

QUAL O CONCEITO DE PESSOA DE QUE NECESSITA A TEORIA DO DISCURSO DO DIREITO?

REFLEXÕES SOBRE A CONEXÃO INTERNA ENTRE PESSOA DELIBERATIVA, CIDADÃO E PESSOA DE DIREITO *

Klaus Günther

WHICH CONCEPT OF PERSON DOES DISCURSIVE THEORY OF LAW NEEDS?
REFLECTIONS ON THE INTERNAL CONNECTION BETWEEN DELIBERATIVE
PERSON, CITIZEN AND LEGAL ENTITY.

TRADUÇÃO Flavia Portella Püschel REVISÃO TÉCNICA Rúrion Soares Melo

RESUMO

ESTE TEXTO SITUA-SE NO CAMPO DA TEORIA DO DISCURSO DO DIREITO. CONSTRÓI UM CONCEITO DE PESSOA DELIBERATIVA, DESPIDO DE QUALQUER CONOTAÇÃO METAFÍSICA, CAPAZ DE FUNDAMENTAR UMA TEORIA DO DIREITO QUE VÊ O CIDADÃO COMO AUTOR DO DIREITO POR MEIO DE UM PROCEDIMENTO RACIONAL.

PALAVRAS-CHAVE

TEORIA DO DISCURSO DO DIREITO, DEMOCRACIA, PESSOA, DELIBERAÇÃO.

ABSTRACT

THIS ARTICLE CAN BE SITUATED IN THE TRADITION OF A DISCURSIVE THEORY OF LAW. IT CONSTRUCTS A NON-METAPHYSIC CONCEPT OF DELIBERATIVE PERSON JUDGED CAPABLE OF GROUNDING A THEORY OF LAW THAT CONSIDERS THE CITIZENS AS AUTHORS OF LAW BY MEANS OF A RATIONALLY CONSTRUCTED PROCEDURE.

KEYWORDS

DISCURSIVE THEORY OF LAW, DEMOCRACY, PERSON, DELIBERATION

A teoria do discurso do direito procura expressar de modo preciso duas intuições acerca da legitimidade do direito: que são os próprios cidadãos que decidem sobre o direito posto e que o procedimento jurídico de decisão é racional, ou seja, permite o exame de propostas de normas por meio de crítica argumentativa. Com essas características, a teoria do discurso do direito distingue-se tanto das teorias que buscam um princípio absoluto de moral ou de ética política como fundamento material de legitimação do direito quanto das teorias formais que se contentam com qualquer procedimento de criação de direito, simplesmente previsto por normas secundárias. Ela se diferencia também das teorias que, no lugar de princípios materiais ou procedimentos formais, baseiam-se na pessoa e suas aptidões e características, especialmente na razão, em que todas as pessoas se igualam.

Ainda assim, a própria teoria do discurso enquanto tal pressupõe certas disposições e aptidões dos participantes no discurso. Dentre as mais importantes está a

disposição de cada falante e cada ouvinte, para defender com fundamentos convincentes as pretensões de validade levantadas. Essa disposição já integra o próprio significado da pretensão de validade, levantada perante outrem por meio de um proferimento lingüístico. Sem isso, não faria sentido para o ouvinte reagir ao proferimento com a assunção de uma posição crítica; ele ou ela poderia encarar esse proferimento apenas como um fato, igual a outros fatos naturais. Quando o ouvinte reage assumindo uma posição crítica, ele espera não apenas que o proponente esteja disposto a defender contra a crítica a pretensão de validade levantada por meio da proposição. O ouvinte espera, além disso, que o proponente, por sua vez, esteja em condições de se comportar de maneira crítica em relação à pretensão de validade de seu próprio proferimento, ou seja, que o outro se posicione com relação ao seu próprio proferimento de modo que este possa se tornar objeto de sua própria crítica. Somente nessas condições pode-se desenvolver no proponente a disposição para justificar, por meio de razões, a proposição por ele levantada contra a crítica do oponente. Essa capacidade de autocrítica e autocorreção é a base da capacidade de responder pelos próprios proferimentos perante outrem, de tornar-se o autor responsável de um proferimento relevante do ponto de vista da validade. Em suma: essa capacidade é a base da imputabilidade do falante¹. A imputabilidade do falante e do ouvinte, ao lado da identidade de sentido de proferimentos lingüísticos e da validade idealizada da pretensão levantada por um ato lingüístico, é uma das idealizações contrafáticas que fazem parte dos elementos constitutivos do “telos do entendimento”, inerente ao uso lingüístico-comunicativo.

Esse pressuposto idealizador da imputabilidade migra, por assim dizer, com o caráter discursivo do procedimento de legitimação, para a prática legislativa democrática estruturada juridicamente. A imputabilidade é um elemento definidor do conceito de cidadão. É apenas porque, e na medida em que, se reconhecem reciprocamente, entre outras coisas, como pessoas imputáveis, que faz sentido para os cidadãos participarem de controvérsias públicas sobre uma regulamentação aceitável em geral para os seus assuntos comuns. Não é à toa que o conceito de imputabilidade exerce um papel central também na imputação jurídica, especialmente quando se trata de atos que violam normas.

Não parece infundada a suposição – a ser analisada em seguida – de que, em um Estado de direito democrático, também a imputação de atos violadores de normas se vincula ao pressuposto idealizado da imputabilidade do falante e do ouvinte. No entanto, é preciso desde logo abandonar a expectativa de, neste caso como no da imputabilidade reciprocamente pressuposta pelos cidadãos, extrair conseqüências fáceis. As diversas características e a abrangência da imputabilidade, tanto dos cidadãos quanto das pessoas de direito a quem, na qualidade de destinatários de uma norma, se atribui a sua violação, podem surgir apenas a partir de um discurso dos cidadãos, na medida em que eles, em conjunto, interpretam e estruturam juridicamente a imputabilidade

idealizada que se atribui uns aos outros, de forma pressuposta, na qualidade de participantes do discurso.

