HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E RECONHECIMENTO: DESAFIOS DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO CONTEMPORÂNEA*

CONSTITUTIONAL HERMENEUTIC, DEMOCRACY AND RECOGNITION: CHALLENGES OF CONTEMPORARY CONSTITUTION THEORY

Giovani Agostini Saavedra**

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: Este artigo procura apresentar os desafios e as tarefas do Constitucionalismo Contemporâneo. Com base nas teorias de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Axel Honneth, o autor pretende demonstrar que a hermenêutica, a democracia e o reconhecimento não podem ser vistos como conceitos ou áreas de estudo e pesquisa separadas e sim como interdependentes. Indiretamente, portanto, procura-se mostrar que esta forma complexa de compreensão do fenômeno jurídico é o desafio do constitucionalismo contemporâneo.
Palavras-chave: Democracia. Hermenêutica. Reconhecimento.

Abstract: This paper aims at presenting the challenges and tasks of contemporary constitutionalism. Based on Ronald Dworkin, Jürgen Habermas and Axel Honneth theories, the author intends to show that hermeneutics, democracy and recognition can't be seen as separate study and research areas but as interdependent ones. Therefore, the author tries to show, indirectly, that this approach to constitutional phenomenon is the main issue regarding contemporary constitutionalism.
Key Words: Democracy. Hermeneutics. Recognition.

1. Introdução

O pano de fundo teórico do debate internacional contemporâneo sobre constitucionalismo é formado basicamente a partir de dois confrontos teóricos em particular: (1) Comunistarismo e Liberalismo e (2) *Precommitment and the Paradox of Democracy* que também é denominado com os termos: *Constitutionalism and Democracy* (Elster/Slagstad, 1988). Ao se posicionar perante este debate Habermas mostra que as diferenças entre comunitarismo e liberalismo estão centradas basicamente na forma como essas posições concorrentes compreendem o processo democrático de formação da vontade e da esfera pública. Por outro lado Habermas procura mostrar que o aparente conflito entre democracia e constitucionalismo não passa de aparência de conflito. Na verdade ambos estão instrinsecamente interligados em função da conexão interna entre Estado de direito e democracia (Habermas, 1999: 277 e 293). As conseqüências de uma ousada posição

* Agradeço ao meu orientador prof. Dr. Phil. Axel Honneth, ao professor Dr. Christopher Zurn (University of Kentucky - USA) e ao professor Dr. Heikki Ikäheimo (Univeristy of Jyväskylä - Finlândia) pelas valiosas sugestões que foram fundamentais para a realização deste artigo.
** Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Atualmente recebeu uma licença temporária de suas atividades docentes, em função do recebebimento de uma bolsa do órgão alemão de estímulo à pesquisa Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD) e está na Alemanha desenvolvendo o seu doutorado na universidade Johann Wolfgang Goethe – Universität Frankfurt am Main (Alemanha) sob orientação do professor Dr. Dr. Phil. Axel Honneth.

como essa não foram ainda adequadamente testadas na teoria da Constituição. O presente artigo pretende, então, em um primeiro momento (2 e 3) apresentar este debate contemporâneo a partir da discussão entre Dworkin e Habermas, principalmente, procurando delimitar e atribuir novo papel e nova função à hermenêutica constitucional e à democracia.

Parece-me, porém, que enquanto, por um lado, a teoria habermasiana avança no sentido de uma melhor compreensão do vínculo entre democracia e direito, por outro, ao centrar seus esforços nas condições de uma teoria procedimental comunicativa, essa teoria esvazia de tal forma a sua compreensão material e ética dos direitos fundamentais que eles passam a não estar em condições de proteger a formação da personalidade e da autonomia dos cidadãos. Com a intenção de suprir este déficit surgiu no âmbito da filosofia social atual a teoria de reconhecimento que se tornou internacionalmente conhecida principalmente pelos trabalhos de Charles Taylor (Taylor, 2000) e das *Tanner-Lectures* de Axel Honneth e Nancy Fraser (Fraser e Honneth, 2003). Esta teoria parece levar a sério a crítica habermasiana da visão liberal e comunitarista de direito e democracia sem ao mesmo tempo abdicar de um pano de fundo ético. De uma forma indireta, portanto, pretendo com este artigo sugerir um terceiro âmbito de pesquisa da Teoria da Constituição que poderia trazer elementos teóricos adequados para uma melhor compreensão do fenômeno jurídico-consitucional a partir de uma análise imanente da teoria de Axel Honneth, a saber, o estudo das relações sociais de reconhecimento e sua relação com os direitos fundamentais (4).

2. O tipo de interpretação constitucional contemporâneo: o método Hércules

Dworkin usa como recurso argumentativo para explicar a sua teoria da interpretação constitucional a idéia de um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chama de Hércules (Dworkin, 1978: 105). Hércules aparece pela primeira vez na obra de Dworkin, no artigo Casos Difíceis ("hard cases") (Dworkin, 1978: 81-130) tendo como rival o juiz Herbert, que aceita a teoria da decisão judicial e se propõe a aplicá-la em suas decisões (Dworkin, 1978: 125). Hércules aparece novamente no livro "O Império do Direito" ("Law's Empire") tendo como rival o juiz Hermes que defende a interpretação das leis conforme a intenção do legislador (Dworkin, 1986).

Dworkin utiliza este artifício para explicar, passo a passo, como deveria acontecer toda a prática interpretativa. De qualquer forma, Dworkin reconhece que um juiz real não poderia realizar sua tarefa da mesma forma que Hércules, mas propõe que ele seja um exemplo a ser seguido (Dworkin, 1978: 129-30). Dworkin supõe que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considera que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores, cujo fundamento racional aplica-se ao caso em juízo (Dworkin, 1978: 105): "[Hércules] Utiliza seu próprio juízo para determinar que direitos têm as partes que a ele se apresentam. Quando esse juízo é emitido, nada resta que se possa submeter a suas convicções ou à opinião pública.(...) Contudo, quando Hércules fixa direitos jurídicos, já levou em consideração as tradições morais da comunidade, pelo menos do modo como estas são capturadas no conjunto do registro institucional que é sua função interpretar" (Dworkin, 2002: 196).

Para Hércules, o direito real contemporâneo consiste nos princípios que proporcionam a melhor justificativa disponível para as doutrinas e dispositivos do direito como um todo. Ele guia sua interpretação pelo princípio da integridade na prestação jurisdicional, que o força a ver, na medida do possível, o direito como um todo coerente e estruturado (Dworkin, 1986: 373). Hércules deve descobrir a série coerente de princípios capaz de justificar a história institucional de um determinado sistema de direitos, do modo como é exigido pela eqüidade e deve ampliar sua teoria de modo a incluir a idéia de que uma justificação da história institucional pode apresentar uma parte dessa história como um erro (Dworkin, 1978: 121).

O caso "saiu darter" tem em sua origem uma lei. A sua decisão depende da melhor interpretação da lei, a partir de um texto legislativo específico. Entretanto, em muitos casos, o direito dos E.U.A. não se fundamenta em uma lei, mas em decisões anteriores tomadas por tribunais. Esses casos são chamados pela doutrina norte-americana de "common-law cases" (Dworkin, 1986: 238)[1]. Nesses casos, o pleiteante ("plaintiff") do caso argumenta que o juiz do seu caso deve seguir as normas estabelecidas nesses casos anteriores, os quais, segundo alega, exigem um veredicto que lhe seja favorável (Dworkin, 1986: 23-24).

Juristas britânicos e norte-americanos falam da doutrina do precedente ("doctrine of precedent"), segundo a qual decisões de casos anteriores muitos semelhantes a novos casos devem ser repetidas nestes últimos. Há, contudo, uma distinção entre os juristas (Dworkin, 1986: 24-25): (a) doutrina estrita: obriga os juízes a seguir decisões anteriores de alguns outros tribunais, em geral superiores, mesmo acreditando que essas decisões estão erradas. Os juízes norte-americanos negam que os tribunais de hierarquia comparável tenham essa obrigação e a maioria dos juristas americanos pensa que os tribunais federais inferiores são absolutamente obrigados a seguir as decisões já tomadas pela Suprema Corte, mas esse ponto de vista é contestado por alguns; (b) doutrina atenuada: exige apenas que o juiz atribua algum peso a decisões anteriores sobre o mesmo problema, e que ele deve segui-las a menos que as considere erradas o bastante para modificar a presunção inicial a seu favor. As diferenças de opinião entre essas doutrinas explicam por que certos processos são polêmicos. Num mesmo caso, diferentes juízes podem divergir sobre o ponto de serem, ou não, obrigados a seguir alguma decisão tomada no passado, envolvendo a mesma questão de direito com que se depararam no momento. Qualquer que seja o ponto de vista dos advogados sobre a natureza e a força do precedente, a doutrina somente se aplica a decisões passadas que apresentem suficiente semelhança com o caso atual para serem consideradas, no dizer dos advogados: "pertinentes" ("in point"). O contrário de "pertinente" seria o tipo de caso chamado de "discriminável" ("distinguishable"), ou seja, um caso que seja diferente do caso atual em algum aspecto que isenta da aplicação da doutrina do precedente. Às vezes o debate se limita a discutir se os casos são pertinentes ("in point") ou "discriminàveis" (Dworkin, 1986: 24-26).

O caso "McLoughlin" é um típico "common-law case". Para entender melhor os argumentos utilizados neste caso, é necessário saber que os juízes britânicos e norte-americanos seguem um princípio jurídico ("common-law principle") que considera as pessoas que agem com negligência responsáveis somente por danos razoavelmente previsíveis, causados a terceiros, danos que uma pessoa sensata po-

deria antever se refletisse sobre a situação (Dworkin, 1986: 26). O marido e os quatro filhos da Sra. "McLoughlin" foram feridos em um acidente de carro na Inglaterra. Ao ser avisada, foi ao hospital, teve um colapso, e mais tarde processou os envolvidos, exigindo indenização por danos morais. O seu advogado chamou a atenção para várias decisões anteriores dos tribunais ingleses que sustentavam as suas teses. Em todos esse casos, porém, o pleiteante viu o acidente acontecer ou ali chegou logo em seguida. O advogado da Sra. "McLoughlin" utilizou esses casos como precedentes, ou seja, decisões que haviam incorporado ao direito a norma jurídica segundo a qual pessoas na situação dela têm o direito a serem indenizadas (Dworkin, 1986: 23-24).

