política a partir da oposição entre governantes e governados, entre mando e obediência e, portanto, está irremediavelmente ligado à violência. Com efeito, a única crítica explícita de Arendt a Weber toca exclusivamente nesse ponto. Arendt diz que a identificação entre poder e violência faz eco “à definição de Max Weber, do Estado como o ‘domínio do homem pelo homem baseado nos meios da violência legítima, quer dizer, supostamente legítima’” (2001: 31).

¹⁰ Quanto a este ponto, ver Habermas 1986: 84. Arendt não inclui a ação estratégica como dimensão importante da vida política porque, segundo ela, esse tipo de conduta está intimamente ligada à violência: “quando se trata apenas de usar a ação como meio de atingir um fim, é evidente que o mesmo fim poderia ser alcançado muito mais facilmente através da violência muda, de sorte que a ação, nesse caso, pareceria substituído pouco eficaz da violência (...)” (Arendt 1981: 192). Essa identificação entre ação estratégica e violência contamina toda a percepção que Arendt tem da vida política e do poder, produzindo mais uma dicotomia: a vida política como espaço *exclusivo* da ação que se valoriza por si só (lugar do homem político); a vida social, lugar *exclusivo* da ação estratégica (*homo faber*). Por que a violência seria sempre a maneira mais eficaz de realizar a ação estratégica é algo que não fica absolutamente claro.

Na verdade, Weber não se refere a uma violência “supostamente legítima”, mas sim a uma violência “considerada legítima” (1979: 98-9; 1993: 57). A diferença é importante, pois não se trata de uma “suposta” legitimidade que sirva de mera fachada à violência do poder, mas de uma violência efetivamente “considerada” legítima por aqueles que se submetem à autoridade do Estado moderno. Como, para Weber, a atribuição de significado feita pelos atores sociais não se refere a nenhum sentido “objetivamente” válido, o importante para o sociólogo é levar em conta aquilo que é “considerado” pelos agentes sociais e não o que é suposto pelo pesquisador. Portanto, se os “dominados” aceitam como legítima a violência estatal, ela *É* legítima (e não *supostamente* legítima).

Na perspectiva weberiana, ao contrário do que sugere a crítica de Arendt, a legitimidade é o elemento mais importante da equação. Em Weber, nunca é demais insistir, a violência legítima não é igual à violência *tout court*, situando-se muito mais no campo do consentimento do que no campo do poder (no sentido weberiano do termo). Além disso, o próprio Weber alerta: “A violência não é, evidentemente, o único instrumento de que se vale o Estado – não haja a respeito qualquer dúvida –, mas é o seu *instrumento específico*. Em nossos dias a relação entre o Estado e a violência é particularmente íntima” (Weber 1993: 56, *italico* meu). Se esta relação é íntima não é porque haja algo inerente à concepção weberiana de poder (e, muito menos, à de dominação) que nos remeta *necessariamente* à violência, mas sim porque ela é a expressão de um processo histórico que concentrou na instituição estatal o “direito” ao uso da violência, isto é, fez da violência um meio específico (mas não o único) do Estado, um meio que a nenhuma outra instituição é dado utilizar. Ora, dizer que a violência é um *meio específico* do Estado implica, certamente, identificá-la como seu atributo definidor (já que só esta instituição pode operá-la), mas não é, de forma alguma, o mesmo que afirmar que o poder político se equivale à violência. Aliás, como lembra Wright Mills, esse processo histórico de concentração do direito de uso da violência nas mãos do Estado foi condição fundamental para o estabelecimento de uma paz social e política que, nos períodos anteriores, era extremamente rara (Wright Mills 1982: 208). Ou seja, o monopólio do uso da violência legítima é condição essencial, nos Estados modernos, para que a violência esteja ausente da vida política cotidiana.

Uma segunda objeção ao conceito de dominação talvez se referisse ao tipo de consentimento que ele descreve, isto é, um consentimento que *não* nasce de uma ação em concerto entre iguais.¹¹ De fato, o consen-

so encontrado nas formas de dominação não se origina de uma ação coletiva entre iguais e creio ser essa a razão que leva Weber a afirmar que “a dominação é um caso especial do poder” (1984: 695). Mas se aceitarmos essa definição, devemos também aceitar que, do ponto de vista heurístico, esse conceito é mais operacional que o de Hannah Arendt, que descreve um consentimento político cuja existência histórica é extremamente limitada e fugaz, como observou Habermas (1986: 88). Desse modo, o que fica de fora da distinção conceitual de Weber é apenas a singular (e raríssima) situação descrita por Arendt (livre acordo entre iguais); ao contrário, o que está ausente das distinções conceituais de Arendt é a ampla gama de relações sociais descritas pelos conceitos de poder e dominação em Weber.¹² Essa posição é defendida também por Habermas, quando diz que

(...) mesmo que a liderança nas modernas democracias tenha que periodicamente procurar legitimidade, a história está repleta de evidências que mostram que a direção política deve ter funcionado, e funciona, de forma diferente da sugerida por Arendt. Certamente, é um ponto a favor de sua tese o fato de que a direção política só pode durar na condição de ser reconhecida como legítima. É um ponto contra sua tese o fato de que as instituições e estruturas básicas que são estabilizadas por meio da direção política poderiam apenas em casos raros ser a expressão de uma ‘opinião sobre a qual muitos estavam publicamente de

¹¹ Dessa forma, o conceito de dominação escapa à dicotomia entre “regras [livremente] aceitas” e “regras impostas” identificada por Ricoeur como central ao pensamento de Arendt. Cf. Ricoeur 1989: 145. As regras “consideradas legítimas” não são nem livremente aceitas nem impostas, pelo menos no sentido que usualmente damos a esta palavra. Nas relações de dominação, assim como nas relações de poder e autoridade em Arendt, a violência também é apenas um último recurso que visa a “conservar intacta a estrutura de poder contra contestadores individuais”. *Apud* Duarte 2000: 246.

¹² Poder-se-ia sugerir que a fundação e a autoridade que lhe correspondem são, na verdade, mitos historicamente construídos, não necessariamente verdadeiros, mas que ainda assim funcionam para garantir a adesão das pessoas à ordem política. Nesse sentido, o pacto inicial poderia ser apenas uma construção romantizada do início da comunidade. Não acredito que essa sugestão seja compatível com a proposição teórica de Arendt. Fosse assim, ficaríamos obrigados a indagar porque não utilizar as noções de “fórmula política” (Mosca), de “ideologia” (Marx), de “mito” (Sorel) ou mesmo de “dominação” (Weber). O conceito de poder de Arendt descreve indivíduos autônomos e livres, o que o torna incompatível com a idéia de submissão “psíquica” presente, em alguma medida, em todas aquelas noções. Além disso, a fundação é vista por Arendt claramente como uma experiência histórica concreta, como prova o seu trabalho *Da revolução*.

acordo’ – ao menos se se tem, como Hannah Arendt, um conceito forte de espaço público. (1986: 88).

Portanto, se nem todo consenso é fruto de um livre acordo entre iguais, é preciso pensar em conceitos que expliquem essa realidade muito mais rotineira, na qual a adesão às regras é, ela própria, um componente das relações de domínio nas comunidades humanas. É o que Habermas procura fazer ao formular o conceito de “violência estrutural”¹³. Segundo esse autor, a violência estrutural é um processo que opera, sorrateira e não violentamente, por meio das instituições políticas (mas não apenas), processo este que forma e dissemina convicções que se tornam legítimas entre os atores sociais. Assim, quando os indivíduos estão inseridos em instituições, eles estão, na verdade, submetidos a “comunicações sistematicamente constrangidas” e não a interações plenamente livres (Habermas 1986: 88). O objetivo de Habermas ao introduzir essa idéia é, segundo ele próprio, tornar o conceito de poder de Arendt mais realista, isto é, mais aplicável a sociedades que não se baseiam mais em interações face-à-face.¹⁴

A cisão entre o político e o social

Pensar o poder como fenômeno que constitui o espaço público em esfera participativa na qual homens livres e iguais dialogam entre si sugere ainda algumas outras questões. A mais importante delas, penso, refere-se às condições sociais e materiais em que esses “homens” estão inseridos e aos efeitos dessas condições sobre o funcionamento do espaço público. Quanto a este ponto, é importante observar que, em Arendt, o “indivíduo singular” constitui-se em categoria analítica central do seu pen-

¹³ Na verdade, trata-se de um tema central da teoria sociológica como um todo, qual seja, o tema da socialização e internalização dos valores. Este conceito, segundo Habermas, permitirá conjugar a existência da legitimidade com a inexistência do consenso produzido entre homens livres e iguais. Cf. Habermas 1986: 88. Vários autores contemporâneos (Steven Lukes, Michel Foucault, Pierre Bourdieu, Anthony Giddens) procuraram pensar a internalização das normas e valores não como uma necessidade sistêmica (como em Parsons, por exemplo), mas como um componente essencial do conceito de poder.

¹⁴ Quanto às dificuldades de se lançar mão das experiências clássicas para pensar o mundo contemporâneo ver Moses Finley 1988, cap. 1, em especial p. 47. Canovan chama atenção, porém, que Arendt não tinha a intenção de transpor ingenuamente a experiência clássica para as sociedades atuais, mas apenas tomá-la como “matéria-prima para reflexões políticas”. Cf. Canovan 1992: 140. Ver também Duarte 2001: 83-4 e Eisenberg 2001: 173.

samento político,¹⁵ o que dificulta o correto tratamento do tema da participação, já que esta dificilmente pode ser analisada sem referência ao lugar social ocupado pelos “indivíduos”. Por essa razão, seria preciso reconhecer que a simples criação de condições institucionais não é suficiente para efetivar a participação política, sendo necessário também que se garanta os seus pressupostos materiais, sociais e culturais (Pateman 1982: 61; Bottomore 1974: 6). Como nota Bourdieu, as formas mais diretas de participação não resistem à diferenciação econômica e social, pois esta produz “a concentração dos cargos administrativos em proveito daqueles que dispõem do tempo necessário para cumprir as funções graciosamente ou mediante uma fraca remuneração. Esse princípio simples poderia também contribuir para explicar a participação diferencial das diferentes profissões (...) na vida política ou sindical e, mais geralmente, em todas as responsabilidades semipolíticas” (Bourdieu 1989: 198 nota 44).