Esse conceito de imputabilidade é possivelmente – conforme mais uma suposição a ser examinada em seguida – a característica definidora do conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso em geral e, especialmente, a teoria do discurso do direito. Rainer Forst examinou o conceito de pessoa vinculado a diversas práticas sociais normativas e valorativas.² A mim interessa neste trabalho o mínimo denominador comum que esses conceitos de pessoa partilham em suas diversas formas discursivas específicas. Para Kant, uma pessoa é “o sujeito cujas ações são passíveis de imputação”.³ Ela é, portanto, definida pela imputabilidade. Com isso, Kant se filia à tradição de Locke, que já havia chamado a atenção para o fato de que o conceito de pessoa teria sua origem no contexto da imputação forense de um ato passado a uma pessoa.⁴ Esse conceito de pessoa especificamente destinado à imputação sofreu em seguida uma interpretação pela teoria do discurso. Em outras análises – que não podem ser apresentadas aqui – incluíram-se reflexões sobre problemas de identidade pessoal e sobre a atribuição social de responsabilidade.⁵

Naturalmente, é preciso ter o cuidado de não estilizar por sua vez o conceito de pessoa e transformá-lo no fundamento absoluto do discurso, ao tentar fazer derivar dos atributos e características das pessoas os atributos e características do discurso. No texto a seguir trata-se antes de esclarecimentos e especificações conceituais recíprocos. No primeiro plano está a relação entre o conceito de pessoa da teoria do discurso, o conceito de cidadão e o conceito de pessoa de direito, em seu papel de destinatário de normas dotado de imputabilidade. Desse modo seja talvez possível chegar a uma leitura adequada da afirmação de Rousseau: “no que se refere aos membros [da pessoa pública – K.G.], eles denominam-se coletivamente *povo*, como indivíduos *cidadãos*, na medida em que participam da soberania, e *súditos*, na medida em que se submetem à lei do Estado”.⁶

A seguir, vou tratar também de demonstrar que o complexo jogo de trocas entre cidadão, como co-legislador, e pessoa de direito, no papel de destinatária das normas, consiste em uma troca de papéis e que o elo entre esses dois papéis diferentes é a imputabilidade no sentido da teoria do discurso.

I.

O procedimento legislativo democrático se caracteriza por tornar o caráter vinculante do direito dependente de discursos e procedimentos decisórios públicos, nos quais todos os cidadãos têm o direito de tomar parte. Cidadãos em uma democracia não são apenas destinatários, mas também autores de suas normas jurídicas. Esses dois papéis, de autor e destinatário de normas jurídicas, ancoram-se em uma concepção comum de pessoa, que, *diversamente em cada caso*, é pressuposta e exigida

na legitimação democrática e na obediência ao direito. Dessa concepção faz parte, principalmente, a capacidade de uma pessoa de se distanciar de ações e proferimentos e ser capaz de se posicionar de maneira crítica. A capacidade de crítica pode referir-se tanto a proferimentos e ações *alheios* quanto *próprios*. Nisto reside a liberdade da pessoa, em poder comportar-se criticamente tanto em relação a proferimentos e ações alheios como também autocriticamente, relativamente aos seus próprios proferimentos e ações. Denomino uma posição de “crítica” quando se apóia em razões (*Gründe*). Uma pessoa à qual se atribui a capacidade de posicionar-se criticamente pode, portanto, realizar o ato cognitivo de posicionamento fundamentado em relação a proferimentos e ações. Além disso, ela está em condições de seguir as razões que aceitou, isto é, de realizar um ato volitivo.

Ambos os atos estão relacionados entre si, no conceito de “razão” (*Grund*). “Razões” são (entre outras coisas) definidas pelo fato de fazerem diferença no mundo, pelo fato de que podem *motivar* uma pessoa a *mudar* seus proferimentos e ações no sentido de uma correção. Minha capacidade de seguir uma razão manifesta-se no fato de que (*ceteris paribus*) *ajo de modo diverso* daquele que agiria, caso esta razão não existisse. Nesse contexto, o tipo de razões é, a princípio, indeterminado; pode tratar-se de razões de tipos variados – racionais e orientados por um fim, estratégicos, morais ou outros. A simples atribuição da capacidade de posicionar-se criticamente em relação a proferimentos e ações *não* determina, portanto, se e de que modo a pessoa deve fazer uso dessa capacidade, nem as razões com as quais deve fundamentar sua posição. No presente texto, quando for feita referência à capacidade de posicionar-se criticamente, estar-se-á tratando de ambos os atos, tanto do cognitivo quanto do volitivo. Uma pessoa à qual seja possível atribuir essa capacidade eu denomino, no texto a seguir, de *pessoa deliberativa*.⁷

No entanto, para que uma pessoa deliberativa possa fundamentar a sua posição crítica com razões, ela precisa ainda dispor de uma outra capacidade, que se depreende igualmente do conceito de razão. Razões resultam de *argumentações* sobre pretensões de validade discutíveis levantadas por proferimentos explícitos ou implícitos (por exemplo, intenções de agir). Uma pessoa deliberativa deve, portanto, poder tomar parte em argumentações nas quais pretensões de validade relativas a proferimentos são levantadas, criticadas por meio de razões e defendidas com contra-razões. Tais argumentações ou discursos se caracterizam por uma série de pressupostos idealizantes, dos quais não posso tratar em detalhes aqui. Dependendo do tipo de pretensão de validade em discussão, trata-se nessas argumentações da descoberta ou construção das melhores razões, capazes de resistir provisoriamente à crítica contínua de um número ilimitado de participantes. Um proferimento passível de ser fundamentado desse modo tem a seu favor, dependendo da pretensão de validade, a presunção de verdade, de correção normativa ou de adequação valorativa. No entanto, da capacidade de participar de tais discursos, atribuída a uma pessoa deliberativa, não

decorre que ela precise participar, necessite aceitar as melhores razões e observá-las nas suas ações. A argumentação pode, além disso, acontecer como uma espécie de discurso interno, em um diálogo consigo mesmo. Para a imputação é suficiente que a pessoa tenha a capacidade de examinar argumentativamente as razões sobre as quais baseia sua posição crítica acerca de seus *próprios* proferimentos e ações, isto é, que ela seja capaz de comportar-se ou “pensar-se” de modo autocrítico. Neste contexto está incluída principalmente a capacidade e disposição de corrigir as próprias convicções à luz de razões melhores. Daí a característica mais evidente da pessoa deliberativa ser a capacidade e disposição para a *autocorreção*. Um ladrão de bancos que procura o melhor caminho para a realização do roubo planejado precisa basear seu plano de ação em suposições empíricas verossímeis e testá-las argumentativamente (pelo menos em um diálogo interno implícito); ele se comporta, então, de modo crítico em relação às suas próprias ações e possíveis alternativas de ações (planejadas), merecendo, por isso, a imputação de “pessoa deliberativa”.