O caso em tela é um exemplo da situação descrita anteriormente: o debate se limitou em definir se o fato de a Sra. "McLoughlin" não ter presenciado o fato tornava o precedente discriminável ("distinguishable") ou não, e por conseqüência se a doutrina do precedente se aplicava ao caso (Dworkin, 1986: 26-29): (a) na primeira instância ("the trial judge") o juiz foi obrigado, em virtude da doutrina do precedente, a admitir que dar indenização por dano moral a parentes próximos que estavam na cena do acidente era razoavelmente previsível, porém entendeu que a Sra. McLoughlin não tinha direito por ter visto os resultados do acidente mais tarde, ou seja, ele julgou que poderia fazer uma distinção (distinguish) entre os supostos precedentes; (b) no tribunal de apelação ("the Court of Appeal") foi confirmada a decisão do juiz de primeira instância, mas com um argumento diferente: era razoavelmente previsível que uma mãe, após incidente, fosse ao hospital e sofresse um colapso emocional. Esse tribunal discriminou os precedentes por uma razão diversa, por uma razão de política judiciária, ou seja, se esse Tribunal decidisse favoravelmente, haveria um incentivo a processos de dano moral; (c) câmara dos lordes ("House of Lords"): revogou a decisão do Tribunal de Apelação e ordenou novo processo. Não foi considerado razoável o argumento de política judiciária; Para Dworkin, o direito como integridade ("law as integrity"), num caso de direito consuetudinário ("common-law case") como o "McLoughlin", pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia do direito consuetudinário ("as an author in the chain of common law"). Deve considerar as decisões judiciais passadas como parte de uma longa história que ele precisa interpretar e continuar, mesmo que tratem apenas de problemas afins.

Dworkin, como já vimos, traça uma distinção entre as duas dimensões principais desse juízo interpretativo: (a) adequação e (b) justificação. Assim, a atividade pós-interpretativa do juiz (sentença) deve ser extraída de uma interpretação que se adapte aos fatos anteriores e os justifique. Porém, o direito, a exemplo da literatura, apresenta uma interação complexa entre essas duas dimensões. Hércules, então, é chamado para executar a tarefa de expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica (Dworkin, 1986: 238-39).

Hércules deve formar sua própria opinião sobre o problema. O método Hércules começa por formular diversas hipóteses que correspondem à melhor interpretação dos casos precedentes mesmo antes de tê-los lido (Dworkin, 1986: 240): (1) somente há direito à indenização nos casos de lesão corporal; (2) as pessoas somente têm direito à indenização por danos morais sofridos na cena de um acidente; (3) as pessoas devem ser indenizadas por danos morais quando a prática de exigir indenização beneficiasse o princípio utilitarista; (4) as pessoas têm direito à indenização por qualquer dano que seja conseqüência direta de

uma conduta imprudente, ainda que improvável ou imprevisível que tal conduta viesse a resultar em tal dano; (5) as pessoas têm direito moral à indenização por danos morais ou físicos que sejam conseqüência de uma conduta imprudente, apenas quando esse dano for razoavelmente previsível pelo agente; (6) as pessoas têm direito moral à indenização por danos razoavelmente previsíveis, desde que a sentença não imponha encargos financeiros pesados e destrutivos ao agente imprudente.

Hércules rechaça de plano a hipótese primeira (1) por ser flagrantemente incompatível com a história legislativa dos precedentes. As hipóteses (2) e (3) não enunciaram nenhum princípio da justiça ("justice"), eqüidade ("fairness") ou devido processo legal ("procedural due process"), exigência do direito como integridade, portanto não devem ser aceitos da mesma forma. Ademais, para Dworkin, os juízes devem tomar suas decisões sobre o "common law" com base em princípios, não em "políticas" ("policies").

Dworkin afirma que os juízes não têm liberdade para elaborar regras de responsabilidade não reconhecidas anteriormente por outros precedentes, esta é uma prerrogativa do legislador. Não se adapta à idéia de comunidade de princípios o argumento de que um juiz tenha autoridade para responsabilizar por danos pessoas que agem de modo que nenhum dever legal impeça sua conduta. As demais interpretações (4), (5) e (6), em princípio, parecem aptas a passar muito bem nas provas iniciais (Dworkin, 1986: 242-44).

Na próxima etapa, Hércules deve se perguntar se alguma dessas três deve ser excluída por incompatibilidade com a totalidade da prática jurídica de um ponto de vista mais geral. Deve confrontar cada interpretação com outras decisões jurídicas do passado, para além daquelas que envolvem danos morais. O juiz que aceita o direito como integridade deve procurar argumentos que justifiquem a rede jurídica como um todo. Porém um juiz verdadeiro só poderá imitar Hércules até certo ponto, pois sua possibilidade de pesquisa a precedentes é limitada (Dworkin, 1986: 245). Hércules conclui seus trabalhos e declara que, após um minucioso exame de todos os aspectos da questão, a melhor interpretação é a (5). Entretanto, admite que se baseou em sua própria opinião de que esse princípio é melhor – mais eqüitativo e justo – do que qualquer outro que seja aceitável segundo o que ele considera ser o critério de adequação apropriado (Dworkin, 1986: 258-59).

Dworkin utiliza uma série de exemplos para demonstrar o método Hércules no caso de interpretação da lei. Como, porém, o objetivo do presente trabalho não é esgotar as categorias de interpretação da teoria de Dworkin e sim, apenas, situar a questão da legitimidade, se apresentará o "método Hércules" com base em um único exemplo o caso "Tenesse Valley Authority vs. Hill", também chamado: caso do "snail darter" (Dworkin, 1986: 20-23 e 313-47). A escolha deste caso teve como argumento decisivo o fato de que neste, mais do que nos outros, fica clara a amplitude dos poderes que Dworkin entende que o juiz deve ter.

Em 1973, durante um grande período de preocupação nacional com a preservação das espécies, o Congresso dos Estados Unidos promulgou a lei das espécies ameaçadas. O ministro do Interior passou, com a promulgação desta lei, a ter poderes para designar as espécies que, em sua opinião, estariam correndo risco de extinção devido à destruição de seus "habitats". Todos os órgãos e departamentos do governo estavam obrigados a tomar as medidas necessárias para assegurar que as ações autori-

zadas, financiadas ou executadas por eles não ponham em risco a continuidade de tais espécies ameaçadas.

Um grupo de defesa da ecologia do Tennessee vinha se opondo aos projetos de construção de uma barragem da administração do vale do Tennessee, não devido a alguma ameaça às espécies, mas porque esses projetos estavam alterando a geografia da área. Esse grupo descobriu que uma barragem quase concluída (que já tinha consumido mais de cem milhões de dólares) ameaçava destruir o único habitat do "snail darter", um peixe de 7,5 cm, que segundo Dworkin, "é destituído de beleza, interesse biológico ou importância ecológica especiais" (Dworkin, 1999: 26). Conseguiram, então, convencer o ministro a incluir este peixe entre as espécies ameaçadas de extinção de forma que a barragem teve sua construção suspensa. A administração do vale argumentou que a lei se referia ao início de projetos e não a projetos que estão quase concluídos.

Antes de analisar o caso, segundo o método Hércules, Dworkin enfrenta o que considera uma objeção fundamental contra a sua teoria: que Hércules não deve se guiar por suas opiniões pessoais pelo simples fato de que esta conduta desconhece o princípio de que o juiz deve se guiar pelas opiniões, intenções do legislador. Para enfrentar essas objeções, Dworkin cria a figura do juiz Hermes que: "[...] é quase tão arguto quanto Hércules e igualmente paciente, e também aceita o direito como integridade assim como aceita a teoria da intenção do locutor na legislação. Acredita que a legislação é comunicação, que deve aplicar as leis descobrindo a vontade comunicativa dos legisladores, aquilo que eles estavam tentando dizer quando votaram a favor da Lei das Espécies Ameaçadas, por exemplo. Já que Hermes é autoconsciente em tudo que faz, irá dar-se tempo para refletir sobre cada uma das escolhas que terá de fazer para colocar em prática a teoria da intenção do autor" (Dworkin, 1999: 382).

Dworkin se valerá de Hermes para provar que a teoria da intenção do legislador não se sustenta, principalmente, sob um viés de análise realista do processo legislativo, que evidencia o fato de que não temos como identificar quem a representa. Devemos considerar como representantes da intenção do legislativo: os parlamentares que votaram a favor ou aqueles que votaram contra o projeto? Os lobistas, as pessoas que mandaram cartas aos parlamentares, o Presidente que assinou o projeto, ou os funcionários que elaboraram o projeto inicial? Dworkin aprofunda essas críticas com argumentos psicológicos que tornam a empreitada do juiz Hermes mais complexa, pois não temos como identificar qual é realmente a intenção de uma pessoa. Hermes, então, acaba, por força descobrindo que deve aceitar os métodos que inicialmente descartou, ou seja, aqueles elaborados e aplicados pelo juiz Hércules (Dworkin, 1986: 317-337) e nesse ponto: "Podemos deixar Hermes. Seu novo método precisa de uma minuciosa elaboração, mas ela não será feita por ele, uma vez que se tornou gêmeo de Hércules" (Dworkin, 1986: 337).

Hércules entende que as leis precisam ser lidas de algum modo que decorra da melhor interpretação do processo legislativo como um todo. Para ler a lei Hércules, usa, em grande parte, as mesmas técnicas de interpretação que utiliza para decidir casos de "common law". Tratará o Congresso como um autor anterior a ele na cadeia do direito, embora um autor com poderes e responsabilidades diferentes dos seus e, fundamentalmente, vai encarar seu próprio papel como o papel criativo de um colaborador que continua a desenvolver, do modo que acredita ser o melhor,

o sistema legal iniciado pelo Congresso (Dworkin, 1986: 313). Ele irá se perguntar qual interpretação da lei mostra mais claramente o desenvolvimento político que inclui e envolve essa lei. Seu ponto de vista sobre como a lei deve ser lida dependerá em parte daquilo que certos congressistas disseram ao debatê-la. Mas dependerá, por outro lado, da melhor resposta a dar a determinadas questões políticas, por exemplo: até que ponto o Congresso deve submeter-se à opinião pública em questões do tipo do caso em tela, e se seria absurdo, em termos políticos, proteger uma espécie que, na opinião de Dworkin, é tão insignificante à custa de tanto capital (Dworkin, 1986: 313).