Dessa forma, ao contrário do que diz Arendt, a viabilidade da participação política dependeria sim da solução da “questão social”, desde que entendida não como sinônimo de miséria (Arendt 1988: 48), mas como uma referência às condições socioeconômicas que afetam aquela participação. Nesse sentido, o problema não residiria apenas na pobreza (que impede os homens de pensarem em outra coisa que não a sobrevivência) ou na riqueza excessiva (que impõe como único objetivo de vida aos indivíduos, transformados em *Babbitts*, o acúmulo de valores de uso), mas no tipo de *relação social* que predomina numa dada sociedade e nos lugares ocupados pelos indivíduos nessa relação. Não se trata, portanto, de entender o “social” como o reino das preocupações privadas (Canovan 1992: 117-18), separado da esfera pública, mas sim como um conjunto de lugares objetivos que condicionam fortemente o funcionamento das instituições

¹⁵ “Interesse e opinião são fenômenos políticos completamente diversos. Politicamente, os interesses só são relevantes como interesses de grupos, e para a depuração desses interesses grupais parece ser suficiente que eles se façam representar de tal forma que seu caráter parcial seja preservado (...) As opiniões, ao contrário, nunca dizem respeito a grupos, mas exclusivamente a indivíduos, que ‘manifestam livre e apaixonadamente os seus pontos de vista’ (...)” (Arendt 1988: 181). Há dois problemas nessa passagem. Primeiro, não basta reconhecer a existência dos interesses, mas é preciso incorporá-los à elaboração conceitual, o que Arendt não faz. O reconhecimento de que há interesses parciais sugere, de saída, alguns limites à eficácia da persuasão; segundo, essa distinção entre “grupos” e “indivíduos” parece remontar a uma perspectiva pré-sociológica que aponta para a existência de indivíduos, por assim dizer, “vazios”, isto é, fora das “posições sociais”. A meu ver, esses indivíduos abstratos, livres e iguais entre si constituem-se no substrato teórico que possibilita a autora pensar o espaço público como o reino da persuasão. Sobre o indivíduo como categoria central da análise de Arendt, ver Canovan 1992: 111 e ss. Ver também nota 9 acima.

políticas participativas, como observou Bourdieu na passagem citada acima.¹⁶ Sendo assim, ainda que os conselhos (para Arendt, a forma institucional alternativa às estruturas burocráticas das sociedades contemporâneas) sejam “órgãos primordialmente políticos” (Arendt 1988: 218-19), é de se duvidar que consigam efetivar plenamente o seu objetivo (a generalização da participação política) sem tocar na questão da transformação profunda das estruturas sociais. Arendt tem razão em dizer que o fim das necessidades não leva necessariamente ao reino da liberdade (Arendt 1981: 146), mas é duvidoso que este chegue apenas como fruto de determinadas condições institucionais, isto é, sem que os limites impostos à participação pelas condições sociais sejam superados.

Se a assimetria das posições sociais afeta o funcionamento das instituições políticas e o problema da participação não comporta soluções puramente institucionais, parece claro que a “questão social” é também uma “questão política”. Entretanto, apesar de reconhecer, pelo menos para o caso grego, que “a vitória sobre as necessidades da vida em família constituía a condição natural para a liberdade na *polis*” (1981: 40), vitória esta conquistada por meio da escravidão, Arendt continua a qualificar o mundo social de pré-político e a tratar o mundo político como um espaço habitado apenas por *indivíduos* socialmente indeterminados (Arendt 1981: 195-96). Como conseqüência, a defesa contundente (republicana e anti-totalitária) que Arendt faz da participação ampliada na esfera pública fica comprometida pela dissociação que o seu pensamento promove entre o mundo político e social.¹⁷

Penso que o lugar central que o indivíduo ocupa no pensamento de Hannah Arendt resulta de sua compreensão da ação como uma “atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas” (diferentemente do labor e do trabalho) (Arendt 1981: 15, 188 e ss). Na medida em que as “coisas” (os recursos de diferentes tipos) estão ausentes das interações políticas, faz-se *tábula rasa* das “posições sociais” e das desigualdades que lhes correspondem; por conseguinte, os homens passam a ser vistos como indivíduos socialmente desencarnados, dotados,

¹⁶ Canovan observa também que o conceito de “sociedade” em Arendt, centrado na idéia de “preocupações privadas”, não leva em consideração as potencialidades participativas do que se convencionou chamar atualmente de “sociedade civil organizada”. Cf. Canovan 1992: 122.

¹⁷ Ao contrário, o conceito da “tradição” aponta para a assimetria inerente às relações de poder e, em alguns dos seus representantes, essa assimetria conjuga-se intimamente (embora não mecanicamente) com o problema da desigualdade de recursos determinada pela posição social dos atores políticos.

todos eles, da mesma capacidade para aparecer e agir (innovar) na esfera pública, pois todos possuem os dois únicos recursos que, segundo Arendt, são necessários para a ação política: o corpo e a fala (1981: 188 e ss.). Como consequência, o espaço público constitui-se no lugar em que uma pluralidade de “seres humanos podem realizar plenamente sua identidade como indivíduos”¹⁸ (Canovan 1992: 135, *itálico meu*).

É preciso concordar que uma definição que entendesse a ação como simples reflexo da posse de recursos (e da posição social que lhe corresponde) tenderia a produzir uma concepção bastante reducionista das interações políticas. No entanto, simplesmente eliminar os recursos dessas interações parece conduzir a uma perspectiva francamente irrealista, pois o lugar que os indivíduos ocupam no mundo social afeta a sua capacidade para agir politicamente na medida em que lhes atribui um acesso diferenciado às “coisas”. Nesse sentido, a definição weberiana de poder apresenta a vantagem de conjugar a disposição para agir com os “fundamentos” dessa disposição e, desse modo, permite-nos perceber que capacidade para “tomar iniciativas” (Arendt 1981: 190) e aparecer em público não é algo igualmente distribuído entre os homens, já que estes não são mais indivíduos abstratos e iguais, mas sim inseridos em condições socioeconômicas concretas e desiguais.¹⁹

A meu ver, Hannah Arendt percebe o problema, mas não o resolve. Em *A condição humana*, ela reconhece que os homens, por meio de suas ações, revelam não apenas a sua singularidade individual, mas tam-

¹⁸ Segundo Canovan (1992: 227, 281), a *pluralidade* do espaço público, categoria central do pensamento de Arendt, “reflete o fato de que pessoas diferentes vêm lados diferentes de um mesmo mundo”. Da mesma forma que os indivíduos estão inseridos em condições sociais que limitam a sua individualidade e capacidade para aparecer em público, é preciso lembrar que também as visões sobre o mundo não são elaboradas autonomamente por indivíduos livres, mas sim inculcadas por processos de socialização que sempre foram o tema central da teoria sociológica. Na concepção arendtiana não apenas as posições sociais estão ausentes, mas também aquilo que Bourdieu chamou de “poder simbólico”.

¹⁹ A observação, é claro, vale também para a Grécia antiga. Segundo Wood, a capacidade para atuar politicamente na *polis* estava intimamente vinculada tanto à escravidão quanto à existência de um trabalhador economicamente independente que esta autora chamou de “camponês-cidadão”. A presença deste último seria fundamental para se entender o caráter mais substantivo da democracia ateniense em oposição ao caráter mais formal da democracia capitalista, em que as liberdades políticas do trabalhador assalariado são sufocadas pelas pressões econômicas a que ele está submetido. Cf. Wood 2003, em especial pp. 173-75. Não se trata, portanto, de opor o indivíduo interessado do liberalismo ao indivíduo virtuoso do comunitarismo, como observa Eisenberg (2001: 167), mas sim contrapor a abordagem individualista da política a uma outra, mais sociológica, que leve em conta o impacto das posições sociais sobre as instituições e as práticas políticas.

bém seus “interesses específicos, objetivos e mundanos”. Surpreendentemente, porém, essa “mediação física e mundana” desaparece quando submetida à outra mediação, “constituída de atos e palavras, cuja origem se deve unicamente ao fato de que os homens agem e falam diretamente uns *com* os outros”. Não se sabe exatamente como e por que essa “segunda mediação subjetiva” consegue desmaterializar os interesses, para criar apenas uma “teia de relações humanas”. Temos então como resultado mais uma dicotomia pouco operacional: com vistas a recusar a concepção materialista, que identifica as classes e seus interesses como substratos da esfera política, Arendt produz um conceito de espaço público socialmente desencarnado e habitado apenas por indivíduos singulares (Arendt 1981: 195-96). Assim compreendida, a esfera pública pode ser vista *apenas* como o lugar em que se reflete o que há de comum entre todos os homens e não os seus lugares específicos no mundo (Arendt 1981: 62-3, 67), o espaço onde se reflete a igualdade e não a desigualdade, o espaço da divergência, mas não do conflito, da persuasão, mas não da luta e do enfrentamento, do diálogo, mas não do domínio, dos indivíduos, mas não dos grupos e classes sociais

O problema da organização

Segundo André Duarte, o conceito de poder elaborado por Hannah Arendt aplica-se com mais eficácia a “situações-limite”, como os processos revolucionários modernos, “em que a maioria da população investe contra o soberano e busca refundar as bases políticas da comunidade” (Duarte 2000: 243). Nessas situações, o poder emerge espontaneamente onde quer que as pessoas se unam e ajam em concerto (Arendt 2001: 41; Duarte 2001: 91, nota 23). Mas mesmo aí encontramos algumas dificuldades analíticas.

Primeiramente, o agir em concerto é já, por si só, um problema. Mancur Olson (1999) colocou sérias dúvidas a respeito da possibilidade de uma ação coletiva, em grandes grupos, surgir (e durar) espontaneamente. No entanto, Arendt resolve este problema, como vimos, descartando inteiramente a conduta estratégica enquanto atributo importante do espaço público e, por conseguinte, fazendo do homem político o indivíduo que tem na ação política um valor em si mesmo.

Mais problemática, porém, é a questão da organização. Segundo Arendt a legitimidade do poder “deriva mais do estar junto inicial do que de qualquer ação que então possa seguir-se” (2001: 41). No entanto, “o que

vem a seguir” é fundamental, pois uma ação em concerto (poder) só se transforma em ação coletiva de fato e só funda uma comunidade política (autoridade) se ela continuar no tempo. A questão, portanto, é saber se uma ação coletiva surgida espontaneamente perdurará. Parece ser essa a preocupação que está presente na seguinte afirmação: “O que mantém unidas as pessoas depois que passa o momento fugaz da ação (*aquilo que hoje chamamos de ‘organização’*) e o que elas, por sua vez, mantêm vivo ao permanecerem unidas é o poder” (Arendt 1981: 213, *itálico meu*). Portanto, a organização é condição fundamental da permanência do poder, o que gera problemas fundamentais para a manutenção da igualdade política de fato, como nos lembra Robert Michels.