O conceito de pessoa deliberativa se caracteriza também pelo fato de ser a pessoa vista como a *fonte autogeradora* de suas ações e proferimentos.⁸ Ela é fonte de seus proferimentos e ações não apenas no sentido causal, mas também no sentido de que *depende* de seu posicionamento autocrítico se e como ela se expressa, se e como ela age. A capacidade para posicionar-se criticamente torna-se assim o centro originário de suas ações; a pessoa é “reduzida” a essa capacidade – naturalmente, fazendo-se total abstração de suas demais características e motivos, assim como das demais circunstâncias de uma situação. Quando faz diferença para uma ação ou proferimento o fato de a pessoa ter ou não ter feito uso de sua capacidade de posicionar-se criticamente, pode-se dizer que os proferimentos e ações podem ser *imputados* a essa pessoa na qualidade de autor. Naturalmente, não se trata de saber se a pessoa faz realmente uso de sua capacidade e se ela a emprega de um modo “correto” – seja qual for a definição de uso correto. Importa apenas que seja possível atribuir-lhe a capacidade de posicionar-se criticamente; como consequência dessa atribuição, ela se considera centro originário de seus proferimentos e ações também quando não tiver feito, de fato, uso dessa capacidade. Se a atribuição da capacidade de posicionar-se criticamente possui, entre outras, a função de vincular proferimentos e ações a uma pessoa, considerada seu autor, então essa capacidade pode ser designada de *competência performativa*. Uma pessoa é considerada capaz de proferimentos e ações quando seus proferimentos e ações podem ser reconduzidos à sua capacidade de posicionar-se de modo crítico. Naturalmente, nesta vinculação entre eventos e a competência performativa de uma pessoa, trata-se de uma “atribuição” e não de um fato “natural”. A quantidade de condições necessárias e suficientes para a ocorrência de um evento é muito mais complexa do que sugere a sua vinculação à capacidade de posicionar-se criticamente. O motivo para essa redução de todas as condições a essa única é o significado que o conceito de pessoa deliberativa tem para o tipo de legitimação das normas jurídicas.

Uma pessoa deliberativa dispõe, então, da capacidade de posicionar-se criticamente em relação a ações e proferimentos próprios e alheios; ela pode fundar sua posição em razões, as quais pode examinar no papel de participante de um discurso (pelo menos virtual); ela pode agir de acordo com as razões que aceitou e, desse modo, tornar-se autor imputável de seus proferimentos e ações. Procedimentos democráticos caracterizam-se pelo fato de vincularem o procedimento de criação de normas obrigatórias para todos à faculdade de cada indivíduo de se posicionar criticamente em relação a proferimentos (por exemplo, propostas de normas) de terceiros. Essa capacidade torna-se elemento *constitutivo* e *operacional* desses procedimentos. Procedimentos democráticos pressupõem uma pessoa deliberativa e se reproduzem no uso geral das capacidades atribuídas a uma pessoa deliberativa. Além disso, procedimentos democráticos são organizados de forma que razões e contra-razões para o posicionamento crítico com relação a propostas de normas podem, em certa medida, ser examinadas argumentativamente, de modo a ser possível formar uma competição pública pelas melhores razões. Na medida em que pessoas deliberativas podem tomar parte nessa competição, elas se tornam autoras das normas criadas por meio desses procedimentos.

II.

Naturalmente, procedimentos democráticos não são idênticos a discursos e as pessoas deliberativas que participam do procedimento democrático como cidadãos não se resumem ao papel de participantes do discurso. Procedimentos democráticos possibilitam o tratamento diferenciado de pretensões de validade e o exame argumentativo de razões a favor ou contra uma pretensão de validade levantada. Mas, ao contrário de discursos, procedimentos democráticos são organizados de forma a permitir, em um lapso de tempo limitado, decisões majoritárias sobre a validade positiva de normas jurídicas. Isso significa, entre outras coisas, que normas jurídicas têm validade também nos casos em que *nem todos* os cidadãos tenham feito uso da sua capacidade deliberativa, *nem todos* os participantes tenham sido motivados pelas melhores razões a rever sua posição divergente. Normas jurídicas valem, então, também para as pessoas que não tenham assumido uma posição criticamente e para aquelas que, apesar de seu posicionamento crítico, não tenham sido convencidas. Essa peculiaridade do procedimento democrático em relação a discursos e das normas jurídicas em relação a outros tipos de razões para agir tem conseqüências para o conceito de pessoa deliberativa, *na medida* em que ele é pressuposto do procedimento democrático e reclamado por este. Devem-se acrescentar outras características ao conceito de pessoa deliberativa, características essas que se depreendem das mencionadas peculiaridades específicas do procedimento democrático de fundamentação de normas e do caráter especial das normas jurídicas como resultado de procedimentos democráticos.⁹ Em razão dessas

características, a pessoa deliberativa que participa de procedimentos democráticos e obedece a normas democraticamente legitimadas se diferencia, *por um lado*, de outras formas de pessoa deliberativa, como a pessoa que age eticamente, moralmente ou de qualquer outro modo racionalmente (por exemplo, apenas racionalmente orientada por um fim). *Por outro lado*, o conceito de pessoa deliberativa assim especificado se divide internamente na pessoa do *cidadão*, como autor de normas jurídicas, e na *pessoa de direito*, como destinatária de normas jurídicas.¹⁰