Esse é o ponto crucial da descrição do método Hércules que nos levou a escolher este exemplo. Quando Dworkin fala da distinção entre princípio e "política" ("policy"), ele diz que o juiz não poderá se guiar por argumentos de "política" somente de princípio (em sentido estrito). Porque então, neste caso, Dworkin aceitou que Hércules utilizasse um argumento de política para fundamentar sua decisão? Dworkin responde da seguinte forma: "Como a decisão política que Hércules está agora interpretando é uma lei, e não uma série de decisões judiciais do passado, as questões de política são pertinentes a sua decisão sobre quais direitos se devem considerar terem sido criados pela lei" (Dworkin, 1999: 378, nota de rodapé 1). Logo, quando Hércules interpretar uma lei, ele poderá utilizar argumentos de política para determinar quais os direitos devem ter sido criados por lei. Inclusive ele precisa apoiar-se em seu próprio julgamento ao responder a tais questões, sem dúvida, não por pensar que suas opiniões sejam automaticamente corretas, "mas porque ninguém pode responder de modo conveniente a nenhuma questão, a menos que confie, no nível mais profundo, naquilo que acredita" (Dworkin, 1986: 314). A partir de Dworkin, se pode observar que o juiz acaba decidindo questões de justiça social em função da juridificação das relações sociais. Porém essas questões acabam sendo decididas pelo juiz de forma individual com base nas suas concepções de forma de vida para uma determinada comunidade. Ainda que ele procure reconstruir uma comunidade ideal, essa reconstrução é sempre a expressão da opinião de um indivíduo.

Dworkin aplica este método, o método Hércules, ainda, à interpretação constitucional. Em linhas gerais, o seu método aqui segue passos semelhantes àqueles já explanados. Hércules é guiado por um senso de integridade constitucional. Tenta trazer o histórico constitucional em sua melhor luz e seus argumentos se baseiam em suas próprias convicções sobre justiça e eqüidade e na correta relação entre elas (Dworkin, 1986: 397-98). Hércules, porém, não é um historicista, nem defende alguma idéia de direito natural. Ele não acha que a Constituição é apenas o que de melhor produziria a teoria da justiça e da eqüidade abstratas como uma teoria ideal. Acredita, porém, que a Constituição norte-americana consiste na melhor interpretação possível da prática e do texto constitucionais norte-americanos como um todo, e seu julgamento sobre qual é a melhor interpretação é sensível à grande complexidade das virtudes políticas subjacentes a esta questão. No que são pertinentes à questão da soberania, seus argumentos agregam a convicção popular e a tradição nacional (Dworkin, 1986: 398-99). Hércules rejeita a idéia, que entende ser rígida, de que os juízes devem subordinar-se às autoridades eleitas, independentemente da parte do sistema constitucional em questão. Entende que a interpretação de algumas disposições inclui a proteção da democracia, porém en-

tende que outras disposições defendem o indivíduo e a minoria da vontade da maioria. Ao decidir estas disposições, não irá ceder ao que os representantes da maioria considerarem o que é certo (Dworkin, 1986: 398-99). Quando as questões em jogo forem, fundamentalmente, questões de políticas ("policies") e não de princípios ("principles"), Hércules se recusa a substituir a decisão do legislador pela sua. Se os argumentos tratarem das melhores estratégias quanto a satisfazer inteiramente o interesse coletivo por meio de metas, tais como prosperidade, a erradicação da pobreza ou o correto equilíbrio entre economia e preservação. Nos momentos em que Hércules declara a inconstitucionalidade de alguma lei ou ato o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é a democracia e a Constituição, levando em consideração que ela é a mãe e guardiã da democracia (Dworkin, 1986: 398-400).

Dworkin apresenta ainda um argumento que rejeita a concepção que ele o chama de argumento da democracia. Este consiste na idéia de que as decisões políticas devem ser tomadas por pessoas eleitas pelo povo. Este argumento inclui no seu conceito de decisão política tanto a idéia de princípio em sentido estrito quanto à de política ("policy"). Portanto não seriam consideradas corretas as decisões de um juiz que recorresse a argumentos de princípio, muito menos aquelas que recorressem a argumentos de política ("policy"). Dworkin entende, porém, que o apelo à democracia somente vale se apelamos para a premissa cética: "Esse simples apelo à democracia é bem-sucedido quando se aceita a premissa cética. Sem dúvida, se as pessoas não têm direitos contra a maioria e se a decisão política não vai além da questão de saber que preferências serão dominantes, então a democracia realmente oferece uma boa razão para se deixar essa decisão ao encargo de instituições mais democráticas do que os tribunais, mesmo quando essas instituições fizerem escolhas que os próprios juízes detestem" (Dworkin, 2002: 219-20). Dworkin aplica então ao argumento democrático as mesmas objeções que fez aos métodos psicológicos e semânticos para então concluir que o juiz deve se perguntar sobre quais princípios poderia presumir que um legislador endossou ao votar a favor da lei, de modo que a decisão num caso controverso pudesse ser governada por esses princípios: "Se apenas um conjunto de princípios for compatível com a lei, então um juiz que siga a concepção centrada nos direitos deve aplicar esses princípios. Se mais de um é compatível, a questão de qual interpretação decorre mais "naturalmente" da lei como um todo exige uma escolha entre maneiras de caracterizar a lei que reflita a própria moralidade do juiz" (Dworkin, 2001: 25). Aqui não fica claro o que Dworkin pretende afirmar com "mais naturalmente" ou ainda com a expressão "que reflita a própria moralidade do juiz". Entretanto Dworkin não fornece mais elementos para uma interpretação mais precisa. Dworkin critica ainda o argumento democrático sob dois prismas (a) o da exatidão e (b) o da (eqüidade): (a) ele se pergunta se é razoável que se pense que uma decisão legislativa tem maior probabilidade de ser mais exata que uma decisão judicial. E ele mesmo responde dizendo que não. Segundo Dworkin há mais argumentos no sentido de se perceber que os juízes têm maiores técnicas e preparo para dar respostas certas do que os legisladores ou a massa de cidadãos que elegem os legisladores. Os legisladores estão mais vulneráveis a pressões que os juízes e, portanto, gozam de uma posição institucional mais segura para fundamentar suas decisões, questões sobre direitos (Dworkin,

2001: 26-27). (b) há razões de eqüidade além das razões de exatidão. O legislativo dificilmente tomará uma decisão contrária a um setor influente politicamente, já o judiciário não tem essa pressão direta, tendo em vista que os setores da sociedade não podem "se vingar" do juiz, não votando nele. Por decorrência, Dworkin entende que se pode afirmar que há mais chances de um juiz agir de forma equânime do que o legislador. Dworkin sustenta finalmente que aqueles que defendem o argumento democrático falham porque supõem que o público faz distinção entre as decisões políticas tomadas pelo legislativo e aquelas tomadas pelos tribunais, e acreditam que as primeiras são legítimas e as outras não. Ele entende que o senso público de ilegitimidade desapareceria se os juristas e outras autoridades reconhecessem que tais decisões são compatíveis com a democracia e o Estado de direito constitucional.

Para Dworkin todos os temas são propostos de acordo com o filtro de um procedimento argumentativo em que o juiz tem um papel central. A idéia luhmanniana de sistema autopoiético acaba tendo Dworkin como um grande aliado, pois, a partir da teoria de Dworkin, se percebe que direito é o que o juiz considera um meio adequado a um fim. Este meio, por sua vez, somente é direito se o juiz realiza a sua determinação dentro da sua competência, ou seja, somente enquanto juiz de direito ele pode determinar no caso concreto o direito (Luhmann, 1997: 203 e ss.). Hércules seria, portanto, o símbolo da inevitabilidade da liberdade de interpretação judicial – quando não da geração do direito pelo juiz. Hércules é um exemplo de que, na teoria de Dworkin, o juiz interpreta o papel central. Mais do que isso, o juiz atua como um intérprete, não só da lei, mas do "ethos" de uma comunidade de princípios. Dworkin sustenta uma espécie de interpretação judicial monológica a partir da qual definir os princípios e as formas de vida de uma comunidade não é tarefa de uma esfera pública, de um debate público em que todos os atingidos possam se manifestar e se entender ao mesmo tempo como destinatários e autores das leis[2].

3. Hermenêutica constitucional e o papel da democracia: a crítica habermasiana ao método Hércules

A tensão entre facticidade e validade é imanente ao direito e se manifesta no âmbito da jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e o da pretensão de tomar decisões corretas. Ao princípio de segurança jurídica estão acoplados os problemas de justificação ou validade e aplicação da ordem jurídica. Se, de um lado, ele exige que as decisões jurídicas sejam tomadas de forma consistente no quadro da ordem jurídica estabelecida (aplicação), de outro, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões justificadas racionalmente (justificação ou validade). O problema está em como correlacionar esses dois momentos da decisão judicial, ou em outras palavras: garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção.

Habermas reconstrói a opinião de Dworkin como uma tentativa de solução deste problema. Em um primeiro momento, Habermas tenta precisar a tese que Dworkin sustenta acerca da relação do direito com a moral. Dworkin entende que o direito positivo assimilou inevitavelmente conteúdos morais. Habermas aceita esta tese, mas a reconstrói segundo a teoria discursiva do direito, ou seja, o direito entra em contato com a moral através do processo de formação democrática da legislação. Para melhor compreensão do argumento do autor, deve-se relembrar que Habermas sustenta o argumento de que na sociedade

moderna se atingiu o nível de fundamentação pós-tradicional, logo a separação total entre direito e moral deve estar sempre pressuposta (Habermas, 1998: 250 e 256).

Nesse sentido sua posição se assemelha muito com a de Niklas Luhmann. Os conteúdos morais são reconstruídos na forma de equivalentes funcionais para o sistema jurídico (Neves, 1996: 95). No caso de Dworkin, isso significa dizer que os conteúdos morais se transformam em princípios. A diferença entre a posição de Luhmann e Habermas está no fato de que Habermas sustenta que a moral como medida para o direito correto tem seu lugar "na formação política da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública" (Habermas, 1997: 256). Logo, diferentemente de Luhmann, Habermas estabelece uma relação entre a formação discursiva do direito e sua justificação como critério para decisões. A legislação depende de uma produção legítima do direito. Por isso que no âmbito da aplicação não se pode sustentar uma fundamentação "moral de decisões". Na verdade, pouco "importa o modo como Dworkin entende a relação entre direito e moral: sua teoria exige uma compreensão deontológica de pretensões de validade jurídicas" (Habermas, 1997: 256). Ou seja, a teoria de Dworkin, na dimensão de aplicação do direito, deve-se curvar às exigências do código binário do direito: "O discurso jurídico é independente da moral e da política, porém somente no sentido de que também os princípios morais e as finalidades políticas podem ser traduzidos para a linguagem neutra do direito e engatadas no código jurídico. Entretanto, por trás dessa uniformidade do código oculta-se um complexo sentido de validade do direito legítimo, o qual explica porque, no caso de decisões sobre princípios, os discursos jurídicos admitem argumentos de origem extralegal, portanto considerações de tipo pragmático, ético e moral, introduzindo-os em argumentos jurídicos" (Habermas, 1997: 257).