Toda organização, por mais que surja de um acordo entre homens livres e iguais, cria e reproduz distinções que acabam por gerar e aprofundar diferenças entre representantes e representados. Se há consentimento (baseado na gênese da instituição), há também conflitos no interior da organização que emanam, sobretudo, do seu caráter hierárquico e dos interesses diversos que essa hierarquia produz. Valendo-nos das considerações de Habermas sobre a “violência estrutural”, é preciso observar que o fato de as instituições nascerem de pactos entre homens livres e iguais e de retirarem desse momento original a sua “autoridade” não garante a elas um funcionamento anódino. Mesmo essas instituições serão capazes de afetar as preferências dos atores sociais e políticos de maneira arbitrária e distorcida. É o que Habermas quer dizer ao afirmar que os atores podem gerar um poder comunicativamente, mas este poder, assim que se institucionalizar, pode também ser usado contra eles (1986: 88). A autoridade, portanto, não seria incompatível com a dominação.

CONCLUSÃO

Para concluir, gostaria de fazer duas rápidas observações. Em primeiro lugar, creio que a redefinição do conceito de poder proposta por Hannah Arendt causa confusão desnecessária. Como disse, o conjunto de relações sociais que a perspectiva tradicional pretende descrever ao utilizar o conceito de poder desaparece da análise arendtiana sem que outro termo seja criado para cumprir essa mesma função. Ao mesmo tempo, a sua definição de poder passa ao largo de todo o esforço teórico até então feito pela sociologia política para entender o consenso político. Neste último caso seria fundamental pensar as condições sociopolíticas que permitem

diferenciar o consenso genuíno de um consenso que faz parte, ele mesmo, das relações de dominação.

Em segundo lugar, creio que a terminologia que faz referência aos “dominantes” e “dominados” só pode ser abandonada completamente, em favor de uma outra que fale apenas de consentimento, se o conflito de interesses (aberto ou não) entre grupos sociais (e não entre indivíduos) for inteiramente suprimido da análise. Como diz Steven Lukes, a proposta teórica de Hannah Arendt elimina “o aspecto conflituoso do poder – o fato de que ele é exercido *sobre* pessoas”, desaparecendo com isto o interesse central em estudá-lo, qual seja, saber como alguns grupos conseguem (ou não) “assegurar a obediência das pessoas superando ou impedindo sua oposição” (Steven Lukes 1976: 31). Ainda segundo este autor, os casos de ação cooperativa em que não há relações de conflito devem, portanto, ser descritos por outros conceitos, aliás, já encontrados na tradição (cooperação, indução, persuasão, prestígio etc.). Não se trata, portanto, de entender as interações políticas *apenas* em termos de “consentimento” ou *apenas* em termos de “conflito de interesses”, mas sim de formular conceitos que permitam ao analista conjugar essas duas dimensões essenciais. Desse modo, as distinções conceituais fornecidas pela tradição tem, a meu ver, a mesma vantagem que Lukes atribui aos seus próprios conceitos: “(...) Tudo o que Parsons e Arendt desejam dizer sobre comportamento consensual permanece dizível, assim como tudo aquilo que eles desejam remover da linguagem do poder” (Lukes 1976: 31).

RENATO M. PERISSINOTO é professor do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal do Paraná.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDDT, Hannah (1981). *A condição humana*. São Paulo, Forense/Edusp.
- _____ (1987). *Homens em tempos sombrios*. São Paulo, Companhia das Letras.
- _____ (1988). *Da revolução*. São Paulo, Editora Ática/Editora da UnB.
- _____ (2001). *Poder e violência*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, pp. 81-94.
- _____ (2002). “O que é autoridade?”. In *Entre o passado e o futuro*.] Editora Perspectiva, São Paulo, pp. 127-187.
- ARON, Raymond (1991). “Match, Power, Puissance: prosa democrática ou poesia demoníaca?”. In: Estudos sociológicos, Bertrand Brasil, Rio de Janeiro, pp. 9-42.
- BACHRACH, Peter e BARATZ (1969b). “Decisions and non-decisions: an analytical framework”. In BELL, R., EDWARDS, David V. e WAGNER, Harrison R. *Political Power: A Reader in Theory and Research*. New York, The Free Press.

- BACHRACH, Peter e BARATZ (1969a). “Two faces of power”. In BELL, R., EDWARDS, David V. e WAGNER, Harrison R. *Political Power: A Reader in Theory and Research*. New York, The Free Press.
- BOTTOMORE, T. B. (1974) *As elites e a sociedade*. Rio de Janeiro, Zahar Editora.
- BOURDIEU, Pierre (1989). “Arepresentação política. Elementos para uma teoria do campo político”. In *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro, Difel/Bertrand Brasil, pp. 163-208.
- CANOVAN, Margaret (1995). *Hannah Arendt: A Reinterpretation of Her Political Thought*. Cambridge, Cambridge University Press.
- CHAZEL, François (1996). “Poder”. In: R. BOUDON (org.), *Tratado de Sociologia*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editora.
- CLEGG, Stewart R. (1994). *Frameworks of Power*. London, Sage Publications.
- CRENSON, Mathew A. (1971). *The Um-Politics of Air Pollution: A Study of Non-Decisionmaking in the Cities*. Baltimore/London, The Johns Hopkins Press.
- DAHL, Robert A. (1969). “The concept of Power”. In BELL, R., EDWARDS, David V. e WAGNER, Harrison R. *Political Power: A Reader in Theory and Research*. New York, The Free Press.
- _____ (1988). *Moderna análise política*. Brasília, UnB.
- DUARTE, André (1994). “Poder e violência no pensamento político de Hannah Arendt”. Ensaio crítico a *Poder e violência*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, pp. 81-94.
- _____ (2000). *O pensamento à sombra da ruptura: política e filosofia em Hannah Arendt*. Rio de Janeiro, Paz e Terra.
- _____ (2001). “Hannah Arendt entre Heidegger e Benjamin”. In E. J. de Moraes e N. Bignotto (orgs.), *Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias*. Belo Horizonte, Editora da UFMG, pp. 63-89.
- EISENBERG, José (2001). “Comunidade ou República? Hannah Arendt e as linguagens do pensamento político contemporâneo”. In E. J. de Moraes e N. Bignotto (orgs.), *Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias*. Belo Horizonte, Editora da UFMG, pp. 166-75.
- FINLEY, Moses I (1988). *Democracia moderna e antiga*. Rio de Janeiro, Graal.
- GIDDENS, Anthony (1997). “‘Poder’ nos escritos de Talcott Parsons”. In A. Giddens, *Política, Sociologia e Teoria Social*. São Paulo, Editora da Unesp, pp. 241-262..
- HABERMAS, Jürgen (1986). “Hannah Arendt’s Communications Concept of Power”. In S. Lukes (ed.), *Power: Readings in Social and Political Theory*. New York, New York University Press, pp. 75-93.
- KAPLAN, Abraham e LASSWELL, Harold (1998). *Poder e Sociedade*. Brasília, Editora da UnB.
- LAFER, Celso (1979). *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. Rio de Janeiro, Paz e Terra.
- LAFER, Celso (2002). “Prefácio” a *Sobre a violência*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, pp. 7-10.
- LUKES, Steven (1976). *Power: A Radical View*. London, The MacMillan Press Ltd.
- OLSON, Mancur (1999). *A lógica da ação coletiva*. Edusp, São Paulo.
- PARSONS, Talcott (1969). “The concept of Political Power”. In BELL, R., EDWARDS, David V. e WAGNER, Harrison R. *Political Power: A Reader in Theory and Research*. New York, The Free Press.
- PATEMAN, Carole (1992). *Participação e teoria democrática*. Rio de Janeiro, Paz e Terra.
- RICOEUR, Paul (1989). “Pouvoir et violence”. In *Hannah Arendt: Ontologie e politique*. Paris, Édition Tierce, pp. 141-159.
- WEBER, Max (1979). *Ensaio de Sociologia*, Rio de Janeiro, Zahar.
- WEBER, Max (1983). *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo, Cultrix.
- WEBER, Max (1984). *Economia y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica, México.

- WOOD, Ellen M. (2003). “O trabalho e a democracia antiga e moderna”. In *Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. São Paulo, Boitempo Editorial, pp. 157-75.
- WRIGHT MILLS, C. (1981). *A elite do poder*. Rio de Janeiro, Zahar.

A NOÇÃO DE REPRESENTAÇÃO EM DURKHEIM

FERNANDO PINHEIRO FILHO

A publicação da última das grandes obras de Durkheim, *As formas elementares de vida religiosa*, em 1912, cristaliza um movimento de inflexão em sua obra que, entre outros aspectos, caracteriza-se pela passagem da consciência coletiva para as representações coletivas como conceito-chave da análise sociológica. A ênfase se desloca da morfologia social, cujo mecanismo é o principal fundamento explicativo dos fatos sociais na *Divisão do trabalho social*, para a valorização do simbolismo coletivo como princípio fundante da realidade social. Conforme a metáfora presente no artigo de 1911, “Julgamentos de valor e julgamentos de realidade”, a mudança desloca a ênfase do corpo (morfologia) para a alma (ideais) da sociedade; dos determinantes estruturais para aquilo que era apenas produto dessa determinação. É certo que tal movimento, visível ao menos desde *O suicídio*, de 1897, em que o autor afirma que a vida coletiva é feita essencialmente de representações, não passou despercebido pelos estudiosos da obra. No entanto, dada a importância heurística da noção, creio que um estudo sobre sua gênese contribui para esclarecer o sentido do projeto durkheimiano de superação do discurso filosófico – ou, mais precisamente, de substituição da epistemologia kantiana por uma sociologia do conhecimento. Note-se que o primeiro título aventado por Durkheim para o livro de 1912 foi “As formas elementares do pensamento e a prática religiosa”, talvez mais adequado ao produto de uma reflexão em que religião e pensamento resultam co-extensivos, adquirindo a primeira o caráter de meta-instituição, donde a necessidade de relacionar as crenças religiosas e cognitivas no interior de uma teoria geral das representações coletivas. Isso ajuda a explicar a organização do livro, em que o corpo do texto é inteiramente dedicado à religião, enquanto a introdução e a conclusão concentram uma argumentação atinente à redução das categorias do

conhecimento a fenômenos sociais. Este trabalho procura, assim, acompanhar a tentativa de superação da epistemologia filosófica a partir do estudo da fonte da concepção durkheimiana de representação, qual seja, a leitura específica de Kant realizada por seus discípulos franceses, integrantes da corrente conhecida como neocriticismo. Antes, porém, é preciso acompanhar o lugar das representações coletivas na economia dos conceitos durkheimianos.