Discursos se diferenciam de procedimentos democráticos, entre outras coisas, pelo fato de propiciarem o *completo* desenvolvimento das capacidades atribuídas à pessoa deliberativa. Na medida em que uma pessoa fundamenta seu posicionamento crítico acerca de ações e proferimentos com razões passíveis de serem testadas argumentativamente, ela se torna, ao menos, participante virtual de um diálogo implícito consigo mesma. Daí resultam diversas conseqüências para a pessoa, dependendo do tipo de pretensão de validade levantada por meio do proferimento, do tipo de discurso e do tipo de razões. O “caráter” específico da pessoa deliberativa orienta-se pelo tipo de pretensão de validade, do discurso e das razões em questão. Uma pessoa que age estrategicamente comporta-se com base em uma racionalidade orientada por fins e examina argumentativamente seu plano de ação de modo a verificar se os meios escolhidos são capazes de realizar o fim pretendido. Uma pessoa deliberativa que não se comporta desse modo autocrítico em relação aos próprios proferimentos e ações age de modo irracional, isto é, não como uma *pessoa racional*. Uma pessoa que se confronta com um problema moral deve refletir sobre se a pretensão de validade normativa implícita na sua intenção de agir poderia ser aceita por todos os outros homens como resultado de um discurso prático. Uma pessoa deliberativa que não baseia seu posicionamento crítico em razões práticas partilháveis desse modo age de maneira imoral, isto é, não age como uma *pessoa moral*. O mesmo vale para uma *pessoa ética*, se ela não baseia seu posicionamento crítico em relação a seus próprios proferimentos e ações em reflexões sobre sua autocompreensão e sua auto-realização optimal.¹¹

Em todos esses casos, a pessoa deliberativa, que se caracteriza simplesmente pela capacidade de posicionar-se criticamente em relação a proferimentos e ações, torna-se, por meio de outras características – resultantes das especificidades das diversas pretensões de validade, discursos e razões – especificamente, uma pessoa racional, moral ou ética. Para procedimentos legislativos democráticos é igualmente necessária uma especificação, que resulta das já mencionadas características desses procedimentos e das normas jurídicas. Na medida em que discursos do tipo descrito acima se verificam, com a participação dos cidadãos, estes passam a desempenhar o papel conforme ao conceito de pessoa específico correspondente. Ao mesmo tempo, eles são também *cidadãos*, que exercitam sua participação em argumentações na forma de um *direito subjetivo* de participação política em procedimentos *juridicamente* institucionalizados

de formação de opinião e vontade públicas. Daí resulta que a pessoa deliberativa, titular de um direito subjetivo de participação política, *não tem o dever* de fazer uso da capacidade de posicionamento crítico como participante de discursos públicos que lhe é atribuída. Além disso, não decorre do uso, nem da falta de uso público da capacidade de crítica um *dever* de aceitar a norma. A validade positiva do direito funda-se apenas na produção da norma em conformidade com o procedimento, e não na posição concordante ou discordante do cidadão individual. Por isso, ele vincula também aqueles cidadãos que não fizeram uso de seu direito de participação ou que, como participantes do procedimento democrático, não foram convencidos a reconsiderar sua discordância. O dever de cada cidadão de obedecer à norma funda-se apenas no seu direito igual ao exercício público de sua capacidade de crítica e no procedimento juridicamente institucionalizado no âmbito do qual tal direito pode ser exercido de modo eficaz, mas não no se e como e também não no resultado de cada exercício fático desse direito. Concluindo, são a *capacidade* de posicionamento crítico, atribuída à pessoa deliberativa, e o *direito* subjetivo igual ao exercício eficaz dessa capacidade em *procedimentos* democráticos institucionalizados juridicamente que, em conjunto, fundamentam a pretensão de vinculação do direito positivo.

III.

O conceito de pessoa deliberativa, num Estado de direito democrático, é pressuposto e exigido de modo, por assim dizer, espelhado ao conceito de cidadão também para a *obediência* às normas jurídicas legítimas. Isso significa, por um lado, que a expectativa legítima dos cidadãos de que o destinatário da norma evitará a prática do ilícito *depende* da capacidade da pessoa para assumir uma posição *autocrítica* em relação a seus próprios proferimentos e ações. Mas também aqui existe uma peculiaridade que distingue o dever de obedecer a normas jurídicas legítimas do dever de obedecer a normas legítimas de outra espécie. O dever de obedecer a normas jurídicas e de evitar o ilícito não significa que o destinatário deva ter feito uso de sua capacidade pressuposta de posicionamento crítico em relação aos próprios proferimentos e ações *de modo* a aceitar a norma como *razão própria*. Ele não precisa interpretar o dever de obediência à norma como uma vinculação própria de sua vontade e seguir a norma como pessoa moral. O dever de obediência a normas jurídicas é, portanto, mais amplo do que o dever de obediência a normas morais – este decorre diretamente da concordância autônoma com a norma moral, enquanto aquela se reporta a todo o procedimento – que engendra autonomia de modo procedural – de criação legítima da norma jurídica e não se vincula à concordância ou rejeição individual de uma norma jurídica determinada. O dever de obediência à norma jurídica tampouco é um bem o qual seu destinatário deveria realizar para ter uma vida bem-sucedida ou, como “bom cidadão” em uma república de virtuosos,

realizar pelo bem comum. O dever de obediência ao direito pressupõe apenas que o seu destinatário tenha a capacidade de posicionar-se criticamente em relação às suas próprias ações e proferimentos. O destinatário pode escolher *se* vai seguir a norma e *por quais razões* ele o fará. O direito não exige, portanto, que a pessoa de direito concorde com a norma e seja *em consequência disso* obrigada a obedecê-la. O direito deixa à pessoa de direito a liberdade de rejeitar a norma. No entanto, o direito a obriga a não fazer uso da sua capacidade de posicionamento crítico de modo a violar a norma rejeitada por meio de sua ação. Nisto se resume a exigência feita à pessoa de direito com o dever de obediência à norma: não violar, por meio da sua ação, a norma que rejeita e, nessa medida, fazer uso de sua capacidade de posicionamento crítico em relação aos *próprios* proferimentos e ações. Esse dever de não cometer ilícitos *apesar* de rejeitar a norma é legítimo *se* a pessoa de direito tem o direito e a possibilidade de assumir o papel de cidadão e como tal fazer uso de suas capacidades deliberativas, de modo a posicionar-se publicamente contra a norma. À pessoa de direito não se nega o direito de rejeitar obedecer a normas vinculantes. Nega-se apenas que ela exerça tal direito ao agir no papel de pessoa de direito, situação na qual tem o dever de obedecer à norma. Nessa situação ela não pode alegar rejeição à norma. Ela só pode fazer valer seu direito de rejeitar a norma no papel de cidadão, quando não se encontra na situação na qual está obrigada a obedecer à norma.¹² Por isso, pode o direito prever, para o caso de violação da norma, ameaça de sanções para a pessoa de direito que tem o dever de não cometer ilícitos. Essas sanções deixam à pessoa de direito a liberdade de assumir a posição de rejeição à norma e introduzem uma desvantagem apenas para o caso em que a pessoa manifesta sua rejeição também por meio de sua ação. No entanto, elas não constroem a uma posição de aceitação para a obediência à norma positiva vinculante por parte da pessoa de direito, tampouco a uma obediência motivada desse modo (isto é, com base na aceitação). A pessoa de direito pode seguir a norma com uma atitude racional orientada por fins, pesando as vantagens e desvantagens que para ela decorreriam da violação da norma e decidir-se por não realizar seu plano de ação original, que incluía a violação da norma, em virtude de as desvantagens superarem as vantagens. O ladrão de bancos que desiste de seu plano porque há uma patrulha policial nas proximidades do banco obedece assim, ao mesmo tempo, à norma jurídica que proíbe roubos a bancos.