A partir desse prisma Habermas sustenta que Dworkin captou "o nível de fundamentação pós-tradicional do qual o direito positivo depende" (Habermas, 1997: 259). Essa concepção que Habermas utiliza para caracterizar a fundamentação do direito moderno por vezes parece retornar à idéia luhmanniana de que na sociedade moderna o sistema jurídico se diferenciou por completo dos outros sistemas. De fato, no nível de aplicação do direito, Habermas e Luhmann não têm diferenças substanciais. As suas diferenças aparecem no âmbito da justificação dos critérios de decisão. Luhmann sustenta que ambas as tarefas foram subsumidas em um sistema autopoiético: o sistema jurídico. Habermas entende que o nível de justificação dos critérios não está disponível ao sistema jurídico. Ele está vinculado a um processo complexo de formação democrática da legislação que está situado "fora" do sistema jurídico. Este processo depende de uma esfera pública desenvolvida que não se diferenciou na forma de sistema. Portanto Habermas entende que o processo de diferenciação do sistema jurídico não é um processo que aconteceu no sistema sociedade como sustenta Luhmann. Na verdade ele faz parte de um processo de diferenciação interna do sistema político. Este sistema se diferenciou internamente na forma do princípio da divisão dos poderes. Assim a função de aplicação das leis foi relegada ao sistema jurídico e o processo de justificação e elaboração de critérios de decisão não está a sua disposição (Habermas, 1998: 285): "Ora, a prática de decisão está ligada ao direito e à lei, e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente. E esta depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de

legislação, o qual, sob condições da divisão de poderes no Estado de direito, não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito" (Habermas, 1997: 297).

Segundo a interpretação Habermasiana da teoria de Dworkin, a utilização dos princípios no processo de aplicação do direito só é possível, porque eles foram inseridos como critérios de decisão, a partir do processo democrático de formação da legislação. Ao se transformarem em jurídicos, esses critérios adquirem um caráter deontológico. A constitucionalização dos direitos humanos seria um exemplo deste fato. Portanto Habermas não aceita que surjam "novos" princípios extraídos unicamente da necessidade de um processo de aplicação (Habermas, 1998: 250, 256 e ss.). Para chegar a uma tal conclusão, Habermas precisa "domesticar" e "corrigir" alguns conceitos da teoria de Dworkin a fim de que esta seja reconstruída no marco de uma teoria discursiva. Somente desta forma a teoria de Dworkin se liberta de uma tendência à legitimação pelo procedimento. De fato sem estas modificações, a teoria de Dworkin pode ser reconstruída a partir da teoria de Niklas Luhmann como procurei demonstrar em outra ocasião (Saavedra, 2005), pois as dimensões de justificação e aplicação se fundem em um sistema (Habermas, 1998: 277). A primeira correção se direciona ao juiz mítico de Dworkin: Hércules. Dworkin entrega o problema da segurança jurídica e da pretensão de legitimidade do direito a uma teoria reconstrutiva do direito com pretensões fortes. Como já vimos, para realizar esta "empreitada" Dworkin deve apelar para um juiz irreal com as forças sobrenaturais de um Hércules. Porém Hércules deve limitar a sua tarefa a uma reconstrução do direito vigente e não a uma construção própria do legislador político (Habermas, 1998: 260).

A sua teoria reconstrutiva deve ser suficiente para determinar a "única resposta correta para cada caso" conciliando reconstruções do passado com pretensões à aceitabilidade racional no presente. Habermas livra Hércules de uma conotação ideológica a partir de sua reafirmação apenas da idéia reguladora nele incorporada "uma vez que no direito vigente são encontráveis indícios históricos que permitem uma reconstrução racional" (Habermas, 1997: 266-67). Tomar Hércules como uma idéia guia somente se torna factível no momento em que o inserimos em uma realidade dada de um Estado de direito democrático em que existe um direito constitucional que delimita a atuação do juiz. Somente a partir desta contextualização pressuposta, a teoria de Dworkin se despede de uma prática jurisdicional com pretensões metafísicas: "[...] as idealizações embutidas na teoria de Hércules são deduzidas de uma idéia reguladora que não é talhada diretamente conforme o problema da racionalidade, a ser solucionado pela jurisdição, uma vez que deriva de uma autocompreensão normativa das ordens do Estado de direito, inscritas na realidade constitucional. A obrigação do juiz, de decidir o caso singular à luz de uma teoria que justifique o direito vigente como um todo a partir de princípios, é reflexo de uma obrigação *precedente* dos cidadãos, confirmada através do ato de fundação da constituição, de proteger a integridade de sua convivência, orientando-se por princípios de justiça e respeitando-se reciprocamente como membros de uma associação de livres e iguais" (Habermas, 1997: 268).

Dessa forma, deve-se diferenciar entre os discursos de fundamentação e discursos de aplicação. Enquanto que as regras têm uma adequação direta, ou seja, dado o fato se dá a regra. Os princípios passam a integrar um sistema de validade "prima

facie" de tal modo que, num discurso de aplicação, é preciso examinar se eles podem encontrar aplicação numa situação concreta ainda não prevista no processo de fundamentação. O fato de a norma valer "prima facie" significa que ela foi fundamentada de modo imparcial. Para que se chegue a uma decisão válida, ela deve ser aplicada de modo imparcial. O que passa a valer como fundamentação neste caso é a adequação de uma norma à determinada situação. Só sabemos qual a norma que é aplicável a determinado caso quando se consegue referir todas as características relevantes de uma descrição da situação a normas aplicáveis. Assim quando se fala de colisão de princípios, o que está em jogo não é a validade da norma, e sim a sua adequação a uma circunstância de fato. Porém aqui não se resolveu ainda o problema da segurança jurídica. Para solucionar este problema, Habermas novamente insere a teoria de Dworkin dentro de um pano de fundo que garante uma determinação para a ação do juiz. Ao invés de um ideal a ser seguido, se adota um paradigma que será compartilhado pelos especialistas do direito e todos os demais parceiros do direito. O pano de fundo pode ser o Estado Liberal burguês, ou o Estado social, por exemplo. Estes paradigmas fogem do risco de transformarem-se em ideologias se mantiverem-se "abertos". Habermas sustenta esta abertura a partir da "compreensão procedimentalista do direito". Se esses paradigmas se fecham à história, à possibilidade de mudança, eles se coagulam em ideologias. Os paradigmas fechados se estabilizam através de "monopólios de interpretação, judicialmente institucionalizados, e que podem ser revistos internamente, somente de acordo com medidas próprias" (Habermas, 1997: 266-67).

Essa concepção implode o princípio monológico que Dworkin aplica ao juiz, em particular, o seu juiz Hércules. O princípio da integridade que Dworkin sustenta é reinterpretado aqui a partir do princípio do discurso e dessa forma liberta Hércules de sua vida de eremita. Com esse passo Hércules rompe o "véu da ignorância" e passa a enxergar que o princípio da integridade que ele sustenta em suas decisões não aponta para si mesmo, mas sim para "sociedade aberta dos intérpretes da constituição". Ele descobre que, apesar dos poderes sobrenaturais, não tem um acesso privilegiado à verdade (e não poderia ser diferente! Hércules não é um Deus, ele é um "semideus"). Logo ele deve se contentar em ter que depender do diálogo e da ajuda de seus concidadãos para se aproximar da verdade. Portanto Dworkin deve centrar as exigências feitas à teoria do direito neste ideal político "ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade" (Habermas, 1997: 278).

A "correção" ou "a verdade" de argumentos para uma teoria procedimentalista de matriz discursiva significa "aceitabilidade racional". Esta teoria aceita os pressupostos do pensamento pós-metafísico e se guia pela idéia de que a única resposta correta não pode ser explicada com auxílio de uma teoria, por melhor que seja (Habermas, 1990). A prática da argumentação tem como característica principal a intenção de conseguir o consenso, o assentimento de todos os possíveis atingidos. Esta deve ocorrer em um ambiente livre de coerção que possibilite que venham à tona os melhores argumentos. Assim é preciso que se assuma a perspectiva intersubjetiva ampliada no nível da primeira pessoa do plural. Isso só é possível a partir de uma divisão de trabalho entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação. Nos discursos de aplicação, as normas "supos-

tas como válidas, referem-se sempre aos interesses de todos os possíveis atingidos". Porém as formas de argumentação que vão sustentar qual norma é aplicável ao caso dependem apenas das partes envolvidas no processo judicial. O processo de argumentação está organizado de forma que "as interpretações de casos singulares, que são feitas à luz de um sistema coerente de normas, dependem da forma comunicativa de um discurso constituído de tal maneira (...) que as perspectivas dos participantes e as perspectivas dos parceiros do direito, representados através de um juiz imparcial, podem ser convertidas umas nas outras" (Habermas, 1997: 285). A teoria de Dworkin, portanto, revela grandes avanços, mas precisa ser "retificada" no marco da teoria discursiva de Habermas.

Entretanto alguns pontos permaneceram obscuros de forma que é necessária uma complementação dos resultados obtidos até agora. Habermas então passa a analisar a tese do caso especial de Robert Alexy. Habermas entende que esta teoria advoga uma "falsa subordinação do direito à moral, porque ainda não está totalmente liberta de conotações do direito natural" (Habermas, 1997: 291). Isso acontece em função de três motivos: (1) as partes podem perseguir seus próprios interesses; (2) Alexy não consegue superar a tese da indeterminação de discursos jurídicos; (3) "uma racionalidade ilimitada da decisão jurídica pressuporia a racionalidade da legislação". Esta última objeção é fundamental para a análise que estamos desenvolvendo. Questões de validade dizem respeito à qualidade da norma e elas atuam de forma binária. Não existe mais válido e menos válido. Dessa forma, para que Alexy consiga fugir dessa objeção, ele precisa enfrentar a tarefa de reconstrução que Dworkin impôs à sua teoria. A divisão de tarefas entre discursos de aplicação e discursos de fundamentação volta a adquirir um posto fundamental na teoria do direito. Portanto discursos de fundamentação e legitimidade do direito adquirem o mesmo sentido: "Quando nos apoiamos numa teoria procedimental, a legitimidade de normas jurídicas mede-se pela racionalidade do processo democrático da legislação política. [...] O sistema dos direitos [...] é interpretado e configurado no processo democrático da legislação e em processos de aplicação imparcial do direito. [...] O conteúdo da tensão entre a legitimidade e a positividade do direito é controlada na jurisdição como um problema da decisão correta e, ao mesmo tempo, consistente" (Habermas, 1997: 275).