HIPERESPIRITUALIDADE: AS REPRESENTAÇÕES COLETIVAS

Durkheim pensa o conhecimento a partir da tradição da filosofia crítica e com ela, demonstrando apreço pela urdidura racional da trama dos conceitos em Kant – em si legítima embora insuficiente no diagnóstico durkheimiano, de sorte que é preciso avançar do ponto em que o kantismo se detém. Assim, tanto o filósofo como o sociólogo concordam que o conhecimento tenha um problema essencial de fundamentação racional. Dado esse piso comum, a solução durkheimiana se constitui alicerçada na definição das categorias como uma espécie do gênero das representações coletivas, identificando-as. Mas, se o inteiro significado dessa operação só pode ser recuperado à luz do legado kantiano que pretende superar, e com especial ênfase na incorporação da vertente neocriticista, cabe antes fazê-lo surgir de seus próprios móveis internos, a partir das concepções de natureza humana e representação. Trata-se aqui de mostrar como a dualidade da natureza humana é condição para a viabilidade de uma sociologia das categorias, bem como sua relação com a teoria das representações coletivas.

No artigo que sucede a publicação das *Formas*, “O dualismo da natureza humana e suas condições sociais”, de 1914, Durkheim sublinha um aspecto de sua obra que segundo ele passara despercebido pela crítica: a chave para a compreensão da origem da dualidade da natureza humana, expressa na imagem do homem como ser dividido entre corpo e alma, cisão constitucional que isola e opõe dois mundos distintos. De um lado, como emanções da base orgânica, as sensações e os apetites egoístas, de foro estritamente individuais; de outro as atividades do espírito, como o pensamento conceitual e a ação moral, necessariamente universalizáveis. Essa a fórmula do *homo duplex* (a expressão é do próprio Durkheim), constatação de um duplo centro de gravidade da vida interior: “Há, de um lado, nossa individualidade, e, mais especialmente, nosso corpo que a funda; de outro, tudo aquilo que, em nós, exprime outra coisa que não nós mesmos”

(Durkheim 1970: 318). Antes de avançar uma solução para essa duplicidade, e em especial para a misteriosa expressão de “outra coisa que não nós mesmos”, avalia as explicações disponíveis, reafirmando a realidade do dualismo ao afastar o monismo (tanto o empirista como o idealista) que vê aquele como simples aparência. Também a tese kantiana não o satisfaz: fundar o dualismo na existência simultânea de duas faculdades distintas, sensibilidade e razão, que dão conta respectivamente do particular e do universal, equivale a propor o dilema em outros termos sem no entanto resolvê-lo – o que só se dá pela explicitação de sua origem. Aqui é importante anotar que essa mesma estrutura da argumentação será mantida na crítica ao apriorismo das categorias; e, de resto, parece pautar a inteira relação da sociologia emergente com o discurso filosófico: a filosofia coloca as questões de modo pertinente, mas não é capaz de resolvê-las, via de regra porque desconhece a origem social da matéria em discussão.

De volta ao ponto, Durkheim quer explicar a origem da coexistência no mesmo ser de atitudes contrárias, e a própria adoção do método sociológico já antecipa sua solução. O espírito humano é um “sistema de fenômenos em tudo comparável aos outros fenômenos observáveis” (Durkheim 1970: 326). Tomado como coisa, objetivação que supera as idiossincrasias dos psiquismos individuais, ele revela através de sua origem na sociedade a sua verdadeira natureza. Durkheim associa a oposição encontrável nos fatos entre corpo e alma àquela que desenvolve nas *Formas* entre sagrado e profano. Existe uma hierarquia entre as funções psíquicas que redundam numa sacralização da alma em relação à pouca nobreza do corpo profano: “A dualidade de nossa natureza não é portanto senão um caso particular daquela divisão das coisas em sagradas e profanas que encontramos na base de todas as religiões, e ela deve se explicar segundo os mesmos princípios” (Id.:327). Ora, as coisas sagradas têm uma autoridade que impõe às vontades individuais como efeito da operação psíquica de síntese das consciências individuais em que se dá sua gênese. Os estados mentais gerados nesse processo encarnam-se em idéias coletivas que penetram as consciências individuais permitindo sua comunicabilidade. Para além das manifestações da biologia humana, esses estados da consciência “(...) nos vêm da sociedade; eles a traduzem em nós e nos atam a alguma coisa que nos supera. Sendo coletivos, eles são impessoais; eles nos dirigem a fins que temos em comum com os outros homens” (Id.: 328). A dualidade da natureza humana guarda uma homologia estrutural com a dualidade de fontes que conformam o homem; quais sejam, o corpo biológico e a sociedade.

Ou, precisando melhor, a sociedade é a única fonte da humanidade do homem; é através dela que se transcende a pura vida orgânica que é a condição do homem tomado em sua individualidade. Apenas a vida coletiva faz do indivíduo uma personalidade, dando forma à consciência moral e pensamento lógico que têm origem e destinação social. O indivíduo não é ainda realidade humana, mas apenas abstração que só se perfaz no meio social. Antes de sua constituição *na e pela* força coletiva, não se pode falar propriamente de homem, mas de um ser que se reduz ao organismo animal. A humanidade do homem é coisa social, que se cristaliza por mecanismos de coerção. A sociedade, “(...)externa e transcendente ao indivíduo enquanto indivíduo, é interna e imanente ao indivíduo enquanto homem” (Vialatoux 1939: 18).

Assim, os conteúdos da mente desse *homo duplex* também estão cindidos quanto à sua gênese, e guardemos esta observação como via de entrada para o sistema das representações coletivas. Lukes (1984: 7), analisando os conceitos fundamentais do pensamento durkheimiano, alerta para a ambigüidade do termo “representação”, que ora significa um processo de pensamento (ou da percepção) ora o conteúdo desse processo. Nessa flutuação, que adiante tratarei como herança neocriticista, estão inscritos o fundamento e o alcance de sua proposta epistemológica. Nesse ponto, vale salientar a presença em Durkheim de uma noção de representação em harmonia com a tradição filosófica com que dialoga: de modo geral, é representação como tudo aquilo que, afetando a mente ou emanando dela, é capaz de fixar-se com menor ou maior grau de estabilidade. No primeiro caso estão as representações sensíveis, que “encontram-se em fluxo perpétuo; empurram-se umas às outras como as ondas de um rio e, também enquanto duram, não permanecem iguais a si mesmas” (Durkheim 1989: 511). Já o pensamento conceitual ancora-se em representações coletivas, derivadas do fenômeno da associação entre homens.

O recurso à imagem da síntese química, tão freqüente em Durkheim, visa justamente dar o fundamento da independência relativa de uma representação em relação a seu substrato, e não por acaso é nuclear no artigo de 1898, “Representações individuais e representações coletivas”. Nos dois tipos de representação, é por um processo de síntese que emerge uma realidade nova, irreduzível aos elementos que estavam na base de sua gênese. Quanto às representações individuais, é a seguinte a formulação: “Com efeito, nada permite supor que uma representação, por muito elementar que seja, possa ser diretamente produzida por uma vibração celular (...) mas não existe sensação para a qual não contribua

um certo número de células. Talvez mesmo o cérebro inteiro participe na elaboração de que elas resultam. É isso que o fato das substituições parece demonstrar. Em suma, parece ser essa também a única maneira de compreendermos como a sensação depende do cérebro, constituindo embora um fenômeno novo. A sensação depende porque é composta de modificações moleculares (...). Mas ela é simultaneamente coisa diferente já que resulta de uma síntese nova e *sui generis* em que essas modificações entram como elementos, mas onde são transformadas pelo simples fato de sua fusão” (Durkheim 1988: 199).

Pode-se manter a forma da argumentação para entender as representações coletivas como resultado do substrato dos indivíduos associados, o que parece expressamente autorizado: “A vida representativa não se pode repartir de uma forma definida entre os vários elementos nervosos, já que não existe representação para a qual não colaborem vários desses elementos, tal como a vida coletiva só pode existir no todo formado por reunião de indivíduos” (Durkheim 1988: 700). Síntese de elementos dispersos no meio social, as representações coletivas remetem à natureza supra-individual do homem, exprimem o ideal coletivo que tem origem na religião. São portanto impessoais e estáveis, comuns a todos na medida mesma em que emanam da comunidade dos homens; e, assim, instrumentos de inteligência do mundo e comunicação entre as razões individuais.

Para esta análise, é importante ressaltar que, assim concebidas, as representações coletivas são a um só passo a resultante da síntese dos indivíduos associados e a instância que dá forma a essa síntese. Na constituição da sociabilidade não é possível separar forma e conteúdo, já que essa opera sobre um conteúdo natural que não está dado, precisa ser constituído por uma virtude formalizadora que é imanente ao sujeito do processo, a própria sociedade. Para descrever o mecanismo desses momentos constitutivos da sociedade, Durkheim remete às efervescências do meio social, ou seja, momentos de intensificação dos elos entre os homens que geram periodicamente novas representações coletivas que são imediatamente incarnadas em um símbolo. Para fixar melhor o princípio desse simbolismo, tomo de empréstimo uma imagem de Giannotti (1980): em Durkheim, os fenômenos sociais não têm massa, não têm em si uma substância que garanta sua estabilidade – ou então a morfologia do meio social interno consistiria num substrato que só se modifica por pressão de forças externas a ele aplicadas. Mas, pelo contrário, a permanência dos fenômenos sociais depende de uma relação muito especial entre sua forma e conteúdo, de

modo que a matéria social em si não perdura sem que sua forma lhe proponha um conteúdo adequado, capaz de sobrepor-se às coisas no momento da instituição do ideal.