Diga-se de passagem que o dever de não cometer ilícitos, apesar da tomada de posição pela rejeição da norma, aplica-se apenas à pessoa deliberativa *no papel de pessoa de direito*. Seu direito *moral* de rejeitar a norma e como *pessoa moral* de violá-la permanece intacto (naturalmente com a consequência de que a violação da norma lhe será então imputada como pessoa de direito).¹³ O dever de não deixar o posicionamento pela rejeição à norma determinar o próprio comportamento não abarca, portanto, a pessoa moral.

IV.

A conexão interna entre o procedimento democrático de criação de normas e de obediência a elas consiste, portanto, que em ambos os aspectos se pressupõe o mesmo conceito de pessoa *deliberativa*. Tanto a validade legítima de normas quanto o dever de obediência a essas normas *dependem* de que a pessoa possa comportar-se de modo crítico em relação a proferimentos e ações (próprios e alheios). Por outro lado, os procedimentos democráticos da criação e da obediência a normas *diferenciam-se* pelo fato de que o conceito de pessoa deliberativa se estrutura no primeiro caso como *cidadão* e no segundo, como *pessoa de direito*. Desse modo, forma-se uma complexa relação de tensão entre cidadão e pessoa de direito. O Estado democrático de direito diferencia-se de todas as outras formas de legitimação do direito pelo fato de permitir a comunicação entre os conceitos de cidadão e pessoa de direito *no conceito de pessoa deliberativa*, sem eliminar a diferenciação entre esses dois papéis, transformando um no outro. Por um lado, a pessoa de direito não é assimilada ao cidadão, cuja principal virtude consistiria na sua atividade pelo bem comum e que, por isso, teria o dever moral, também como cidadão, de evitar o ilícito. Por outro lado, a pessoa de direito não é totalmente separada do cidadão, o que ocorreria caso o dever de obediência à norma fosse fundado na simples positividade do direito, independentemente de sua legitimidade. O Estado democrático de direito vive da *alternância geral e igual, regulada e institucionalizada*, entre os papéis de cidadão e de pessoa de direito, e não da sua confusão no papel do cidadão ativo e virtuoso ou de sua separação absoluta nos papéis do legislador excluído da obediência às normas (*princeps legibus solutus*) e do súdito passivo.

Por um lado, os procedimentos democráticos possibilitam o desenvolvimento da pessoa deliberativa nos procedimentos de formação da opinião e vontade públicas. A legitimidade das normas jurídicas depende de procedimentos institucionalizados juridicamente, nos quais cidadãos podem posicionar-se de modo crítico em relação a propostas de normas. Nos discursos públicos, propostas de normas são analisados argumentativamente pelos participantes com base em razões e contra-razões, apresentadas a favor ou contra a pretensão de validade das normas. Nessa medida, normas criadas em conformidade com os procedimentos contam com uma presunção provisória de legitimidade a seu favor. Também neste aspecto os procedimentos democráticos vêm ao encontro da pessoa deliberativa, já que vinculam as normas que deverão servir de fundamento para a ação da pessoa deliberativa, no seu papel de destinatária de normas, a um procedimento de análise argumentativa no qual a pessoa deliberativa pode tomar parte, no papel de cidadão. Contudo, a participação fática na formação da opinião e vontade públicas no papel de cidadão não implica nenhum dever para a pessoa deliberativa de, no futuro, no papel de destinatária da norma, respeitá-la por essa razão. Não se trata, portanto, de um modelo rousseauniano de “autolegislação”. Apenas o direito de participação em procedimentos democráticos e

sua institucionalização jurídica são fundamentos para o dever de não praticar ilícitos, isto é, a possibilidade jurídica e fática de aproveitar a chance e não o exercício ou o não-exercício fático do direito. A pessoa deliberativa, portanto, só é obrigada a tomar como fundamento para seu posicionamento crítico em relação a seus próprios proferimentos e ações as normas criadas em conformidade com o procedimento, normas válidas positivamente. Ela pode continuar a fazer valer sua posição de rejeição da norma no papel de cidadão em discursos públicos. O dever de obediência à norma deixa, portanto, *intocado* o exercício das capacidades deliberativas no papel de cidadão. Com o dever de obediência à norma, o cidadão não perde o direito de intervir publicamente em favor da revogação ou alteração da norma. Pelo contrário, o dever de obediência à norma funda-se justamente no direito – que permanece – e na possibilidade de fazer valer sua posição de rejeição perante toda norma positivamente válida, no âmbito de procedimentos democráticos, isto é, no direito e na possibilidade de exercer efetivamente o papel de cidadão. Enquanto tiver o direito e a possibilidade de assumir o papel de cidadão, é razoável que a pessoa de direito não deixe sua posição de rejeição à norma influenciar seu comportamento *enquanto pessoa de direito* e que não pratique ilícitos.

