

O FILÓSOFO COMO VERDADEIRO PROFESSOR DE DIREITO (1990) ©SUHRKAMP

Jürgen Habermas

THE PHILOSOPHER AS THE REAL LAW TEACHER

TRADUÇÃO Rúrion Soares Melo *

RESUMO

NESTE ARTIGO, HABERMAS DISCUTE AS REFLEXÕES DE WIETHÖLTER SOBRE A NECESSIDADE DE UMA REVISÃO PROFUNDA DOS CONCEITOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO, ASSIM COMO DOS PARADIGMAS DO DIREITO, UMA VEZ DIAGNOSTICADA SUA CRISE EM RELAÇÃO AO PROBLEMA DA INDETERMINAÇÃO DO DIREITO E DA RACIONALIDADE DA JURISPRUDÊNCIA.

PALAVRAS-CHAVE

INDETERMINAÇÃO DO DIREITO – CRISE DO DIREITO – PARADIGMAS DO DIREITO – RACIONALIDADE DA JURISPRUDÊNCIA

ABSTRACT

IN THIS ARTICLE, HABERMAS DISCUSSES WIETHÖLTER'S REFLEXIONS ON THE NECESSITY OF A DEEP REVISION OF THE FUNDAMENTAL CONCEPTS OF LAW AS WELL AS THE PARADIGMS OF LAW, ONCE DIAGNOSTICATED ITS CRISIS CONCERNED TO THE PROBLEM OF THE INDETERMINACY OF LAW AND THE RATIONALITY OF JURISPRUDENCE.

KEYWORDS

INDETERMINACY OF LAW – CRISIS OF LAW – PARADIGMS OF LAW – RATIONALITY OF JURISPRUDENCE

I

Quando o lendário curso radiofônico *Rechtswissenschaft (Ciência do direito)* foi publicado cerca de 20 anos depois, Wiethölter escreveu um prefácio peculiar que exprimiu uma distância que se tornou ainda maior em relação ao texto, ao mesmo tempo também exprimiu a fidelidade para com as velhas esperanças de reforma: “Considerar a ordem política de uma sociedade econômica como constituição da cultura jurídica é e permanece sendo o núcleo tanto teórico quanto prático de um projeto da modernidade”.¹ Tal como num mote, os pensamentos reunidos em substantivos se aglomeram em corpos explosivos, que no instante seguinte estouram como irônicos fogos de artifício para projetar no céu noturno uma figura alegórica que necessita ser decifrada. Wiethölter pensa na domesticação política e na transformação democrática da sociedade capitalista pelo *medium* de um direito, cuja força civilizadora penetra e se instala nas formas de

vida culturais. O verdadeiro direito deve libertar para a cultura do conflito a sociedade antagonônica.

Wiethölter é um grande formulador, um artífice da palavra, um malabarista das citações, um pirotécnico e um parodista, que de certo modo prepara as palavras de uma forma estridente, para que possam com isso exercer um serviço esclarecedor. Assim como nas montagens de Alexander Kluge, a prosa saltitante de Wiethölter lança o leitor numa confusão. Cada frase embrulha os pensamentos num mote, cada uma mergulha em uma plenitude de conotações, cada uma destrói uma pré-compreensão, cada frase se coloca próxima do centro de uma esperança histórico-filosófica que se inscreveu profundamente no ano de 1929. Com um suspiro de colorido melancólico da primavera do ano de 1945, e que se manteve por toda a vida, Wiethölter permaneceu atado à sua geração:

[...] e sempre a esperança secreta nos planos ocultos da natureza e no uso público da razão, ou seja, naquela benéfica e insidiosa dialética da implementação, sob cujo encanto e sob cuja varinha mágica se seguem conseqüências do agir humano, que não eram ao mesmo tempo as conseqüências das intenções do agir humano.²

A partir da experiência biográfica do novo começo elucidam-se também a mentalidade e o pathos encoberto, que ainda emprestam sua clareza aos textos mais obscuros. Wiethölter não desiste; também quando se recolhe, ele não desiste. Em um discurso enérgico proferido em razão do sexagésimo aniversário de Ludwig von Friedeburg, encontra-se uma das mais raras confissões:

Hoje nós não temos nem que justificar nem que trair a crítica de então, mas continuá-la contemporaneamente; contemporaneamente significa: de forma mais diferenciada, mais complexa, mais sólida, portanto também mais cautelosa, e, num sentido totalmente literal, mais atenciosa e prudente – com vistas às oportunidades num longo prazo.