Dessa forma Habermas fundamenta o fato que no âmbito da aplicação, o direito deve guiar-se apenas pelo direito. Ao inserir sua teoria no âmbito processual de aplicação do direito a sua teoria dos discursos de aplicação adquire feições características luhmanianas. A aplicação do direito deve ser imparcial, a "auto-reflexão institucionalizada do direito serve à proteção individual do direito sob o duplo ponto de vista da justiça no caso singular, bem como da uniformidade da aplicação do direito e do aperfeiçoamento do direito" (Habermas, 1997: 294). Portanto, à medida que o "discurso jurídico nasce do próprio processo, deve ficar isento de influências externas" (Habermas, 1997: 295).

4. Reconhecimento e Direitos Fundamentais: a contribuição de Axel Honneth

A crítica de Habermas a Dworkin mostrou que a hermenêutica jurídica deve reconhecer-se limitada por um processo democrático de formação da legislação. Habermas procura mostrar que os discursos de aplicação envolvem apenas a adequação das normas jurídicas a casos concretos. Definir quais devem ser as normas válidas em uma determinada sociedade

envolve, por outro lado, um complexo processo de debate público que não pode ser realizado pelo poder judiciário, pois os discursos de justificação e legitimidade do direito são função de uma esfera pública livre. Porém, o próprio Habermas sustenta que uma sociedade democrática depende da efetividade dos direitos fundamentais (Habermas, 2003: 369) e da existência de relações sociais de reconhecimento (Habermas, 1999: 237-276). Habermas, porém, vincula o conceito de reconhecimento de tal forma à sua ética do discurso que a simples participação livre na esfera pública parece ser suficiente para que as pessoas tenham preenchidas as suas expectativas de reconhecimento. Honneth entende que a expectativa de reconhecimento envolve uma série de elementos morais e éticos que não estão sendo levados em conta por Habermas (Honneth, 2004: 102).

Honneth procura então, a partir da reconstrução das idéias de Mead e do jovem Hegel, delimitar o pano de fundo teórico sobre o qual ele pretende desenvolver a sua própria teoria da sociedade. A interpretação que Honneth faz da teoria destes autores deixa claro que uma teoria da sociedade como aquela que Honneth pretende desenvolver deve partir do princípio que as relações de reconhecimento contêm pretensões normativas na sua estrutura, que possibilitam o esclarecimento da mudança social. Ambos os autores identificaram uma ligação entre auto-relacionamento e reprodução da vida social, que está vinculada estruturalmente com as relações de reconhecimento. Por isso, a dinâmica do desenvolvimento histórico moral da sociedade deve ser entendida como uma luta por reconhecimento (Honneth, 2003: 148).

Porém somente nos capítulos 5 e 6 do livro *Kampf um Anerkennung* o leitor encontra de forma explícita uma explicação sistemática da teoria da sociedade de Honneth. Nestes dois capítulos Honneth procura explicar como, no seu entendimento, surge e está constituída estrutura tripartide das relações de reconhecimento. Honneth, porém, não quer apresentá-la de forma puramente teórica e, portanto, procura conferir plausibilidade às suas afirmações teóricas comparando-as com os estudos empíricos e pscicanalíticos de Donald W. Winnicott. Em um primeiro momento, Honneth pretende apresentar a dimensão das relações de reconhecimento do amor, que estão ancoradas estruturalmente na dimensão da natureza afetiva e dependende da personalidade humana.

Honneth encontra os primeiros elementos da sua teoria do reconhecimento na categoria da *Dependência Absoluta* de Winnicott. Esta categoria designa a primeira fase do desenvolvimento infantil, na qual tanto a mãe quanto o bebê se encontram de tal forma ligados que surge uma espécie de relação simbiótica entre eles. A carência e a dependência total do bebê e o direcionamento completo da atenção da mãe para a satisfação das necessidades da criança fazem com que entre eles não haja nenhum tipo de limite de indivualidade e ambos se sintam como unidade (Honneth, 2003: 160 ss.). Aos poucos, com o retorno gradativo aos afazeres da vida diária, este estado de simbiose vai se dissolvendo, a partir de um processo de amplicação da independência de ambos. Com a volta a normalidade da vida, a mãe não está mais em condições de satisfazer as necessidades da criança imediatamente.

A criança, então em média com 6 meses de vida, precisa se acostumar com a ausência da mãe. Essa situação estimula na criança o desenvolvimento de capacidades que tornam o bebê capaz de se diferenciar do seu ambiente. Winnicott atribui a essa nova fase o nome de *Relativa Independência*. Nesta fase, a criança reconhece a mãe

não mais como uma parte do seu mundo subjetivo e sim como um objeto com direitos próprios. A criança trabalha esta nova experiência por meio de dois mecanismos, que Honneth chama de *Destruição* e *Fenômeno de Transição*. O primeiro mecanismo é interpretado, por Honneth, a partir dos estudos de Jessica Benjamin. Jessica Benjamin constata que os fenômenos de expressão agressiva da criança nesta fase acontecem na forma de uma espécie de luta, que ajuda a criança a reconhecer a mãe como um ser independente com reivindicações próprias. A mãe precisa, por outro lado, aprender a aceitar o processo de amadurecimento que o bebê está passando. A partir dessa experiência de recíproco reconhecimento, os dois começam a vivenciar também uma experiência de amor recíproco sem regredir a um estado simbiótico (Honneth, 2003: 164).

A criança, porém, só estará em condições de desenvolver o segundo mecanismo se ela tiver desenvolvido com o primeiro mecanismo uma experiência elementar de confiança na dedicação da mãe. Então, com base nos estudos de Winnicott, Honneth esboça os princípios fundamentais do primeiro nível de reconhecimento. Quando a criança experimenta a confiança no cuidado paciencioso e duradouro da mãe, ela passa a estar em condições de desenvolver uma relação positiva consigo mesma. Honneth chama essa nova capacidade da criança de autoconfiança (*Selbstvertrauen*). De posse dessa capacidade, a criança está em condições de desenvolver de forma sadia a sua personalidade. Esse desenvolvimento primário da capacidade de autoconfiança é visto por Honneth como a base das relações sociais entre adultos (Honneth, 2003: 168 ss.). Honneth vai além e sustenta que o nível do reconhecimento do amor é o núcleo fundamental de toda a moralidade (Honneth, 2003: 172 ss.). Portanto, este tipo de reconhecimento é responsável não só pela base de auto-respeito (*Selbstachtung*), mas também pela base de autonomia necessária para a participação na vida pública (Honneth, 2003: 174). Este primeiro e fundamental nível de reconhecimento é, portanto, *conditio sine qua non* do segundo nível do reconhecimento, a saber o jurídico.

Duas perguntas guiam a análise de Honneth da segunda esfera do reconhecimento: (1) Qual é o tipo de auto-relação que caracteriza a forma de reconhecimento do direito? (2) Como é possível que uma pessoa desenvolva uma consciência de ser sujeito de direito? A estratégia utilizada por Honneth consiste em apresentar o surgimento do direito moderno de tal forma, que, neste fenômeno histórico, também seja possível encontrar uma nova forma de reconhecimento. Neste ponto de sua argumentação, Honneth entende ser necessária uma diferenciação entre a forma como Mead determina as relações jurídicas daquela desenvolvida por Hegel. De forma muito curiosa, Honneth parece sustentar a hipótese de que a concepção jurídica de Mead corresponderia a uma visão tradicional de direito (pré-moderna) e aquela de Hegel seria uma espécie de concepção moderna de ordem jurídica (Honneth, 2003: 177).

Honneth pretende, portanto, demonstrar que o tipo de reconhecimento característico das sociedades tradicionais é aquele ancorado na concepção de *status*: em sociedades desse tipo um sujeito só consegue obter reconhecimento jurídico quando ele é reconhecido como membro ativo da comunidade e apenas em função da posição que ele ocupar nesta sociedade. Honneth reconhece transição para modernidade uma espécie de mudança estrutural na base da sociedade, à qual corresponde também uma mudança estrutural nas relações de reconhecimento: ao sistema jurídico não

é mais permitido atribuir exceções e privilégios às pessoas da sociedade em função do seu *status*. Pelo contrário o sistema jurídico deve combater estes privilégios e exceções. O direito então deve ser geral o suficiente para levar em consideração todos interesses de todos os participantes da comunidade. A partir desta constatação, a análise do direito que Honneth procura desenvolver consiste basicamente em explicitar o novo caráter, a nova forma do reconhecimento jurídico que surgiu na modernidade (Honneth, 2003: 178 ss.).

Honneth procura mostrar que, junto com o surgimento de uma moral ou de uma sociedade pós-tradicional, houve também uma separação da função do direito e daquela do *juízo de valor* (*Wertschätzung*). Na teoria de Ihrering e na tradição pós-kant de diferenciação de duas formas de Respeito (*Achtung*), principalmente com base na pesquisa de Darwalls, encontra elementos para determinar a diferença entre direito e juízo de valor. Para o direito a pergunta central é: como a propriedade constitutiva das pessoas de direito deve ser definida; no caso do juízo de valor: como se pode desenvolver um sistema de valor que está em condições de medir o valor das propriedades características de cada pessoa (Honneth, 2003: 183 ss.).

Os sujeitos de direito precisam, portanto, estar em condições de desenvolver sua autonomia, a fim de que possam decidir racionalmente sobre questões morais. Aqui Honneth tem em mente a tradição dos direitos fundamentais liberais e do direito subjetivo em condições pós-tradicionais, que indicam a direção do desenvolvimento histórico do direito (Honneth, 2003: 190 ss.). A luta por reconhecimento deveria então ser vista como uma pressão, sob a qual permanentemente novas condições para a participação na formação pública da vontade vêm à tona. Honneth esforça-se, naturalmente influenciado pelos escritos de Marshall, para mostrar que a história do direito moderno deve ser reconstruída como um processo direcionado à ampliação dos direitos fundamentais. Apesar de Honneth utilizar sempre, que ele trata do direito, um conceito problemático de direito subjetivo, a sua correta intuição pode ser encontrada claramente quando ele explicita a sua interpretação da recontrução histórica de Marshall: os atores sociais só conseguem ter a consciência de que elas são pessoas de direito, e agir conseqüentemente, no momento em que surge historicamente uma forma de proteção jurídica contra a invasão da esfera da liberdade, que proteja a segura chance de participação na formação pública da vontade e que garanta um mínimo de bens materiais para a sobrevivência (Honneth, 2003: 190). Honneth pretende sustentar, portanto, que as três esferas dos direitos fundamentais que foram diferenciadas historicamente são o fundamento, da forma de reconhecimento do direito, ou seja, reconhecer-se reciprocamente como pessoas jurídicas significa hoje muito mais do que no início do desenvolvimento do direito. Hoje, a forma de reconhecimento do direito contempla não só as capacidades abstratas de orientação moral, mas também as capacidades concretas necessárias para uma existência digna (Honneth, 2003: 190).