Por outro lado, o dever, fundado democraticamente, de respeitar as normas vem também ao encontro da pessoa deliberativa no papel de pessoa de direito. Em primeiro lugar, ele vincula o dever de respeitar a norma à capacidade da pessoa de direito de posicionar-se criticamente em relação a seus próprios proferimentos e ações. Assim como a pessoa deliberativa no papel de cidadão pode assumir publicamente uma posição contrária à norma, ela possui também como pessoa de direito a capacidade geral de posicionar-se criticamente em relação a seus próprios planos de ação. No caso de uma violação da norma, isso acarreta duas conseqüências para a imputação: em primeiro lugar a ação que violou a norma só pode ser imputada à pessoa de direito se ela possuía capacidade de posicionar-se criticamente em relação a proferimentos e ações próprios e alheios. É somente nesse caso que sua ação pode ser interpretada como tendo origem *exclusivamente* no uso dessa capacidade. Sua capacidade de posicionar-se criticamente em relação a ações e proferimentos próprios e alheios é o critério geral da *imputabilidade* da pessoa de direito. Em segundo lugar, só é possível reprovar criticamente a pessoa de direito a violação do dever de não cometer ilícitos, se ela tinha a capacidade de posicionar-se criticamente em relação a proferimentos e ações próprios e alheios e se tinha, além disso, a chance, do ponto de vista jurídico e institucional, de participar do procedimento democrático de alteração de normas de modo efetivo. Nesse caso é razoável que ela fizesse valer sua posição contrária à norma publicamente, por meio da mudança de papéis, assumindo o papel de cidadão, e, ao mesmo tempo, fosse capaz de, no papel de pessoa de direito, encarar seu próprio plano de ação de modo autocrítico, a partir da perspectiva da norma. Graças à sua capacidade de autodistanciamento crítico, ela estaria em condições de

respeitar a norma, ao menos externamente. Nessa confrontação *externa* de uma ação ilícita imputável, reside a *culpa* da pessoa deliberativa *enquanto pessoa de direito*.

Por confrontação “externa” eu entendo a imputação de uma ação ilícita à culpa individual de uma pessoa de direito a partir da perspectiva de *um terceiro*. A pessoa culpada não está juridicamente obrigada a confrontar faticamente *a si mesma* com a ação ilícita do modo como descrito acima. A capacidade de autocritica em relação às próprias ações que lhe é atribuída não deve desembocar na exigência de realizar retrospectivamente essa autocritica e reconhecer-se culpada. Assim como o cidadão não precisa faticamente utilizar-se de suas capacidades deliberativas no exercício de seus direitos políticos de participação, para a imputação legítima de culpa no sentido jurídico, a pessoa de direito não tem o dever de, faticamente, fazer uso de suas capacidades deliberativas em relação a uma ação que viola a norma. Imputação jurídica é sempre heteroimputação. É apenas na culpa moral que a pessoa moral tem o dever de aceitar o veredicto de culpa proferido por um terceiro, caso não seja capaz de contestá-lo com razões. Essa diferença decorre das diferentes características das razões, dos conceitos de pessoa e dos discursos no direito e na moral.

Havendo direito de participação dos procedimentos democráticos de legislação e possibilidade de fazer valer sua posição de rejeição em tais procedimentos, é exigível da pessoa de direito que respeite a norma em suas ações e evite o ilícito. Por meio do cumprimento desse dever, a pessoa de direito reconhece o outro como pessoa igual e livre, que, por sua vez, tem o dever de respeitar normas resultantes de um procedimento democrático marcado pela igualdade de direitos de participação. Se uma pessoa de direito rejeita uma norma positiva válida, produzida legitimamente no sentido descrito acima, ela precisa, não obstante, reconhecer a outra pessoa em seu papel de cidadão; e isso significa que ela precisa convencer essa pessoa publicamente de que a norma não deve ser respeitada porque não merece a aprovação geral. Ela precisa defender a rejeição da norma na competição pública pela obtenção da maioria. Se ela, no entanto, viola a norma com sua ação, então ela desconsidera a outra pessoa como cidadão livre e igual. Evidentemente, ela não está, por outro lado, obrigada, no caso de rejeição a uma norma, a convencer outros cidadãos sobre suas razões. Ela pode considerar a norma simplesmente um obstáculo à sua própria liberdade de ação e adaptar seu comportamento a essa circunstância, como a outros obstáculos intransponíveis. Quando, nesse caso, ela viola a norma mesmo assim, então ela desconsidera a outra pessoa tanto como cidadão igual quanto como pessoa de direito igual, que, por seu lado, deve poder confiar na validade fática da norma.

Entre parênteses, indique-se aqui mais uma vez que o dever de obediência à norma não depende exclusivamente das capacidades de posicionamento crítico atribuídas à pessoa deliberativa, mas também da institucionalização jurídica de procedimentos públicos de formação de opinião e de vontade na forma de procedimentos democráticos, por meio dos quais a pessoa de direito, obrigada a evitar o ilícito,

possa, na qualidade de cidadão, fazer valer de modo eficaz sua posição de rejeição em relação à norma. Sem tais procedimentos não há dever de obediência à norma, nem culpa no caso de violação da norma. Em resumo: culpa penal existe apenas no Estado democrático de direito! Comunidades integradas eticamente levantam, em vez disso, uma acusação de culpa “moral” e ultrapassam com isso a fronteira entre direito, ética e moral. Regimes autoritários, ao contrário, utilizam-se preferencialmente da acusação de culpa contra o “criminoso” (*Verbrecher*), mas com isso têm em vista simplesmente a prevenção contra o indivíduo perigoso.

V.

Com isso, introduz-se um conceito de pessoa que fundamenta tanto o conceito de cidadão como participante de procedimentos democráticos de legislação quanto o conceito de pessoa de direito como destinatário de normas postas democraticamente. É apenas com o pressuposto desse conceito de pessoa deliberativa que funciona a alternância regulada e institucionalizada entre o papel de cidadão e o papel de pessoa de direito obrigada a respeitar as normas. Em todo caso, essa concepção permitiu até agora a introdução de um critério geral de imputabilidade, a fundamentação do dever de obediência às normas e a explicação do conceito de dever de obediência às normas. A partir daqui abre-se finalmente também um caminho para chegar ao conceito jurídico (-penal) de culpa. No entanto, tal caminho não pode ser percorrido por meio da simples “derivação” do conceito de culpa do direito penal e de suas peculiaridades – formuladas de modo negativo como “razões de exculpação” (*Schuldausschließungsgründe*) e “razões de desculpa” (*Entschuldigungsgründe*)¹⁴ – a partir dos princípios fundamentados acima. Ao contrário, são os próprios cidadãos que percorrem esse caminho. Eles devem estabelecer, por meio da legislação democrática, sob quais condições uma pessoa se considera imputável e culpável. Naturalmente, para isso, os cidadãos não fazem outra coisa senão interpretar o conceito de pessoa deliberativa já pressuposto por eles próprios e que levam sempre em conta quando se apresentam como participantes de discursos públicos de formação democrática de opinião e vontade. Ao passo em que a competência performativa pressuposta nas deliberações sobre a legitimidade de normas jurídicas permanece, de algum modo, implícita, ela se torna explicitamente tema do discurso público na interpretação do conceito de pessoa de direito. Nesse caso trata-se de uma interpretação das capacidades deliberativas, *na medida em que* elas são relevantes para a pessoa de direito enquanto destinatária das normas. Portanto, os cidadãos interpretam a si mesmos em seu futuro papel de destinatários das normas. Eles decidem sobre o conceito de pessoa de direito, que constituirá a base da imputação futura de suas ações ilícitas; eles o interpretam e o estruturam de um modo historicamente variável. O conceito jurídico-penal de culpa surge de um círculo no qual os cidadãos se