Wiethölter domina de forma tão magistral o discurso de aniversário, que eu não gostaria de me colocar em concorrência com ele fazendo um panegírico pelo seu sexagésimo aniversário. Em vez disso, eu relato as experiências de um leigo em direito com o jurista e verdadeiro professor de direito Wiethölter. Com essa expressão, Kant se referia ao filósofo que percebera na esfera pública o papel do intelectual; mas também como tal filósofo, Wiethölter permanece jurista.

Em geral, o não-jurista entre os filósofos não pode evitar uma experiência típica: as discussões do direito público, mais especificamente aquelas do Estado de direito que se passaram no campo de forças políticas da República de Weimar, ainda

podem ser conectadas à conceitualização filosófica mais grosseira; ao passo que a visibilidade diminui e a confusão aumenta, mais profundamente se penetra nas picuinhas (*Quisquilien*) do direito civil – e logo não se vê mais a floresta, devido às arvores que estão à sua frente. Ora, não posso me aproximar das considerações complexas de Wiethölter com esse esquema simplificador. É preciso escutá-lo ao menos uma vez durante três horas! Por um lado, ele se compraz com a necessidade de abstração do filósofo de um modo ainda mais impressionante do que os colegas do direito público: Wiethölter escancara perspectivas, oferece magníficos enfoques. Por outro lado, Wiethölter atormenta o pobre filósofo ainda com menos misericórdia do que o civilista mais obcecado pelo detalhe: Wiethölter, com seu grande calibre, o abandona sem ajuda nos exames de detalhes vulgares. Wiethölter separa ininterruptamente um caso do outro, buscando um efeito caleidoscópico – todas as estruturas decompõem-se em detalhes e contingências transitórios. Wiethölter surpreende no modo como não somente concilia contrários, mas também os contamina intencionalmente. A determinação por formar estruturas por meio da espessura histórica alterna-se com a dissolução casuística, permitindo imergir o universal no particular, o texto no contexto. Da construção experimental da história segue-se uma desconstrução que prestaria honras aos virtuosos do *Critical Legal Studies*. Mas diferentemente de Duncan Kennedy, que aliás tratou de compreender de forma notável o mundo de idéias de Wiethölter, a este pertencem ambas as coisas: a fúria desconstrutiva da consciência da crise e a procura por uma saída construtiva.

Wiethölter está profundamente convencido de que o compromisso do Estado social lançou o sistema jurídico das sociedades industriais desenvolvidas numa crise. Wiethölter partilha dessa consciência da crise com muitos colegas; mas, de acordo com sua interpretação, manifesta-se nisso mais do que somente a exigência do sistema jurídico. Os problemas não resolvidos da sociedade, dos quais uns disseram respeito mais ao mercado e outros mais ao Estado, devem resultar antes de um fracasso do sistema jurídico. Para Wiethölter, o direito não é um subsistema entre outros, mas um *medium* preferencial de integração da sociedade como um todo: “No essencial isso deve significar: o fracasso do mercado e da política como fracassos do direito”. Em razão dessa posição central, deve caber à transformação do sistema jurídico e àquela renovação da teoria do direito, que fornece a fagulha inicial para tanto, um significado eminentemente político.

Essas duas interpretações – sobre o estado crítico do sistema jurídico e sobre a crise do direito como causa da crise social – esclarecem a estratégia de Wiethölter: De um lado, ele tenta demonstrar sempre em casos particulares que a prática de decisão judicial torna-se imponderável, porque faltam “critérios, foros e procedimentos” que possam fundar um consenso; por outro lado, ele não extrai desse diagnóstico as conseqüências contextualistas habituais, mas se além à autocompreensão normativa do Estado democrático de direito com a finalidade de pôr em consonância com ela a

prática confusa. Mas as próprias interpretações fundamentais são plausíveis? Como podemos entender a tese de uma crise do direito (II), assim como a tese da posição socialmente central do direito (III)? Limitar-me-ei a alguns apontamentos e interpo- lações exegéticos.

II

Enquanto um dogmático formado, os juristas percebem o direito da perspectiva do juiz, e toda crise do direito eles interpretam como crise da jurisprudência. Sob esse aspecto, por sua vez, a indeterminação das decisões judiciais é o que mais os preocupa – ou seja, a circunstância de que o julgamento de um caso não seja suficientemen- te determinado por meio do direito vigente, pelos julgamentos anteriores (*Präjudizien*) e pelas leis vigentes, comentários e opiniões dominantes (também quan- do o julgamento pode ser previsto em razão de *outras* variáveis). Por isso interessam sobretudo as razões estruturais. A indeterminação interna da jurisprudência resulta em geral da lógica da aplicação de normas jurídicas e especialmente da imposição de políticas do Estado intervencionista formuladas pelo direito. A complexidade cres- cente de matérias que necessitam de regulação e a interdependência elevada das pró- prias regras colocam os tribunais diante do dilema de terem de aperfeiçoar o direi- to a partir de sua própria autoridade, apesar do vínculo constitucional das leis. Partindo dessa perspectiva, pode-se falar de uma crise do direito, se (a) se diagnos- ticar a indeterminação da jurisprudência, que (b) se apresenta como reflexo jurídi- co dos desenvolvimentos políticos e sociais irreversíveis, e (c) se exigir do juiz uma interpretação construtiva e desenvolvida juridicamente, sem que (d) para essa “pon- deração” coloquem-se à disposição critérios legitimados democraticamente e exami- nados intersubjetivamente (tais como procedimentos para formação do critério). Quem, como Wiethölter, persegue com receio a crise do direito da perspectiva do juiz, tem que se interessar, por essa razão, pelo tema do aperfeiçoamento do direito.