O direito deve ser visto, portanto, como a forma de expressão simbólica que, através da potencial efetivação da sua faculdade de entrar em juízo, permite ao ator social demonstrar que é reconhecido. Porém, mesmo assim permanece sem resposta a pergunta sobre o tipo de auto-relação característico da forma de reconhecimento do direito. No caso do direito, este tipo específico de auto-relação é o auto-respeito (*Selbstachtung*) (Honneth, 2003: 194 ss.). No caso da forma de reconhecimento do

direito são postas em relevo as propriedades gerais do ser humano. No caso da valoração social, são postas em relevo as propriedades que tornam o indivíduo diferente dos demais, ou seja, as propriedades de sua singularidade. Portanto, Honneth parte do princípio que a terceira forma de reconhecimento, a saber, a Comunidade de Valores ou Solidariedade, deve ser considerada um tipo normativo ao qual correspondem as diversas formas prática de auto-relação valorativa (*Selbstschätzung*). Honneth não aceita aquilo que Hegel e Mead consideram condição para este padrão de reconhecimento, pois ambos os autores estão convencidos da existência de um horizonte valorativo e intersubjetivo compartilhado por todos os membros da sociedade como condição da existência da forma de relacionamento que Honneth chama de Solidariedade. Honneth procura mostrar ao contrário que com a transição da sociedade tradicional para a sociedade moderna surge um tipo de individualização que não pode ser negado. A terceira esfera do reconhecimento deveria ser vista, então, como um meio social a partir do qual as propriedades diferenciais dos seres humanos venham à tona de forma genérica, vinculativa e intersubjetiva (Honneth, 2003: 197).

Honneth identifica, porém, um segundo nível desta terceira esfera do reconhecimento (Solidariedade). No nível de integração social encontram-se valores e objetivos que funcionam como um sistema de referência para a avaliação moral das propriedades pessoais dos seres humanos e cuja totalidade constitui a autocompreensão cultural de uma sociedade. A avaliação social de valores estaria então permanentemente determinada pelo sistema moral dado por esta autocompreensão social. Esta esfera de reconhecimento estaria, portanto, vinculada de tal forma em uma vida em comunidade que a capacidade e o desempenho dos integrantes da comunidade somente poderiam ser avaliadas intersubjetivamente (Honneth, 2003: 197 ss.).

Como no caso das relações jurídicas, Honneth analisa a transição da sociedade de tipo tradicional para a moderna como uma espécie de mudança estrutural desta terceira esfera de reconhecimento: assim que a tradição hierárquica de valoração social progressivamente vai sendo dissolvida, as formas individuais de desempenho começam a ser reconhecidas. Honneth parte do princípio de que uma pessoa desenvolve a capacidade de se sentir valorizado, somente quando as suas capacidades individuais não são mais avaliadas de forma coletivista. Daí resulta que uma abertura do horizonte valorativo de uma sociedade às variadas formas de auto-realização pessoal somente se dá com a transição para a modernidade. Em função dessa mudança estrutural, por outro lado, no centro da vida moderna existe uma permanente tensão, um permanente processo de luta, porque nesta nova sociedade há uma busca individual por diversas formas de auto-realização de um lado e por outro a busca de um sistema de avaliação social (Honneth, 2003: 204 ss.). Essa espécie tensão social que oscila permanentemente entre a ampliação de um pluralismo valorativo que permita o desenvolvimento da concepção individual de vida boa e a definição de um pano de fundo moral que sirva de ponto de referência para avaliação social da moralidade fazem da sociedade moderna uma espécie de arena na qual se desenvolve ininterruptamente uma luta por reconhecimento: os diversos grupos sociais precisam desenvolver a capacidade de influenciar a vida pública a fim de que sua concepção de vida boa encontre reconhecimento social e passem então a fazer parte do sistema de referência moral que constituem a auto-

compreensão cultural e moral da comunidade em que estão inseridos. Porém, com o processo de individualização das formas de reconhecimento surge nesta esfera de reconhecimento a possibilidade de um tipo específico de auto-relação: auto-estima (*Selbstschätzung*). Solidariedade está vinculada, portanto, nas condições da sociedade moderna, à condição de relações sociais simétricas de estima entre indivíduos autônomos. Simetria aqui significa que os atores sociais adquirem a possibilidade de vivenciarem o reconhecimento de suas capacidades numa sociedade não-coletivista. Nesse contexto está aberta a possibilidade que os indivíduos desenvolvam a sua auto-realização (*Selbstverwirklichung*) (Honneth, 2003: 209 ss.).

Para que os atores sociais possam, portanto, desenvolver um auto-relacionamento (*Selbstbeziehung*) positivo e *saudável*, eles precisam ter a chance simétrica de desenvolver a sua concepção de vida boa sem desenvolverem as patologias oriundas das experiências de desrespeito (*Mißachtung*). O que significa uma experiência de desrespeito permanece ainda sem resposta. Porque à experiência do reconhecimento corresponde sempre uma forma positiva de auto-relacionamento (*Selbsterfahrung*), Honneth precisa partir do princípio de que o conteúdo do que seja desrespeito deve estar implicitamente vinculado nas reivindicações individuais por reconhecimento: se e quando o sujeito social faz uma experiência de reconhecimento, ele adquire um positivo entendimento sobre si mesmo; se e quando, ao contrário, um ator social tem uma experiência de uma situação de desrespeito, conseqüentemente, a sua positiva auto-relação, adquirida intersubjetivamente, adoece.

Para tornar a sua teoria plausível, Honneth precisa, por conseqüência, encontrar na história social, traços de uma tipologia tripartide negativa da estrutura das relações de reconhecimento. Esta tipologia negativa deveria cumprir duas tarefas: (1) para cada esfera de relação de reconhecimento deve surgir um equivalente negativo, com o qual a experiência de desrespeito possa ser esclarecida seguindo a estrutura da forma de reconhecimento correspondente; (2) a experiência de desrespeito deve ser ancorada de tal forma em aspectos afetivos do ser humano, que venha à tona a sua capacidade motivacional de desencadeamento de uma luta por reconhecimento.

À forma de reconhecimento do amor corresponde as formas de desrespeito definidas por Honneth como maus tratos (*Mißhandlung*) e violação (*Vergewaltigung*). Nesta forma de desrespeito o componente da personalidade que é atacado é aquele da integridade psíquica, ou seja, não é diretamente a integridade física que é violentada, mas sim o auto-respeito (*selbstvertändliche Respektierung*) que cada pessoa possui de seu corpo, que, como já foi visto, é adquirido por meio do processo intersubjetivo de socialização originado através da dedicação afetiva (Winnicott) (Honneth, 2003: 214 ss.). Exatamente por causa deste complexo desenvolvimento psico-social do auto-respeito, ele e a sua forma correspondente de reconhecimento não podem ser esclarecidos historicamente.

Eu interpreto aqui as idéias de Honneth no seguinte sentido: porque Honneth sempre tem em mente uma específica forma de auto-relação e de identidade, que está vinculada estruturalmente a uma pessoa humana; e como o conteúdo normativo da sua teoria sempre é desenvolvido *ex negativo*, ou seja, ele deve ser sempre deduzido da destruição da respectiva forma de auto-relacionamento ou reconhecimento, fica claro que há sempre como pano de fundo de sua análise um concepção antropofilosó-

fica não explícita que de alguma forma está permanentemente presente quando Honneth tenta definir a estrutura das relações de reconhecimento [3]. Na minha opinião fica claro também que, quando Honneth esclarece a a forma de desrespeito correspondente à forma de reconhecimento do amor, se delineia também de forma indireta uma espécie de núcleo *antropo-ontológico* da estrutura das relações de reconhecimento. Para esclarecer o que eu tenho em mente, porém, seria necessário que a teoria da justiça de Honneth fosse exposta aqui neste ponto, o que claramente excede o propósito de um artigo de sociologia do direito. Apenas aceno para o fato de que eu entendo que estas idéias (não muito claras ainda em *Kampf um Anerkennung*) poderiam ser desenvolvidas a partir das intuições antropofilosóficas de Agnes Heller.

À forma de reconhecimento do direito corresponde a forma de desrespeito intitulada *privação de direitos* (*Entrechtung*) e nesta esfera do reconhecimento o componente da personalidade que é ameaçado é aquele da integridade social. Também aqui Honneth precisa encontrar a forma correspondente de desrespeito lá onde um tipo específico de auto-relação pode se encontrado, a saber, o auto-respeito. Central para a análise feita por Honneth das formas de desrespeito é o fato de que todo o tipo de privação violenta da autonomia deve ser vista como vinculada a uma espécie de sentimento. O sentimento de injustiça ocupa um papel importante na análise que Honneth faz do direito (Honneth, 2003: 216). Porém, apesar de Honneth ressaltar em um primeiro momento o papel do sentimento de injustiça, logo em seguida a sua análise passa a considerar um tipo de respeito cognitivo da capacidade de responsabilidade moral, que um ator social vivencia numa situação de desrespeito jurídico. Portanto, o que significa ser uma capacidade para responsabilidade moral de uma pessoa deve ser medido no grau de universalização e também no grau de materialização do direito (Honneth, 2003: 216).

À forma de reconhecimento da solidariedade corresponde a forma de desrespeito da degradação moral (*Entwürdigung*) e da injúria (*Beleidigung*). Honneth entende que a dimensão da personalidade ameaçada é aquela da dignidade (*Würde*). Também aqui a experiência de desrespeito deve ser encontrada na degradação de uma forma de auto-relação, que no caso é aquela da auto-estima (*Selbstschätzung*). A pessoa aqui é privada da possibilidade de desenvolver uma estima positiva de si mesmo (Honneth, 2003: 217). Ao contrário da esfera do reconhecimento do amor, tanto esta esfera e quanto aquela do direito dependem de uma estrutura social que muda e evolui historicamente.

Para esclarecer as formas de desrespeito Honneth adota o conceito psicanalítico de patologia. Todas essas formas de desrespeito são, portanto, uma forma de patologia. Assim, uma teoria do reconhecimento deveria ser capaz de indicar a classe de sintomas que os atores sociais atingidos pela forma de desrespeito em seu estado patológico deixam transparecer (Honneth, 2003: 219). Os sinais corporais do sofrimento psíquico devem ser vistos, portanto, como expressões exteriores, ou melhor, como reações externas de sentimentos patológicos interiores ou psíquicos. Dessa forma, somente as experiências de injustiça que acarretam fenômenos patológicos devem ser consideradas fenômenos de desrespeito, quando o ponto de partida da análise é uma teoria do reconhecimento como a que Honneth está desenvolvendo aqui (Honneth, 2003: 219 ss.).