reconhecem mutuamente como pessoas de direito deliberativas livres e iguais, ao mesmo tempo em que precisam decidir o modo pelo qual se reconhecem mutuamente como livres e iguais. Pode-se também descrever esse círculo dizendo que os cidadãos assumem, por meio do conceito de culpa, responsabilidade (*Verantwortung*) pelo modo como atribuem responsabilidade (*Verantwortung*) uns aos outros.

Por meio da interpretação e estruturação de seu futuro papel de destinatário de normas, os cidadãos estabelecem as condições em que é possível que lhes seja exigida a observância do dever de não praticar ilícitos. Essas condições vinculam o dever de obediência às normas à pessoa deliberativa em seu papel de pessoa de direito; elas são talhadas com base na capacidade de posicionamento crítico em relação aos próprios proferimentos e ações. Não é qualquer violação à norma, mas apenas aquelas que podem ser reconduzidas a uma pessoa de direito performativamente competente, isto é, a uma pessoa que possui a capacidade de posicionar-se de modo crítico, que fundamentam a imputação da violação de uma norma à culpa da pessoa de direito. Por meio das características específicas da imputabilidade, ou da determinação das condições para a exclusão da imputabilidade, os cidadãos confirmam que a obediência a uma norma jurídica deve depender da capacidade da pessoa de posicionar-se criticamente.¹⁵ A pessoa precisa ter a capacidade de posicionar-se em relação a seus planos de ação e de alterá-los com base em razões. Para o estabelecimento das condições de inimputabilidade, os cidadãos referem-se a fatos psíquicos; eles levam em conta, enquanto tais, os fatos psíquicos, empiricamente dados e metodologicamente detectados. No entanto, eles precisam, ao mesmo tempo, estabelecer e fixar a relevância desses fatos para o cumprimento, legitimamente esperado, do dever de evitar a prática de ilícitos. Para isso, precisam empregar um conceito de pessoa, com base no qual interpretam os fatos psíquicos. Se esse conceito de pessoa provém do círculo prático mencionado acima, então suas características são compatíveis com as capacidades deliberativas que os cidadãos já utilizam em seu papel de participantes em discursos públicos.

Ao mesmo tempo, eles estabelecem *como* a capacidade de posicionar-se de maneira crítica em relação às próprias ações e proferimentos é atribuída: o autor precisa ser informado sobre as normas, ele precisa estar em condições de alterar seus planos em razão de uma tomada de posição crítica informada e uma tal alteração de suas razões para agir não pode preponderar sobre outras razões boas e aceitáveis. De maneira mais detalhada: uma ação ilícita só pode ser imputada individualmente a um cidadão em seu papel de destinatário das normas quando estiver cumprido o requisito cognitivo do conhecimento da norma, isto é, quando ele estiver informado pela norma em sua tomada de posição em relação aos próprios planos de ação. É apenas desse modo que uma tomada de posição informada pela norma pode constituir uma razão (qualquer que seja) para abandonar a ação planejada. Finalmente, ele não pode encontrar-se em uma situação que faz com que seguir a posição crítica em relação

aos próprios planos de ação não seja razoável porque implicaria a renúncia a bens próprios da maior importância, ou a bens de pessoas próximas, ou a violação de outros deveres da mais alta importância. As “razões de exculpação” (*Schuldausschließungsgründe*) e “razões de desculpa” (*Entschuldigungsgründe*) determinam quais as circunstâncias em que uma pessoa não pode ser tratada como uma pessoa de direito culpada. A formulação negativa dessas condições expressa de modo especialmente claro a referida diferença entre os papéis de cidadão e de pessoa de direito.

Com o conceito de culpa, trata-se sempre também do modo como os cidadãos compreendem sua própria liberdade de posicionar-se criticamente em relação a proferimentos e ações próprios e alheios, da medida e do modo pelo qual eles se reconhecem tal liberdade reciprocamente. Em suma: com o conceito de culpa, trata-se da autocompreensão dos cidadãos enquanto pessoas de direito livres e iguais.

Naturalmente, evidencia-se aqui uma acentuada assimetria entre o cidadão e a pessoa de direito no papel de destinatário das normas. Enquanto a explicação jurídica do conceito de pessoa deliberativa e de sua imputabilidade interpretada com base na teoria do discurso é complexa e diferenciada no lado da pessoa de direito, ela permanece implícita no lado do cidadão. Isso advém talvez do fato de que nós ainda tendemos a compreender a responsabilidade (*Verantwortlichkeit*) do cidadão no sentido ético-coletivo de um “povo”, enquanto na responsabilidade (*Verantwortlichkeit*) penal já nos acostumamos há muito tempo com uma individualização de alto grau na imputação.

NOTAS

* N.A. Este artigo é uma versão aumentada e substancialmente modificada de uma seção do meu artigo *Der strafrechtliche Schuldbegriff als Gegenstand einer Politik der Erinnerung in der Demokratie*, in: Gary Smith e Avishai Margalit (Org.), *Amnestie oder die Politik der Erinnerung in der Demokratie*, Frankfurt am Main, 1997. Este texto é atualmente a melhor expressão do que aprendi de Ingeborg Maus, nas por vezes acaloradas e controversas discussões, ocorridas durante nosso trabalho conjunto no grupo de teoria do direito coordenado por Jürgen Habermas.