Em um semelhante trabalho, Wiethölter acabou radicalmente com a doutrina convencional da divisão dos poderes. A análise da jurisprudência mostrou que a prática de decisão judicial não pode ser concebida, tal como no manual, como uma ação orientada para o passado, a saber, como uma ação fixada no direito vigente, e nem pode ser diferenciada da legislação e da administração como um tipo de ação que se concentra no futuro e no presente. Por outro lado, a literatura que Wiethölter discute nesse ponto – estudos de F. Müller, D. Simon e R. Ogorek – conduz a um resultado sensato, que retira os elementos dramáticos do cenário da crise. De acordo com isso, desde o fim do século XVIII o trabalho de interpreta- ção do juiz e da dogmática jurídica *já sempre* se movimentou no interior de um espaço de avaliação relativamente grande; a práxis de decisão judicial já sempre constituiu um aperfeiçoamento construtivo do direito, totalmente independente

da compreensão política instável do direito, assim como de sua compreensão circunscrita à metodologia jurídica.

Em suma, couberam ao juiz todos os passos das tarefas do poder soberano: Ele identifica o caso, os compõe como um programa de regras, toma decisões e medidas administrativas e calcula as conseqüências políticas — e assim o faz completamente independente de se nos últimos 200 anos isso lhe foi explicitamente proibido ou se ele se animava constantemente ao agir assim.³

Em aparente concordância com essa tese, o próprio Wiethölter tira a seguinte conclusão da investigação histórico-jurídica de R. Ogorek, a saber, que o dilema de uma jurisprudência obrigada pela razão, que pode apenas administrar o direito como direito correto na medida em que o aperfeiçoa sem o respaldo do direito natural e da legitimação democrática, dificilmente poderia ter sido modificado a partir do início do século XIX.

Mas se não se deve reconhecer nenhum agravamento dramático daquele dilema, nem mesmo a tendência de uma pressão crescente do problema, o que ainda justifica o diagnóstico da crise ao qual Wiethölter se atém também no teor desse ensaio? O que justifica a queixa sobre os “critérios, foros e procedimentos” que faltam? Por que Wiethölter acredita ser necessária uma revisão profunda dos conceitos fundamentais do direito, para com isso resolver a crise? Por que, para a reconceitualização do direito, ele espera ajuda de fora — dos enfoques da teoria dos sistemas, da economia e da teoria da comunicação, também de teorias da sociedade rivais e que ultrapassam a perspectiva interna do sistema jurídico? Wiethölter se atém à intuição fora de moda de que o direito perde a sua pretensão de legitimidade se a pretensão de validade normativa do direito não puder mais ser desempenhada por uma jurisprudência racional que fecha as lacunas de indeterminação. Mas ele não localiza esse problema imediatamente no âmbito da metodologia e da dogmática jurídica, mas no âmbito de uma compreensão de fundo da teoria social que penetrou a profissão e que forneceu ao direito um significado preciso, e precisamente no espaço de um projeto dinâmico do Estado de direito que se tornou reflexivo: “ora, nosso interesse tem de se voltar para as orientações que influenciam a época”.⁴

Isso esclarece o interesse de Wiethölter nas “épocas” do direito formal burguês, do direito materializado do Estado social e do direito procedimental, que deve fazer parte de uma sociedade pós-industrial em surgimento. Ora, essa periodização, tal como entretanto a compreendemos, não é muito frutífera para o desenvolvimento efetivo do direito em sociedades do tipo da nossa. Contudo, Wiethölter também não utiliza as expressões direito formal, material e procedimental com fins históricos, mas como rótulos para o “modelo social do direito”. Em torno daqueles conceitos cristaliza-se assim uma outra compreensão de fundo daquilo que toma parte no processo

de realização do Estado democrático de direito como um projeto histórico – sobretudo o projeto dos especialistas em direito. Pois somente o contexto de um projeto como o de uma sociedade justa ou bem ordenada (Rawls) pode fechar as lacunas de indeterminação de uma interpretação do direito vigente ligada a casos determinados.