As reações do sentimento de injustiça devem ser vistas como o estopim *par excellence* da luta por reconhecimento. Com ajuda dos estudos desenvolvidos

por Dewey, Honneth procura mostrar que uma experiência social de desrespeito atua como uma forma de freio social que pode levar à paralisia do indivíduo ou de um grupo social. Por outro lado, ela mostra o quanto o ator social é dependente do reconhecimento social. Honneth sustenta que o indivíduo está sempre vinculado em uma complexa rede de relações intersubjetivas e que conseqüentemente ele é dependente estruturalmente do reconhecimento dos outros indivíduos (Honneth, 2003: 224). A experiência do desrespeito, então, deve ser tal que forneça a base motivacional da luta por reconhecimento, porque essa tensão afetiva só pode ser superada quando o ator social estiver em condições de voltar ter uma participação ativa e sadia na sociedade (Honneth, 2003: 224). É exatamente porque os seres humanos nunca reagem de forma neutra a esse tipo de enfermidade social, que o sentimento de injustiça acaba sendo o estopim da luta por reconhecimento. Como todo o sentimento, o sentimento de injustiça diz pouca coisa sobre o conteúdo normativo das relações de reconhecimento. Em outras palavras, os sentimentos de injustiças podem indicar um problema, mas não a sua solução. Honneth entende que é necessária a articulação política de um movimento social para que o sentimento de injustiça do indivíduo passe a ter relevância política (Honneth, 2003: 224 ss.).

Aqui, porém, não fica muito claro qual deve ser a ponte explicativa entre os objetivos impessoais dos movimentos sociais e um privado sentimento de injustiça. Honneth sustenta que, ao contrário dos modelos atomísticos, utilitaristas ou intencionalistas de explicação dos movimentos sociais, o surgimento de um movimento social deve ser explicado a partir da existência de uma semântica coletiva que permita a interpretação das experiências individuais de injustiça, de forma que não se trate mais aqui de uma experiência isolada de um indivíduo, mas sim de um círculo intersubjetivo de sujeitos que sofrem da mesma patologia social (Honneth, 2003: 262 ss.). Aqui Honneth está fazendo jus à crítica hegeliana do atomismo à medida que ele retira do indivíduo a capacidade de explicar os problemas sociais. O indivíduo só pode ser considerado como tal se é considerada a existência anterior de uma sociedade que lhe dá sentido.

Portanto, quanto mais forte for a influência da luta por reconhecimento de um determinado grupo, ou quanto maior for o número de exigências sociais em função de uma mudança específica, haverá de surgir, por conseqüência, uma espécie de horizonte de interpretação subcultural que explicará a relação motivacional entre sentimento individual de injustiça e luta coletiva por reconhecimento. O engajamento político acaba por trazer com ele uma espécie de efeito positivo de reconhecimento antecipado, pois na inserção em um grupo social que busca um determinado tipo de reconhecimento ele experimenta concomitantemente um tipo de reconhecimento antecipado de uma sociedade futura em que a sua reivindicação social será reconhecida socialmente e, dessa forma, o indivíduo tem de volta um pouco do reconhecimento perdido.

A pergunta que surge logicamente desta opção teórica é: todos os conflitos sociais são passíveis de serem interpretados pela lógica de uma luta por reconhecimento? Para fundamentar sua resposta, Honneth analisa primeiramente a pesquisa histórica de E.P.Thompson e Barrington Moore, para mostrar que pesquisas históricas que não assumem um ponto de vista moral correm sempre o risco de analisar os episódios de forma cega, ou seja, como se eles fossem fatos passíveis de análise pura: acontecimentos históricos como revoltas, guerras...

são apresentados como se fossem apenas fatos. Honneth procura com essa crítica mostrar que por trás dos acontecimentos históricos há um processo de desenvolvimento moral que se deixa explicar somente pela lógica da ampliação das relações de reconhecimento. O modelo da luta por reconhecimento deve, portanto, cumprir duas tarefas: (1) ser um modelo de interpretação do surgimento das lutas sociais e (2) do processo de desenvolvimento moral. Só então esse modelo estará em condições de realizar uma ordenação sistemática dos fenômenos históricos e sociais, que sem esse modelo permaneceriam amorfos.

Dessa forma, os sentimentos morais assumem a função de aceleração ou retardamento da evolução moral e histórica da sociedade e o modelo da luta por reconhecimento passa a ser visto como o ponto de vista normativo, a partir do qual é possível definir o estágio atual do desenvolvimento moral da sociedade (Honneth, 2003: 270 ss.). O ponto de partida de um tal processo de formação moral precisa ser, portanto, um momento histórico, em que o modelo tripartide do reconhecimento ainda não se diferenciou. Honneth caracteriza tal processo como um processo de aprendizagem que tem a capacidade de esclarecer ao mesmo tempo a diferenciação as esferas do reconhecimento e o potencial interno que elas carregam internamente para o desenvolvimento moral da sociedade. O modelo da luta por reconhecimento explicita, então, uma gramática, uma semântica subcultural, na qual as experiências de injustiça encontram uma linguagem comum, que indiretamente oferece a possibilidade de uma ampliação das formas de reconhecimento (Honneth, 2003: 272). Com isso, Honneth pretende mostrar que a análise dos acontecimentos sociais é uma tarefa da área da interpretação, que permite explicar esses acontecimentos como estágios de um processo de formação moral que se dá por meio do conflito e cuja direção é dada pela idéia-guia da ampliação das relações de reconhecimento (Honneth, 2003: 273).

Na introdução do presente artigo nós nos propusemos a desenvolver uma teoria dos direitos fundamentais a partir da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. Não por acaso, porém, na mesma introdução nos impusemos a limitação de apenas esclarecer de forma imanente as tarefas que todo aquele intérprete que pretende desenvolver essa tarefa precisa enfrentar.

Porque Honneth está convencido que o surgimento de pelo menos duas das esferas do reconhecimento estão vinculadas a um determinado momento histórico geograficamente determinado, a saber, o surgimento da sociedade moderna na forma como esse processo aconteceu em países da Europa ocidental, parece óbvio que a primeira tarefa, de um jurista que pretenda desenvolver a sociologia do direito de Axel Honneth, precisa ser vista no esclarecimento entre este vínculo: história situada geograficamente e teoria normativa. Fica aberta a pergunta se o modelo do reconhecimento teria capacidade de interpretação suficiente para esclarecer os acontecimentos históricos de luta de outros países que não experienciaram momentos comparáveis com aquele europeu[4].

A necessidade e a importância de uma solução para este problema aparente parece óbvia: se o modelo do reconhecimento, tal como é desenvolvido por Honneth, somente tem capacidade de explicar um fenômeno específico da Europa ocidental, isso implicaria na inutilidade, falta de capacidade interpretativa, talvez na falência do modelo do reconhecimento ou, simplesmente, a sua teoria se tornaria simplesmente desinteressante. Eu estou, porém, convencido que este é apenas um problema aparente. Na minha opinião, a

chave de leitura adequada para entender a teoria de Honneth sem correr o risco de eurocentrismo é um desenvolvimento da teoria da justiça implícita na antropologia filosófica que está sempre no pano de fundo do desenvolvimento da teoria do reconhecimento de Honneth.

Quando Honneth explicita o ponto de vista normativo da sua teoria, fica claro também que este aparente problema não passa de uma aparência de problema. Como já foi visto, o modelo de luta por reconhecimento deve oferecer o ponto de vista normativo a partir do qual o estágio atual do desenvolvimento moral seja explicitado (Honneth, 2003: 274 ss.). Se isso é assim, então Honneth precisa fundamentar filosoficamente este ponto de partida normativo da sua teoria.

Honneth sustenta que a sua teoria do reconhecimento não pode ser identificada nem com a tradição liberal, nem com o Comunitarismo. A sua proposta teórica deve ser vista como uma terceira possibilidade que ele chama de *Conceito Formal de Vida Boa ou de Eticidade* (Honneth, 2003: 274 ss.). A fundamentação deste conceito deveria esboçar formas pós-tradicionais de reconhecimento, cujo conceito deveria conter todas as condições intersubjetivas que hoje precisam ser preenchidas a fim de que os sujeitos possam realizar a sua concepção de vida boa (Honneth, 2003: 275 ss.). Com essa posição, Honneth pretende salientar que o conceito formal de eticidade não deve abranger somente a autonomia dos seres humanos, mas também as condições qualitativas de realização da vida boa. Honneth compartilha com a posição comunitarista a idéia de que é necessário sempre um conceito de vida boa como *Telos*, mas ele não pretende com este conceito formal de eticidade desenvolver um tipo de *Ethos* de uma concreta comunidade de valores que se insere em uma determinada tradição. Esse conceito precisa, ao contrário, proteger de tal forma o atual pano de fundo moral das relações de reconhecimento, que o horizonte de uma sociedade permaneça aberto, a fim de que os seus cidadãos tenham a liberdade de desenvolver as diversas formas de realização do seu conceito de vida boa. Com essa precisação, que fica sempre entre história e universalidade, sempre caminha junto o perigo de que esse conceito seja apenas uma interpretação de determinados ideais históricos de vida. Honneth acha que está em condições de evitar esse perigo, à medida que ele permite que da tradição do liberalismo ele conserve uma pequena intenção kantiana de formalidade. Por isso, o conceito de eticidade por ele desenvolvido precisa ser formal. Contra Kant, porém, este conceito deveria ser, por outro lado, de tal forma material ou substantivo que com a sua ajuda seja possível aprender mais sobre as condições de realização da vida boa (Honneth, 2003: 277 ss.).

Como já foi visto, à cada uma das formas de reconhecimento correspondem uma forma positiva e negativa de auto-relação. Importante para as conclusões deste artigo é ressaltar que existe uma ligação entre a experiência de reconhecimento e uma espécie de *relacionar-se-consigo* (*Sichzusichverhalten*) que está ancorada estruturalmente na identidade pessoal: os indivíduos são de tal forma constituídos como pessoas, que eles aprendem a se dirigir a si mesmo a partir da perspectiva do outro e a partir daí desenvolvem-se propriedades pessoais positivas ou negativas. A extensão de tais propriedades e, portanto, do grau de auto-relação positiva cresce com o desenvolvimento de cada forma de reconhecimento a partir da qual cada indivíduo pode relacionar-se consigo mesmo. Assim na experiência do amor surge a possibilidade da autoconfiança (*Selbstvertrauens*), na experiência do

reconhecimento jurídico surge a forma do auto-respeito (*Selbstachtung*) e, por fim, na terceira forma de reconhecimento, Solidariedade, vem à tona a auto-estima (*Selbstschätzung*) (Honneth, 2003: 277 ss.).