O exemplo por excelência de como esse modelo adquire concretude está na teoria durkheimiana do totemismo, escolhido como objeto nas *Formas* justamente por concentrar a essência da religião, em que pese o preconceito envolvido na identificação da anterioridade lógica com o que seria historicamente primeiro. A passagem da horda primitiva, simples justaposição de indivíduos, para o clã totêmico supõe uma síntese dessas consciências individuais cujo produto *sui generis* é imediatamente hipostasiado no elemento natural simbólico que serve de totem. Ou seja, para que se efetive a constituição da primeira sociedade é necessário que a força dos homens associados se transfira idealmente a essa primeira representação coletiva para que adquira estabilidade, e entende-se porque a relação totêmica é pensada na forma específica de consubstancialidade entre os membros do grupo e o animal (ou elemento natural) epônimo. Não surpreende também que esse símbolo do grupo seja sacralizado – afinal, ele encarna nada menos do que a maior das forças encontráveis na natureza, a da associação dos homens.

A concepção durkheimiana do totemismo fornece, portanto, a estrutura básica da constituição do social, explicitando que um fenômeno social só se perfaz ao encarnar-se num símbolo. A religião ganha o peso de uma meta-instituição, manifestação originária da sociabilidade, e fonte de todo pensamento conceitual: as primeiras representações coletivas, necessariamente sacralizadas quando instituem o símbolo coletivo, empreendem a superação da profusão de sensações dadas à percepção justamente graças ao que Giannotti (1980) detectou como o fundo conceitual de toda representação, sua capacidade de remeter à totalidade. Só assim se faz possível um objeto cuja visão não seja puramente individual e portanto incomunicável, mas que, constituído por síntese coletiva, exprime uma atividade totalizadora que faz o objeto universalizável, capaz de atingir qualquer consciência individual. O desenvolvimento da sociologia das categorias está fundado na hipótese de que a categoria totalidade tem por substrato a própria sociedade. E, muito sintomaticamente, a totalidade ocupa o topo da hierarquia das categorias construída pelo neocriticismo. Podemos agora lançar nova luz à contraposição entre representações individuais e coletivas.

Em suma, toda representação é produto de uma síntese – sempre no sentido químico do termo – que lhe dá certa autonomia em relação a seu

substrato. As representações individuais podem agora ser identificadas às sensações; têm por base o organismo sem corresponder direta e univocamente à determinação dos centros nervosos. A esse distanciamento Durkheim se refere como a espiritualidade característica dos fatos intelectuais. De outra espécie são as representações coletivas, que, urdidas através do meio social, identificam-se ao conceito. A remissão à natureza lingüística do conceito ratifica essa posição: “(...) não há dúvida de que a linguagem e por conseguinte o sistema de conceitos que traduz é produto da elaboração coletiva. O que exprime é a maneira pela qual a sociedade, no seu conjunto, concebe os objetos da experiência. As noções que correspondem aos diversos elementos da língua são portanto representações coletivas” (Durkheim 1989: 513). A espiritualidade que marca a vida representativa do indivíduo se desdobra quando da síntese das representações coletivas numa “hiperespiritualidade” maior que a pura soma das individualidades. Durkheim não hesita ante a conotação pouco científica do termo: “(...) não obstante o seu aspecto metafísico, o termo nada mais significa que um conjunto de fatos naturais que devem ser explicados por causas naturais” (Durkheim 1988: 207), o que reafirma o pressuposto da unidade da natureza, fazendo do homem a sede do cruzamento das propriedades pessoais do espírito com aquelas impessoais desse “hiperespírito” totalizante que transpõe para o primeiro aquilo que, nesse circuito, o constitui – a própria sociedade.

Mas isso não deve ser interpretado como redução das representações coletivas às individuais: “se (os conceitos) são comuns a todo um grupo social, não significa que representem simples média entre as representações correspondentes, porque então seriam mais pobres que essas últimas em conteúdo intelectual, enquanto na realidade são plenos de um saber que ultrapassa o do indivíduo médio. São, não abstrações que só ganhariam realidade nas consciências particulares, mas representações tão concretas quanto aquelas que o indivíduo pode ter do seu meio social: elas correspondem à maneira pela qual esse ser especial, que é a sociedade, pensa as coisas de sua própria experiência” (Durkheim 1989: 513). Pensar conceitualmente rompe necessariamente a esfera do indivíduo, rebatendo-o para a totalidade, já que a origem, os instrumentos e a destinação desse pensamento cobram sentido na realidade da vida coletiva. Conceitos são portanto representações coletivas. Essa formulação permite a Durkheim inscrever-se no debate filosófico a respeito das categorias do conhecimento.

REPRESENTAÇÃO E CATEGORIA

A fundamentação social dos conceitos como representações coletivas, em contraponto às sensações individuais, ergue-se a partir da dualidade da natureza humana e tem por escopo nada menos do que uma ontologia do social, conforme a análise precedente. Nas *Formas*, a preocupação mais imediata de Durkheim, que não difere desta, é provar que também as categorias do conhecimento conforme pensadas por Kant são na realidade representações coletivas. Com isso o ímpeto demarcatório de um campo próprio à sociologia destaca-se da fronteira com a psicologia para uma disputa com a filosofia, cujo terreno, consolidado por uma tradição de séculos, demandava um assalto que o tomasse por inteiro, subordinando-o ao raciocínio experimental. Como estratégia de combate, Durkheim seleciona o problema mais relevante colocado pela discussão filosófica para mostrá-lo estéril se tomado em seus próprios moldes, para então fecundá-lo com o condão que só a aproximação sociológica teria, a de expor seu impasse e solucioná-lo. É com esse objetivo que Durkheim revê a polêmica empirismo *versus* apriorismo pensando as categorias como representações coletivas. Nesse movimento revela-se o esteio kantiano e neocriticista de suas posições, conforme cumpre examinar.

Há em Durkheim uma relação de contigüidade entre conceito e categorias, sendo estas espécies mais essenciais de conceito, porque, “Na raiz dos nossos julgamentos (...) dominam toda nossa vida intelectual.” (Durkheim 1989: 38). Categoria é o conteúdo expressivo dos conceitos mais gerais, noções essenciais objetivas e necessárias que configuram a “ossatura da inteligência” (Durkheim 1989: 46), cuja função é “dominar e envolver todos os outros conceitos”, como “quadros permanentes da vida mental” (Durkheim 1989: 518). Assim, a mesma argumentação a respeito da origem social dos conceitos pode ser imediatamente transposta para as categorias, que são deduzidas como representações coletivas que têm sua gênese na religião. A determinação social das categorias serve como instrumento para superar o dilema empirismo *versus* apriorismo. As duas doutrinas mostram-se insuficientes no diagnóstico de Durkheim. O empirismo, derivando as categorias da experiência sensível, não pode dar conta de sua universalidade e necessidade. Já o apriorismo admite o caráter apodítico das categorias, mas limita-se a postulá-lo sem explicação, incorrendo portanto numa petição de princípio. Transpostas para a ciência positiva dos fatos sociais, as velhas questões epistemológicas podem conservar seu apreço pelo poder da razão sem sair do universo observável da experiência. Nesse

movimento, o racionalismo militante de Durkheim parece conciliar o melhor de dois mundos opostos: evita a crença empirista de que uma categoria possa se originar de um conjunto de representações sensíveis individuais generalizáveis, preservando assim seu caráter universal e necessário, conforme o apriorismo havia desenvolvido. Mas retira do transcendente o espaço próprio da gênese das categorias, fundando-as no real, embora numa nova ordem do real, a existência coletiva. Revestindo as categorias do caráter positivo das representações coletivas, portanto do âmbito dos fenômenos sociais, Durkheim as funda na natureza e recupera seu vínculo empírico.

Pensar as categorias como representações coletivas dá a Durkheim a possibilidade de avançar do ponto em que Kant havia se detido, introjetando como legítima a estrutura de uma epistemologia conforme erigida pelo filósofo, que serve como ponto de partida e referência permanente para o avanço da sociologia. Esta, apontando a matriz social das questões relativas ao conhecimento, deve tomá-las como objeto. A tentativa de uma epistemologia sociológica surge como resposta ao kantismo, mas é tributária de sua vertente francesa. Para compreender adequadamente essa passagem, é preciso retomar brevemente as notas essenciais da teoria kantiana do conhecimento.

Nesse sistema, tempo e espaço são concebidos como formas dadas *a priori* da sensibilidade, a faculdade passiva que recebe as afecções produzidas pelo objeto acomodando-as imediatamente ao registro da conformação interna do sujeito. A partir dessa recepção material das coisas o conhecimento racional surgirá como síntese de sensibilidade e entendimento – este último a faculdade ativa que media a referência do pensamento ao objeto. Tempo e espaço são portanto condições gerais de todo conhecimento, que submetem necessariamente toda a experiência na geração de novos conhecimentos. Essa submissão necessária do objeto ao sujeito configura aquilo que Kant chamou de “revolução copernicana” do pensamento. O fato de que as formas da sensibilidade, que dão unidade à matéria posta diante da percepção sempre como múltiplo, sejam uma realidade interna do sujeito, embasa a intercisão das coisas em fenômenos e coisa em si. O fenômeno é o objeto posto no tempo e espaço por uma operação inescapável, assim que é dado à intuição sensível de um ser racional. Desse modo, tudo que é possível conhecer só o é sob a forma de fenômeno, já que das coisas em si, livres da conformação imposta pela estrutura interna da sensibilidade, nada é possível saber. Tempo e espaço não são, portanto, representações que surgem da experiência, mas algo que está dado

em leis do espírito que são formas funcionais da mente racional, e, nesse aspecto, antecipam a própria experiência enquanto condição lógica de sua constituição. De outra natureza são as categorias, conceitos puros do entendimento, dados também *a priori*, que têm por fonte a atividade da razão.