N.T.1 Publicação original: *Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson*. In: BRUNKHORST, Hauke NIESEN, Peter (Org.). *Das Recht der Republik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999. p. 83-104)

N.T.2 O termo *Rechtsperson* será traduzido por “pessoa de direito”. Embora, em linguagem jurídica, o simples termo “pessoa” (sem qualquer qualificação) já indique o sujeito de direito, a opção de tradução feita tem a vantagem de deixar claro tratar-se do sentido jurídico do termo, em um texto no qual “pessoa” é palavra usada em outros sentidos (o de pessoa deliberativa, principalmente).

1 Cf. a esse respeito Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main, 1981, p. 117 e 213; idem, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, 1992, v. 2, p. 36.

- 2 Rainer Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main, 1994.
- 3 “dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind”. Kant, *Metaphysik der Sitten*, rechtslehre, *Werke* (ed. Weischedel), Darmstadt, 1975, v. 4, p. 328.
- 4 John Locke, *Über den menschlichen Verstand*, tradução alemã da 3. ed., Hamburg, 1976, p. 435 e s. (2.º livro, cap. 27, § 22).
- 5 Cf. a respeito, indicativamente, Klaus Günther, Vom Zeitkern des Rechts, *Rechtshistorisches Journal* 14 (1995), p. 13 ss.
- 6 Jean-Jacques Rousseau, *Vom Gesellschaftsvertrag*, Stuttgart, 1977, p. 18.
- 7 Naturalmente, as características da pessoa deliberativa precisam, por sua vez, ser fundamentadas. Seria necessário, entre outras coisas, demonstrar que – e por qual modo – o conceito de pessoa deliberativa se relaciona com a crítica a pretensões de validade. Cf. a esse respeito J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, cit., pp. 115 e ss.; Klaus Günther, Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis, *Cardozo Law Review*, p. 801 ss., 1996.
- 8 Isso implica que a pessoa assim tratada seja considerada responsável (*zuständig*) por seus próprios proferimentos e ações e, neste sentido, seja considerada “livre”. Cf. sobre isso: G. Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. ed., Berlin, 1993; idem, *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993.
- 9 Metodologicamente, trata-se de um procedimento de “bootstrapping”. Para ilustração desse procedimento, por meio do exemplo da ampliação progressiva do conceito de pessoa na interpretação do direito à igualdade, Joshua Cohen, Moral pluralism and political consensus, in: D. Copp, J. Hampton, J. E. Roemer (Org.), *The idea of democracy*, Cambridge UK, 1993, p. 270 e ss. (p. 278).
- 10 Eu utilizo o conceito de pessoa de direito em um sentido amplo e indefinido, sem distinguir entre capacidade de direito e capacidade negocial. A única limitação consiste em que o conceito de pessoa de direito aqui empregado é adequado para a pessoa natural, a única à qual se podem razoavelmente atribuir capacidades deliberativas. Isso não implica, porém, nenhuma redução naturalística do conceito de pessoa de direito. Ademais, com isso não se exclui o fato de que cidadãos constroem pessoas jurídicas, às quais também se pode atribuir responsabilidade jurídica.
- 11 Acerca desses diversos conceitos de pessoa, ver Rainer Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main, 1994.
- 12 É nesse sentido que compreendo a crítica de Kant a Beccaria (*Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, loc. cit., p. 457, A 202, 203), ao afirmar que o autor do ilícito penal (*Straftäter*) “enquanto tal” não pode ser simultaneamente co-legislador da lei penal. Isso deve, em minha opinião, ser entendido no sentido de que o autor, cujo ato é julgado em função de uma norma, não pode, nessa situação, simultaneamente exercendo o papel de co-legislador, decidir se a norma vale ou se deveria ser modificada. Caso contrário, ele seria juiz e legislador em causa própria e poderia, nessa situação, exigir uma exceção em seu favor. Kant encobre esse argumento de razão prática, variante do ponto de vista da imparcialidade, com a fórmula patética segundo a qual o legislador é “sagrado” [e seria – continuando o argumento – profanado pela atuação conjunta com o criminoso (*Verbrecher*)].
- 13 Não posso tratar aqui do caso específico da desobediência civil.
- 14 (N.T.) A tradução é apenas aproximada, pois os termos *Schuldausschließungsgründe* e *Entschuldigungsgründe* não têm equivalente exato na dogmática penal brasileira. De acordo com C. Roxin (*Strafrecht – Allgemeiner Teil*, a. ed., München, C. H. Beck, 1997, v. 1, p. 748), trata-se de distinção feita por parte da doutrina alemã, que considera *Schuldausschließungsgründe* hipóteses de ausência total de culpa, porque o autor do ilícito não tinha possibilidade de agir de outro modo. Consideram-se casos de *Schuldausschließungsgründe*, entre outros, a “incapacidade” (*Schuldunfähigkeit*, §§ 19, 20 StGB e § 3 JGG) e o “erro de proibição inevitável” (*unvermeidbarer Verbotsirrtum*, § 17 StGB). *Entschuldigungsgründe*, por sua vez, são situações nas quais resta uma culpa reduzida. As principais hipóteses de *Entschuldigungsgründe* são o “excesso de legítima defesa em razão de confusão, medo ou susto” (*Notwehrerzeß*, § 33 StGB) e o “estado de necessidade exculpador” (*entschuldigender Notstand*, § 35 StGB).

15 Eu sigo aqui um argumento para o esclarecimento da função e do significado de “razões de desculpa” (*Entschuldigungsgründe*) e de “razões de exculpação” (*Schuldausschließungsgründe*) formulado (naturalmente, de outra maneira) por H. L. A. Hart: H. L. A. Hart, Legal Responsibility and excuses, in: idem, *Punishment and responsibility*, 2. ed., Oxford, 1988, p. 28 e ss. (p. 46 e ss.). Ver sobre esse argumento também, baseado em H. L. A. Hart, Björn Burkhardt, Das Zweckmoment im Schuldbegriff, *Goltammer's Archiv für Strafrecht*

Klaus Günther

PROFESSOR DE DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL
DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS E FILOSOFIA DO DIREITO
DA UNIVERSIDADE JOHANN-WOLFGANG GOETHE