Com estas precisações, Honneth torna as conseqüências de sua teoria mais agudas: somente com a experiência do reconhecimento surge uma forma positiva de auto-relação e sem reconhecimento é impossível desenvolver um conceito de liberdade ou simplesmente viver em liberdade, porque a proteção das relações de reconhecimento é uma condição da liberdade e não vice-versa. Honneth vai mais além e afirma que somente as relações de reconhecimento são, ao mesmo tempo, as condições e a proteção da identidade, da liberdade, da auto-realização, de uma realização plena da concepção de vida boa dos seres humanos e de uma vida realizada em geral (Honneth, 2003: 279 ss.).

Porém, a fim de que sua teoria não corra o risco de ser ahistórica, o conceito formal de eticidade precisa estar hermeneuticamente ancorado no presente: todo o tipo de prognóstico sobre o futuro das relações sociais "não é mais tarefa da teoria e sim do futuro das lutas sociais" (Honneth, 2003: 287). Portanto, com esta frase de fechamento do seu livro *Kampf um Anerkennung*, Honneth deixa claro que é necessária uma limitação histórica desse tipo, a fim de que o conceito formal de eticidade seja concebido. As condições de realização do conceito de vida boa estão sempre ancoradas, portanto, nas condições oferecidas pelo presente de uma dada sociedade, que, ao mesmo tempo, já estabelecem o pano de fundo normativo a partir do qual se abre a possibilidade para o desenvolvimento de novas formas de reconhecimento (Honneth, 2003: 280 ss.).

Lado a lado com a historicidade de sua teoria, se desenvolve um núcleo ahistórico, que nós identificamos, principalmente, quando analisamos a forma de reconhecimento do amor. Apesar de ter ficado claro que a estrutura de reconhecimento do amor não se deixa explicar por modificações históricas, Honneth procura salientar que é perfeitamente possível que essas estruturas imutáveis se desenvolvam quanto mais os envolvidos nesta relação compartilharem direitos e estiverem protegidos os seus respectivos direitos fundamentais. A experiência do amor representa, portanto, *o núcleo interno de todas as formas de vida ética* (*den inneresten Kern aller als >>sittlich<< zu qualifizierenden Lebensformen*) e conseqüentemente o conceito formal de eticidade pós-tradicional deve ser de tal forma desenvolvido que o radical igualitarismo da esfera de reconhecimento do amor seja protegido de influências violentas externas (Honneth, 2003: 282 ss.). As formas de reconhecimento do direito são, dessa forma, condições da auto-realização e da capacidade de desenvolvimento, porque somente com a sua ajuda os atores sociais conseguem definir a si mesmos como pessoas (Honneth, 2003: 283 ss.). Por último, foi visto que o direito delimita geral e normativamente a formação do horizonte valorativo de uma comunidade.

5. Conclusão

Se Dworkin, Habermas e Honneth apresentaram argumentos convincentes, então, por via dedutiva podem ser definidas as tarefas da Teoria da Constituição contemporânea: será necessário em primeiro lugar esclarecer como é possível desenvolver uma hermenêutica constitucional que leve a sério o desafio da democracia e da proteção das relações de reconhecimento em uma dada sociedade e em segundo lugar, será necessário que as questões do direito não sejam mais vistas apenas como questões de princípios ou de uma simples ponderação de valores, mas o direito constitucional deverá assumir como tarefa

a compreensão da sociedade e o desenvolvimento de mecanismos institucionais que viabilizem uma espécie de "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição".

Os resultados do presente artigo já adiantaram quais são e quais devem ser as funções dos direitos fundamentais para uma Teoria da Constituição que leve à sério a teoria do reconhecimento: (1) proteção das formas do reconhecimento; (2) condição *sine qua non* da realização do projeto de vida boa ou da auto-realização; (3) facilitador do desenvolvimento moral da sociedade; (4) Delimitação do horizonte valorativo de uma comunidade.

Uma das principais tarefas de pesquisa que essa nova Teoria da Constituição deveria assumir seria o estudo do lado negativo do processo moderno de *juridicização* dos direitos sociais e de cidadania. Não por acaso Flickinger define esses direitos como uma *faca de dois gumes*. Com esta analogia, ele pretende mostrar plasticamente o duplo efeito da *juridificação* das conquistas sociais na forma de direitos sociais e de cidadania: o lado positivo deste processo pode ser traduzido na linguagem do reconhecimento, ou seja, ele pode ser considerado como um processo histórico vitorioso de ampliação das formas de reconhecimento, porém, com ele surgiu também um processo negativo, a saber, a legalidade jurídica parece não ser capaz de efetivar essas reivindicações sociais (Flickinger, 2003: 153 ss.). Em seu livro *Die Einbeziehung dês Andere*, Habermas analisa uma série de estudos feministas que mostram que a luta do movimento feminista pela *juridificação* de suas reivindicações teve um efeito colateral indesejado: ao invés de fomentar igualdade ou materialização destas reivindicações, esse processo de *juridificação* gerou baixos salários, desemprego e aumento da pobreza entre mulheres (Habermas, 1996: 303 ss.). Os motivos responsáveis por esse contra-efeito não são difíceis de serem vislumbrados: direitos que garantem à mulher um tratamento diferenciado, como o direito a afastamento do trabalho no período de gravidez, apesar de seu valor e corretude moral, representam para o empregador um aumento de custos que, em função da lógica do mercado, só pode ser resolvido de duas maneiras, a saber, ou ele contrata menos mulheres, ou ele é obrigado a pagar menos pelo trabalho feminino.

Ao tentar esclarecer estes fenômenos sociais todo o jurista que quisesse levar a sério a teoria do reconhecimento teria de se confrontar com, pelo menos, três problemas: (1) como se pode entender que o mesmo direito moderno, que permite a ampliação das relações de reconhecimento e que surgiu com este objetivo, gera, ao mesmo tempo, experiências de desrespeito e privação de reconhecimento? (2) qual seria o critério a ser utilizado a fim de que a forma *positiva* de direito, o direito que gera reconhecimento, fosse diferenciada da forma de direito que gera desrespeito e privação de reconhecimento?

Os limites de espaço de um artigo me permitem somente trazer à discussão esta nova maneira de fazer direito constitucional que me parece estar um pouco à margem da discussão atual. Resolver estes problemas e tentar levar à sério as relações de reconhecimento na sociedade como condições sociais da existência de um direito justo deveriam ser as novas e futuras tarefas ou, pelo menos, deveriam importar no surgimento de um terceiro âmbito de pesquisa da Teoria da Constituição contemporânea.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. 371 p.

_____. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. 470 p.
_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p.
_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p.
_____. *Levando os direitos à sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.
ELSTER, Jon/ SLAGSTAD, Rune (org.). *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. 359 p.
FLICKINGER, Hans-Georg. Direito de cidadania: uma faca de dois gumes. In: *Em nome da liberdade:* elementos da crítica ao liberalismo contemporâneo. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 143-158.
FRASER, Nancy e HONNETH, Axel. *Umverteilung oder Anerkennung. Eine politisch-philosophische Kontroverse*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003. 305 p.
HABERMAS, Jürgen. *Kulturelle Gleichbehandlung – und die Grenzen des Postmodernen Liberalismus*. In: Deutsche Zeitschrift für Philosophie. Berlin: Akademie Verlag GmbH, 2003. n. 51 (3), p. 367-394.
_____. *Die Einbeziehung des Anderen*: Studien zur politischen Theorie. Frankfurt: Suhrkamp, 1999. 404 p.
_____. *Faktizität und Geltung*: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtssaats. Frankfurt: Suhrkamp, 1998. 704 p.
_____. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. 354 p. (Biblioteca Tempo Universitário, 101).
_____. *Pensamento pós-metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. 271 p.
HEIDEGREN, Carl-Göran. *Anthropology, Social Theory, and Politics: Axel Honneth´s Theory of Recognition*. In: *Inquiry*, 2002, Vol. 45, No. 4, p. 433-446.
HONNETH, Axel/JOAS, Hans. *Soziales Handeln und menschliche Natur. Anthropologische Gruder Sozialwissenschaft, Frankfurt/New York: Campus, 1980. 170 p.*
HONNETH, Axel. *Antworten auf die Beiträge der Kolloquiumsteilnehmer*. In: Halbig, Christoph; Quante, Michael. *Axel Honneth: Sozialphilosophie zwischen Kritik und Anerkennung*. Münster: Lit Verlag, 2004. p. 99-121.
_____. *Leiden an Unbestimmtheit. Eine Reaktualisierung der Hegelschen Rechtsphilosophie*, Stuttgart: Reclam, 2001. 127 p.
_____. *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte.* Frankfurt: Suhrkamp, 2003. 341 p.
LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997. 598 p.
NEVES, Marcelo. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasillien*, Berlin: Duncker & Humboldt, 1992. 252p.
_____. *Luhmann, Habermas e o Estado de direito*. Lua Nova, São Paulo, n. 37, 1996. p. 93-106.
SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005. 115 p. (no prelo).
TAYLOR, Charles. *A política do reconhecimento*. In: *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000. p. 241-274.

NOTAS

[1]Para uma visão geral sobre o sistema jurídico da *Common Law* ver: (SOARES, 2000), (DAVID, 1996: 279-405). Vale acrescentar que não é muito adequado traçar um paralelo entre o uso dos casos de jurisprudência no Brasil e o uso dos precedentes nos Estados Unidos. No Brasil os casos judiciais podem se apreciados pelos juízes como argumentos para solução da lide, mas não estão obrigados a considerá-los na sua decisão. Nos Estados Unidos, em virtude da regra do "stare decisis", os juízes estão vinculados juridicamente aos precedentes, de forma que estes não são apenas argumentos, mas direito legítimo. Esta é uma distinção importante para as conclusões deste trabalho.

[2]As teses do presente parágrafo, principalmente a interpretação do método Hércules desenvolvido por Dworkin a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, eu desenvolvi exaustivamente no meu livro Jurisdição e Democracia (Saavedra, 2005) que está no prelo e que até o final do ano deverá ser publicado pela editora Livraria dos Advogados.

[3]Essa parece ser também a interpretação de: (Heidegren, 2002) e a sua interpretação foi explicitamente recepcionada por Honneth no seu *Nachwort* em: (Honneth, 2003: 307 ss.). Sobre o assunto compare também: (Honneth/Joas, 1980).

[4]Sobre o caso brasileiro, dentre outros, ver: (Neves, 1992).