Parece clara a inspiração kantiana de Durkheim, ao pensar formas e categorias nos marcos de uma fundamentação do conhecimento, cujo desenvolvimento seguirá um outro rumo. Apartir da identidade formal, funcional e genética das representações coletivas com as categorias, Durkheim elide o corte entre sensibilidade e entendimento subsumindo à mesma rubrica tempo, espaço e categorias kantianas como causalidade, gênero, substância, totalidade; entendendo que desempenham o mesmo papel na atividade intelectual, e evocando para corroborar sua posição o amparo do “*Essai sur les éléments principaux de la représentation*”, de Octave Hamelin, a que voltarei adiante. Nesse aspecto, a astúcia de Durkheim consiste em simplesmente assimilar o problema das categorias ao processo coletivo de representação para derivá-las empiricamente de determinações próprias da sociedade. E como um objeto eminentemente social só é passível de apropriação legítima pela sociologia, o discurso filosófico torna-se inoperante na questão. Historicamente, esse projeto abriga-se no contexto do impacto que a consolidação das ciências, e em especial da ciência positiva dos fatos sociais, têm sobre a filosofia pensada como uma teoria da totalidade dos entes e sua representação. A constituição de ontologias regionais a respeito do mundo passa para o domínio das ciências que se autonomizam, reivindicando para si a primazia de uma notação crível do real porque empiricamente demonstrável. Assim, está implícito na redução social das categorias que um saber sobre o conhecimento é um saber sobre o mundo, e a proposição da sociedade como seu espaço de constituição lógica remete à clivagem de uma região estipulável pela ciência.

No entanto, e é aqui que intervirá decisivamente a influência do neocriticismo, Durkheim só pode reduzir socialmente as categorias levando em conta a plasticidade daquilo que entende por representação, que comportaria o que Lukes captou como imprecisão semântica: uma representação coletiva é, a um só tempo, um processo e seu conteúdo. A comprovação da natureza social das categorias baseia-se na transposição dessa ambigüidade, de modo que basta expor o substrato social das categorizações para inferir que categorias são em si coisa social.

Esse princípio já estava presente no artigo de 1903, “*Algumas formas primitivas de classificação*”, escrito em colaboração com Mauss, que consolida o sistema social como fundamento do sistema lógico,

mostrando como as classificações são objetivações das determinações próprias da sociedade, ou seja, são decalque da vida social. O último parágrafo desse artigo enuncia de modo eloquente o programa a ser seguido pela sociologia a partir da ênfase nas representações coletivas como seu objeto preferencial: “Pode-se ver (...) com que luz a sociologia ilumina a gênese e, por conseguinte, o funcionamento das operações lógicas. Aquilo que procuramos fazer para a classificação poderia também ser tentado para as outras funções ou noções fundamentais do entendimento. Já tivemos ocasião de indicar, no decurso do trabalho, de que forma idéias tão abstratas como aquelas de tempo e espaço se acham a cada momento de sua história em íntima relação com a organização social correspondente. O mesmo método poderia também ajudar a compreender a maneira pela qual se formaram as idéias de causa, de substância, as diferentes formas de raciocínio etc. Todas estas questões, que metafísicos e psicólogos desde há muito ventilam, serão enfim libertadas das repetições em que se detêm, no dia em que forem formuladas em termos sociológicos. Aí existe ao menos um caminho novo que merece ser tentado” (Mauss 1981: 455). A tentativa de um “caminho novo” se converteria num projeto que implica a postulação definitiva da legalidade do discurso sociológico. Do fato, tido no artigo como empiricamente constatado, de que algumas classificações primitivas estejam calcadas na estrutura social (ainda com grande peso para a morfologia, mas já levando em conta o simbolismo coletivo), Durkheim infere que os operadores lógicos movimentados nesse processo têm também origem social. Ou seja, se uma determinada tribo está territorialmente disposta de modo circular, é de se esperar que as espacializações engendradas por seus membros obedeçam a um princípio de circularidade, e isso seria prova – se levarmos até o fim o argumento durkheimiano – de que o espaço em si é algo social. É sobre essa passagem que incide uma crítica como a de Torre (1989), em plena harmonia com a de Lukes: da constatação que categorizações podem estar socialmente fundadas não segue que categorias também estejam, tanto é assim que Durkheim oferece provas à primeira parte do argumento, mas não à segunda, que decorre arbitrariamente.

De todo modo, nas *Formas* Durkheim leva a efeito o que enunciara quase dez anos antes. De um lado localiza definitivamente a autoridade da razão como extensão objetivada da autoridade da sociedade: “A necessidade com que as categorias se impõem a nós não é, portanto, efeito de simples hábitos cujo jugo poderíamos eliminar com um pouco de esforço; e menos ainda da necessidade física ou metafísica, já que as categorias mudam com os lugares, os tempos; trata-se de uma espécie particular

de necessidade moral que é para a vida intelectual o que a obrigação moral é para a vontade” (Durkheim 1988: 47). De outro, indica o substrato social de algumas categorias, a serem investigadas por sociologias regionais que, integradas, edificariam a almejada epistemologia sociológica: o esboço de um sistema das categorias das *Formas* indica na base da categoria de classe a classe social; na de totalidade, a sociedade; na de gênero, o grupo humano; na de força eficaz, a força coletiva; na de espaço, o território; e, finalmente, na de tempo, o ritmo da vida coletiva. Através desse esquema, Durkheim instaura, por exemplo, o tempo em si como algo de natureza social a partir da constatação de que o ritmo da vida coletiva informa temporalizações que operam na sociedade. Não há dúvida, nesse ponto, que isso envolve o uso indiscriminado da noção de representação como forma e conteúdo ou, homologamente, de categoria e categorização. Mas, ao invés de referendar simplesmente as críticas à impropriedade lógica da operação, é mais fecundo desvelar sua origem através do exame, em seus contornos essenciais, do significado social e teórico do neocriticismo e seu impacto sobre Durkheim.

A doutrina neocriticista alicerça a adoção do racionalismo kantiano pela reforma educacional da III República, que visava à formulação de uma moral laica. A afirmação da autonomia da razão é portanto estratégica para o novo regime, permitindo evitar os equívocos advindos da união perversa entre catolicismo e monarquia, a que Charles Renouvier, conhecido como “o Kant republicano” e principal nome no grupo, imputa a derrota sofrida pela França diante da Alemanha em 1870. Mas, para que tal doutrina possa servir de instrumento para a ação humana sobre o mundo, é-lhe necessário quebrar a rigidez do quadro categorial kantiano em que se inspira, modificando alguns de seus supostos no sentido de estender os ideais críticos para além dos limites originais. Assim também na leitura de Cardoso de Oliveira, em que a vertente neocriticista interpreta restritivamente o apriorismo das categorias e das formas da sensibilidade, subordinando a razão teórica à razão prática, “(...) num claro fortalecimento do papel da vontade e da escolha na constituição da Razão, no que diz respeito aos princípios fundamentais que ordenam a noção de experiência. Tal restrição poderia ter sido responsável pelo direcionamento da pesquisa durkheimiana na busca da constituição de uma epistemologia sociológica” (Cardoso de Oliveira 1988). O encaminhamento que dou à análise implica claramente a assunção da sugestão destacada do texto de Cardoso de Oliveira, cuja pertinência só pode fixar-se na reconstituição do que há de inovador nessa particular apropriação do kantismo.

A leitura que fazem de Kant seus discípulos franceses tem como eixo central a proposição de uma nova relação entre teoria e prática, admitindo uma interferência entre os dois domínios, o que implica colocar o problema das categorias imbricado com a constituição do sistema moral, esforço que corresponde ideologicamente à urgência de expandir a crítica kantiana no intuito de torná-la instrumentalizável para a ação humana na história, dada a necessidade de legitimação de um novo ideal político que é comum a Durkheim. É sob o crivo desse eixo teórico que se compreende os dois supostos básicos do sistema de Renouvier, o fideísmo e o relativismo. O primeiro concede à crença o estatuto de verdade teórica, desde que essa crença possa ser tida como racional porque fundada em um juízo do entendimento. O recurso à crença racional, que suprime a autonomia que a razão tem em Kant, apóia-se no relativismo que recusa a postulação de qualquer princípio incondicionado ou absoluto como solo da razão, afirmando a existência do real unicamente por meio de relações entre termos que possam ser objeto de demonstração. A partir disso impõe-se eliminar a divisão das coisas entre fenômenos e coisa em si: toda realidade é fenomênica, dada a recusa em postular um termo absoluto com anterioridade lógica à sua relação com outro termo. Para Renouvier, “a representação do real é todo o real e, como representação é relação, o real é um tecido de relações” (Leopoldo e Silva 1980: 111). Se não há realidade para além da representação, as categorias não têm apenas uma natureza transcendental e função meramente reguladora como em Kant, mas são também determinação das coisas, o que as faz transitar pelo domínio do ser.

O trabalho mencionado de Hamelin a que Durkheim recorre nas *Formas*, publicado em 1907, consolida definitivamente essa nova concepção. Já a partir do título, Hamelin prefere a fórmula “elementos principais da representação” a categorias, rubrica comum que engloba estas e as formas da sensibilidade. Fiel aos princípios desenvolvidos por Renouvier para uma apropriação do pensamento de Kant que o torne adequado às necessidades práticas e teóricas do neocriticismo, o livro trata de compor um quadro geral das categorias obtidas dialeticamente a partir de sínteses de elementos contrários cujas relações integram a totalidade do sistema. Pode-se entender a obra de Hamelin como ratificação do movimento iniciado por Renouvier na direção de suprimir duas séries de cortes que orientavam a crítica kantiana, entre fenômeno e coisa em si e entre sensibilidade e entendimento. Tal superação resulta numa noção de representação que amplia a função das categorias para além do uso transcendental que Kant lhes consagrara. Hamelin trata de explorar as consequências dos funda-

mentos do sistema de seu mestre no que concerne ao desenvolvimento de um novo estatuto para as categorias. Concebendo o mundo como um conjunto de relações entre termos que não subsistem por si mesmos como absolutos dados antes dessas relações, as categorias são tidas como elementos mesmos dessas relações, e não como simples condição formal de sua possibilidade. Em outros termos, se o conhecimento se faz por meio de sínteses, as categorias são as leis que regem a síntese, mas são também *seres* presentes nela, elementos primitivos e reais que operam as leis fundamentais da representação. Da leitura do “Essai sur les éléments principaux de la représentation” depreende-se a chancela de uma dupla natureza conferida às categorias pelo neocriticismo, que as compreende a um só tempo no âmbito transcendental e fenomênico, como condição de possibilidade do processo de conhecimento e como determinação das relações em jogo nesse processo. É assim que as leis são os seres, e o termo representação pode significar o ato lógico de representar e o produto desse ato: “Contrariamente ao significado etimológico, representação não representa, não reflete um objeto e um sujeito que existiriam sem ela, ela mesma é objeto e sujeito, ela é a realidade mesma” (Mora 1951: 800). Ou, numa formulação mais sintética mas não menos lapidar: “A representação é o ser, e o ser é a representação” (Mora 1951: 800).

Percebe-se então o quanto os discípulos franceses de Kant afastam-se dele na reinterpretação de sua obra, que busca apoio para o conhecimento fora de si mesmo, derivando a certeza da consciência moral, supondo a autonomia da razão prática – só assim a vontade ganha peso diante da razão, e isso garante ao homem a possibilidade de “(...) livremente representar, imprimindo modificações à vida e aos acontecimentos” (Leopoldo e Silva 1980: 71). Trazendo a atenção de volta para a teoria durkheimiana da representação, não parece haver dúvida de que ela é inteiramente tributária dessa razão neocriticista, que lhe empresta a matriz que possibilita pensar as representações coletivas como forma e conteúdo, como sujeito e objeto do mesmo processo. Impõe-se, assim, que se reconfigure as críticas do suposto erro lógico em que Durkheim incorreria ao pensar categorias a partir de categorizações, que redundaria na imprecisão semântica do uso do termo representação, que Lukes aponta. É fundamental, nesse sentido, assinalar que Durkheim não confunde os usos transcendental (como condição de possibilidade do conhecimento) e fenomênico (como determinação das coisas) das categorias; *deliberadamente ele os funde*, seguindo de perto o pensamento de Hamelin, de quem fora contemporâneo como professor em Bordeaux, época em que se estreitaram com

intensidade os laços intelectuais e pessoais entre eles. O relevo dado à razão prática resultou para os neocriticistas nessa fluidez plástica das categorias, que rompe a rigidez formal de que Kant as investira, oferecendo a Durkheim a possibilidade de dar o passo que considera definitivo, pensando as categorias como socialmente determinadas. A necessidade dessa passagem remete à superação do debate entre empirismo e apriorismo: afinal, se o neocriticismo havia dado fundamento à dupla natureza das categorias, ainda abrigava-se sob a crítica genérica de Durkheim a todo apriorismo, descrevendo corretamente essa natureza mas postulando-a sem explicar sua origem. Uma vez incorporada a nova concepção de categoria era preciso dar-lhe o fundamento, e sabemos já que Durkheim recorre à identificação das categorias como representações coletivas, garantindo assim a superação do velho dilema, fundando as categorias como expressão da natureza empírica e *a priori* do objeto que representam, a própria sociedade, numa argumentação cuja lógica procurei desenvolver anteriormente. De todo modo, para afirmar que as categorias mudam conforme os grupos sociais, estando portanto socialmente determinadas, Durkheim não faz outra coisa senão adotar com toda radicalidade o caráter contingente da razão neocriticista: a montagem da epistemologia de Renouvier supõe que as categorias poderiam ser outras (lembramos o papel decisivo que é dado à vontade e à escolha na constituição da razão que ordena a experiência, donde o privilégio dado à razão prática).

Seria difícil exagerar a influência que Durkheim sofre dos neokantianos franceses. Veja-se como ilustração a reverência com que se refere a Renouvier, em carta endereçada a Maublanc: “Se desejas aperfeiçoar teu pensamento, consagra-te ao estudo de um grande mestre, desmonte as peças de um sistema, descobrindo seus mais íntimos segredos. Foi o que fiz e meu mestre foi Renouvier” (Lukes 1984: 99). Mesmo ao distanciar-se do sistema de seu mestre, fundando as categorias na experiência coletiva, parece seguir uma pista sugerida por ele. Lembremos que, para Renouvier, não existe o *noumeno*, a coisa em si, e para além de um fenômeno há apenas “outros fenômenos, segmentos mais abrangentes do mundo empírico, novas multiplicidades não acessíveis à experiência imediata. A síntese total sob categorias, se fosse possível, seria fenomênica” (Leopoldo e Silva 1980: 114). A categoria é também um fenômeno, mas de tal generalidade que não pode reduzir-se à cadeia empírica que a precede. Se a síntese sob categorias é fenomênica, ela é maior do que a pura soma dos elementos dispersos na experiência. Desse modo, para Durkheim o segmento mais abrangente do mundo empírico é a experiência coletiva, a

categoria totalidade tem por substrato a própria sociedade e toda categoria, como representação coletiva, é resultado de uma síntese *sui generis* a partir do fato dos homens associados, sem possibilidade de remissão à consciência individual.

De certo modo, a teoria das representações coletivas, esteio da nova epistemologia sociológica, aproveita a estrutura do sistema de Renouvier modificando-lhe o conteúdo, ao conceber categorias como representações coletivas. Mas essa passagem tem para Durkheim a dimensão de ato fundante de uma nova ordem intelectual. Rebatendo as categorias para o plano da sociedade, a sociologia desponta como a disciplina a que caberia por direito tratar das questões epistemológicas. Mais que a superação do dilema empirismo *versus* apriorismo, a manobra de Durkheim visa superar a filosofia por dentro de seu campo, como vimos. Do ponto de vista da contribuição à sociologia contemporânea, torna-se irrelevante discutir se logrou fazê-lo. Mais importante é salientar que, nessa tentativa, abre espaço para pensar o plano simbólico não como reflexo, mas como instigante da realidade social.

FERNANDO PINHEIRO FILHO é professor de Sociologia da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARDOSO DE OLIVEIRA, R. (1988). *Sobre pensamento antropológico*. Rio de Janeiro, Ed. Tempo Brasileiro.
- DURKHEIM, É. (1970). *Sociologia e filosofia*. São Paulo, Ed. Forense.
- _____ (1970). *La science sociale et l'action*. Paris, Presses Universitaires de France.
- _____ (1975). *Textes vol. 2 – religion, morale, anomie*. Paris, Les Editions de Minuit.
- _____ (1988). *Pragmatismo e sociologia*. Porto, RES Editora.
- _____ (1989). *As formas elementares de vida religiosa*. São Paulo, Edições Paulinas.
- _____ (1990). *As regras do método sociológico*. São Paulo, Cia. Editora Nacional.
- FERRATER MORA, J. (1951). *Diccionario de filosofia*. Buenos Aires, Editorial Sudamericana.
- FERNANDES, F. (1978). *Fundamentos empíricos da explicação sociológica*. Rio de Janeiro, Livros Técnicos e Científicos Editora.
- GIANNOTTI, J. (1980). *Exercícios de filosofia*. Petrópolis, Ed. Vozes.
- HALBWACCS, M. (1990). *A memória coletiva*. São Paulo, Ed. Vértice.
- HAMELIN, O. (1925). *Essai sur les éléments principaux de la représentation*. Paris, Librairie Félix Alcan.
- LEOPOLDO E SILVA, F. (1980). *Elementos para a imagem moral do homem na filosofia francesa do final do século XIX e início do século XX*. Tese de doutoramento, FFLCH/USP.
- LUKES, S. (1984). *Émile Durkheim su vida y su obra*. Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas/Siglo XXI de España Editores.

MAUSS, M. (1981). *Ensaio de sociologia*. São Paulo, Ed. Perspectiva.

TORRE, R. (1989/1990). “El calendario sagrado – el problema del tiempo en la sociología durkheimiana”. In: *Revista Española de Investigaciones Sociales*, nos. 46, 48 e 49. Madrid.

VIALATOUX, J. (1939). *De Durkheim à Bergson*. Paris, Bloud & Gay.

RESUMOS/ABSTRACTS

CONSTITUIÇÃO E POLÍTICA: UMA RELAÇÃO DIFÍCIL

GILBERTO BERCOVICI

O presente artigo busca analisar as tensas e complexas relações entre política e Constituição, desde a célebre polêmica sobre o antagonismo entre democracia e constitucionalismo, passando pelos paradoxos da formalização excessiva do direito constitucional, o direito político por excelência. O método exclusivamente jurídico do direito público vai ser posto em xeque no debate da República de Weimar pela nova Teoria da Constituição, que busca incluir o político na análise constitucional. No segundo pós-guerra, o debate se dará entre as teorias materiais e processuais da constituição, buscando dirigir ou excluir a política da Constituição. Tendência esta de exclusão que chega ao ápice com os tribunais constitucionais e o esvaziamento do debate sobre política e legitimidade no direito constitucional contemporâneo, que necessita, na opinião do autor, de uma “volta à política” para sair do impasse em que se encontra.

Palavras-chave: Democracia, constitucionalismo, formalismo jurídico e política.

CONSTITUTION AND POLITICS: A DIFFICULT RELATIONSHIP

The article explores the tense and complex relationships between Politics and Constitution, from the famous discussion about democracy and constitutionalism, through the paradoxes of the juridical

formalism of Constitutional Law, the Political Law par excellence. The exclusively juridical method of Public Law was contested in the Weimar Republic debate on the new Theory of Constitution, which strove for include the Political in the constitutional analysis. In the second Post-war period, the debate has oscillated between Substantive and Procedural theories of the Constitution, both striving for conducting Politics or excluding it from the Constitution. This trend culminates in the Constitutional Courts and the emptying of the debate about politics and legitimacy in contemporary Constitutional Law, which needs, according to the author, the “return to Politics” to get out of its present deadlock.

Keywords: *Democracy; constitutionalism; juridical formalism and politics.*

SCHMITT, REPRESENTAÇÃO E FORMA POLÍTICA

BERNARDO FERREIRA

O texto discute o lugar do conceito de representação na obra jurídico-política de Carl Schmitt, tomando como referência o livro *Catolicismo Romano e Forma Política*, de 1923. Para tanto, busca-se analisar a oposição que o autor estabelece entre a racionalidade técnica moderna e a racionalidade jurídica, cuja expressão mais acabada encontra-se na idéia de representação. Por último, procura-se relacionar as questões associadas ao problema da representação política em Carl Schmitt com alguns dos principais temas do seu pensamento, como é o caso da soberania, da decisão e do “político”.

Palavras-chave: Carl Schmitt; representação; racionalidades técnica e jurídica.

SCHMITT, REPRESENTATION AND POLITICAL FORM

The article discusses the concept of representation in Carl Schmitt’s political-juridical work, with special reference to Roman Catholicism and Political Form, published in 1923. It focuses Schmitt’s opposition between the modern technical rationality and the juridical

rationality (whose most finished expression is found in the idea of representation). Then it relates the issues connected to the problem of political representation with some of Schmitt's main subjects, such as sovereignty, decision and "the political".

Keywords: *Carl Schmitt; representation; technical and juridical rationalities.*

FRANZ NEUMANN, O DIREITO E A TEORIA CRÍTICA

JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

Este artigo apresenta o pensamento de Franz Neumann situando-o na tradição dos autores da Teoria Crítica da Sociedade. O texto apresenta os argumentos centrais da obra *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society* de 1937, centrado-se na discussão das implicações da crise da República de Weimar sobre o pensamento do autor. O impacto teórico desta crise motiva a reformulação do conceito de Direito, compreendido num contexto de politização do capitalismo. O Direito deixa de ser considerado como mera superestrutura e passa a pensado como momento necessário da revolução socialista.

Palavras-chave: Franz Neumann; Teoria Crítica; capitalismo e Estado de direito.

FRANZ NEUMANN, THE LAW AND THE CRITICAL THEORY

This article presents Franz Neumann as a Critical Theory representative. It discusses the central arguments of Neumann's The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society (1937), focusing on the theoretical impact of Weimar crisis on Neumann's thought. This impact motivates a reformulation of the concept of Law. In a context of politicization of capitalism, Law should not be conceived as mere superstructure, but as a necessary moment of the socialist revolution.

Keywords: *Franz Neumann; Critical Theory; capitalism and the rule of law.*

SOBRE MORAL, DIREITO E DEMOCRACIA

ALUISIO A. SCHUMACHER

Da consideração de que moral e direito implicam uma referência ao ponto de vista do participante, o autor explica que o segundo compensa a fraqueza da primeira nas condições modernas. Apoiando-se na teoria do discurso de Habermas, ele argumenta por uma relação interna entre Estado de direito e democracia. Primeiro, porque direitos humanos e soberania popular se implicam mutuamente. Depois, porque a idéia de Estado de direito envolve agora o conceito de poder comunicativo: a sobreposição e interligação de formas de comunicação baseadas em argumentos. Desta segunda relação, o autor extrai uma concepção de democracia em que a fonte de legitimidade não é mais a vontade pré-determinada dos indivíduos, mas o próprio processo de deliberação.

Palavras-chave: Teoria normativa; Jürgen Habermas; Estado de direito e esfera pública.

ON MORALITY, LAW AND DEMOCRACY

From the idea that morality and law imply a reference to the participant's viewpoint, the author explains that, under modern conditions, the latter compensates the frailty of the former. Based on Habermas' discourse theory, the author argues for an internal relationship between democracy and the rule of law. Firstly, because human rights and people's sovereignty are mutually implicated. Secondly, because the idea of the rule of law now involves the concept of communicative power: an overlapping and interconnection of communication forms based on arguments. From this second relationship, the author arrives at an understanding of democracy in which the source of legitimacy is no longer found in an individual's predetermined will but in the the very act of deliberating.

Keywords: Normative theory; Jürgen Habermas; the rule of law and the public sphere.

HART, DWORKIN E DISCRICIONARIEDADE

DANIELA R. IKAWA

A questão central discutida neste artigo é a existência ou não de um dever legal do juiz de decidir de uma determinada forma em caso de ‘lacuna da lei’, termo empregado por H. L. A. Hart, ou em ‘casos difíceis’, termo adotado por Ronald Dworkin. Este artigo conclui que embora Hart e Dworkin admitam uma forma fraca de discricionariedade judicial, eles adotam visões opostas quanto à existência daquele dever. Ao defender uma noção de completude legal, ao discordar da regra social de reconhecimento e ao incluir princípios não convencionais no conceito de direito, Dworkin fundamenta a existência daquele dever judicial, oferecendo critérios objetivos de decisão mesmo para casos difíceis.

Palavras-chave: Discricionariedade; lacunas e casos difíceis; regras de reconhecimento e princípios.

HART, DWORKIN AND DISCRETION

The central issue discussed in this article is whether a judge has a legal duty to decide in a specific manner in cases of legal lacunae, to use H. L. A. Hart’s expression, or in hard cases, to use Ronald Dworkin’s expression. It argues that, though both Hart and Dworkin admit a weak form of judicial discretion, they hold opposite views on the existence of that duty. By adopting a notion of legal completeness, which may disagree with a social rule of recognition, and by including non-conventional principles in the concept of Law, Dworkin offers the justification for that judicial duty. He also offers objective criteria of judicial decision even in hard cases.

Keywords: Discretion; lacunae and hard cases; rules of recognition and principles.

HANNAH ARENDT, PODER E A CRÍTICA DA “TRADIÇÃO”

RENATO M. PERISSINOTO

O artigo confronta a distinção entre poder e violência em Hannah Arendt, e está dividido em duas partes. Na primeira, ele apresenta

a definição arendtiana de poder. Na segunda, faz comentários críticos que se desdobram na defesa da “tradição teórica” criticada por Arendt e na análise de duas conseqüências da visão da autora: a supressão das relações conflituosas da vida política e, com isso, o limitado valor heurístico de seu conceito de poder. A análise conclui que a ausência do conflito na teoria de Arendt está ancorada numa distinção radical entre o mundo político e o mundo social. Por fim, o artigo aponta que a definição arendtiana de poder como “ação em concerto” toca na questão central da “organização”, mas sem problematizá-la, isto é, sem levar em conta os seus efeitos sobre a igualdade política.

Palavras-chave: Hannah Arendt; poder e violência; ação política e organização.

ARENDT, POWER AND THE CRITIQUE OF “TRADITION”

The aim of this article is the distinction between power and violence in Hannah Arendt. It has two parts. The first makes a presentation of Arendt's definition of power. The second consists of some critical comments, beginning with a defense of the “theoretical tradition” criticized by Arendt and then sorting out two related problems of her interpretation: the suppression of conflict from political life and, therefore, the limited heuristic value of her concept of power. The article concludes that the absence of conflict in Arendt's theory of power is based on a radical distinction between the political and the social worlds. Finally, it suggests that, though her definition of power as “action in concert” touches on the central issue of “organization”, such definition does not take in account the effects of the latter on political equality.

Keywords: Hannah Arendt; power and violence; political action and organization.

A NOÇÃO DE REPRESENTAÇÃO EM DURKHEIM

FERNANDO PINHEIRO FILHO

O propósito do artigo é investigar a gênese e a construção da noção durkheimiana de representação, de sua origem no neocriticismo

francês à incorporação numa sociologia do conhecimento capaz de resolver os impasses implicados na epistemologia kantiana.

Palavras-chave: *Émile Durkheim; organização; epistemologia kantiana.*


THE NOTION OF REPRESENTATION IN DURKHEIM

This paper presents an analysis of Durkheim's concept of representation, tracing its origin to the French neocriticism. Durkheim incorporates the concept into a sociology of knowledge that aims at solving the shortcomings of Kantian epistemology.

Keywords: *Émile Durkheim; representation; Kantian epistemology.*

LUA NOVA

REVISTA DE CULTURA E POLÍTICA

- 
- 1/1984 – vol. 1, nº 1
2/1984 – vol. 1, nº 2
3/1984 – vol. 1, nº 3
4/1985 – vol. 1, nº 4
5/1985 – vol. 2, nº 1
6/1985 – vol. 2, nº 2
7/1985 – vol. 2, nº 3
8/1986 – vol. 2, nº 4
9/1986 – vol. 3, nº 1
10/1986 – vol. 3, nº 2
11/1987 – A QUESTÃO NUCLEAR NO BRASIL
12/1987 – O QUE ESPERAR DA CONSTITUINTE
13/1987 – URSS: 70 ANOS DEPOIS DA REVOLUÇÃO
14/1988 – QUESTÕES DA POLÍTICA E DA DEMOCRACIA
15/1988 – QUESTÕES DA DEMOCRACIA E DO SOCIALISMO
16/1989 – TRANSIÇÕES POLÍTICAS NA AMÉRICA LATINA
17/1989 – MOVIMENTOS SOCIAIS: QUESTÕES CONCEITUAIS
18/1989 – RELAÇÕES INTERNACIONAIS E O BRASIL
19/1989 – REFLEXÕES SOBRE O MARXISMO
20/1990 – CULTURA E MODERNIDADE
21/1990 – INTEGRAÇÃO E DESINTEGRAÇÃO NA AMÉRICA LATINA
22/1990 – SOCIALISMO & SOCIALISMOS
23/1991 – QUESTÃO AGRÁRIA, HOJE & DEMOCRACIA E SISTEMA GLOBAL
24/1991 – O PRESIDENCIALISMO EM QUESTÃO & WELFARE E EXPERIÊNCIAS NEOLIBERAIS
25/1992 – ÉTICA, POLÍTICA E GESTÃO ECONÔMICA
26/1992 – ESPECIAL: CULTURA POLÍTICA
27/1992 – NOVAS DEMOCRACIAS E VELHO PROGRESSO
28-29/1993 – ESTADO, REFORMAS, DESENVOLVIMENTO
30/1993 – DIREITO E DIREITOS
31/1993 – QUALIDADE DE VIDA
32/1994 – DESENVOLVIMENTO SOCIAL
33/1994 – CIDADANIA
34/1994 – FRONTEIRAS
35/1995 – DESIGUALDADES
36/1995 – DEMOCRACIA
37/1996 – REFORMAS
38/1996 – O INDIVIDUALISMO E SEUS CRÍTICOS
39/1997 – GOVERNO & DIREITOS
40-41/1997 – AS TRANSIÇÕES E A MODERNIDADE
42/1997 – CONSTITUIÇÃO
43/1998 – SUJEITO & OBJETO
44/1998 – INSTITUIÇÕES
45/1998 – RUMOS DAS REFORMAS
46/1999 – ORDEM MUNDIAL
47/1999 – EQUIDADE COSMOPOLITA
48/1999 – IDÉIAS E DEBATES
49/2000 – AMÉRICA LATINA
50/2000 – FACES DA DEMOCRACIA
51/2000 – REPÚBLICA
52/2001 – FEDERAÇÃO & POLÍTICAS
53/2001 – DIFÍCEIS MUDANÇAS
54/2001 – PENSAR O BRASIL
55-56/2002 – CENÁRIOS DE DIREITOS
57/2002 – CENÁRIOS DE DIREITOS
58/2003 – ANÁLISE INSTITUCIONAL
59/2003 – SENSOS DE COMUNIDADE
60/2003 – MAPAS DO FUTURO COMUNIDADE
61/2004 – DIREITO, MORAL E POLÍTICA