Klaus Günther esclareceu recentemente, do ponto de vista de uma lógica de argumentação jurídica, o papel das ideologias do direito, as quais oferecem um contexto de inserção para as normas jurídicas. Ele elaborou um modelo de coerência que lançou uma nova luz à compreensão de fundo paradigmática do direito em geral. A interpretação de uma norma aplicável a uma situação tem o objetivo de fundamentar o primado de uma norma que seria a única adequada, de tal modo que o ideal de um sistema de normas válidas não fosse violado.⁵ Aquela norma que parece “adequada” à luz de uma descrição a mais completa possível de todos os indícios relevantes de uma situação de aplicação não anula a validade das normas que concorrem entre si, cristalizando-se primeiramente para uma aplicação, mas que depois foram reavaliadas como inadequadas; a escolha da norma adequada apresenta-se antes como resultado da melhor teoria de *todas* as normas válidas – teoria essa considerada em cada caso. Pois a interpretação de um caso à luz da norma privilegiada aparece não⁶ como a realização mais favorável de um bem jurídico que concorre com outros bens jurídicos; ela significa antes a melhor utilização possível de um *sistema* de normas válidas sob a consideração de todas as circunstâncias.

Cada norma permanece dependente da complementação coerente efetuada por meio de todas as outras normas válidas. Certamente esse sistema encontra-se em constante movimento, podendo-se assim alterar as relações de primazia com cada nova situação que surge. Em regra, não é possível uma orientação segundo um ideal tão pretensioso como esse – e isso nem no caso da jurisprudência profissionalizada. Por essa razão, no lugar do ideal entram os paradigmas,

nos quais as normas, que nós consideramos válidas aqui e agora, (já) foram trazidas em uma ordem transitiva... Eles formam um contexto de fundo no qual são inseridos nossas avaliações de cada situação e os juízos morais *prima facie* correspondentes... Assim, sob as formas modernas de vida, cada um solucionou do seu modo a relação de hierarquia entre os princípios da liberdade e da igualdade, sem que se afirmasse com isso que os paradigmas correspondentes são inalteráveis e para cada caso de colisão se sugerisse sempre somente uma e a mesma solução.

Mas Günther logo continua:

Na medida em que eles desobrigaram os participantes de uma prática social determinada a se contentarem com uma porção de princípios não ordenados

e somente *prima facie* aplicáveis, [...] os paradigmas certamente também são uma fonte de prejuízos, avaliações distorcidas da situação e, correspondentemente, aplicações parciais ou unilaterais de normas válidas.⁷

Um exemplo disso é oferecido pelas ideologias jurídicas do Estado de bem-estar social com seus conceitos centrais de direito formal e material.

O diagnóstico da crise efetuado por Wiethölter deixa-se compreender então de tal modo que esses paradigmas, que se cristalizaram em torno dos direitos subjetivos do participante privado do mercado e das exigências por serviços a que têm direito os clientes da burocracia do Estado de bem-estar, se desintegrassem, *sem que se tivesse colocado em seus lugares uma nova ideologia jurídica*. Os modelos sociais, implícitos nos conceitos do direito formal e material, hoje não são mais passíveis de consenso; eles perderam sua força de integração. De acordo com esse diagnóstico, a jurisprudência tornou-se “indeterminada” porque falta o consenso de fundo que poderia atuar como paradigma de uma ordem justa. Oferece-se como alternativa uma autocompreensão funcionalista ou econômica do sistema jurídico que deflaciona todas as reflexões normativas. Contra isso, Wiethölter parte de que um sistema jurídico, que determinaria assim sua própria base normativa e se apresentaria como um sistema irracional de controle do comportamento, dificilmente é capaz de sobreviver. Por isso ele busca uma outra alternativa. Sob o rótulo de direito “procedimental” ele defende o tornar-se reflexivo (*Reflexivwerden*) de *todos* os paradigmas. Em todo caso, ele associa com esse conceito o modelo de uma sociedade que organiza a si mesma e que tem como premissa o pluralismo das orientações de valor e das convicções.

No lugar de formas de vida presas a ideais produtivistas, que surgiram do contrato entre pessoas privadas livres e iguais ou da distribuição igualitária das riquezas produzidas socialmente, entra o projeto de instituição em larga escala de procedimentos de processos racionais de formação coletiva da opinião e da vontade. No lugar de uma religião civil desta ou daquela proveniência entra a “cultura de conflito do direito”, no lugar de um contexto de inserção substancial, um direito que não projeta mais uma forma de vida concreta, mas determina somente os procedimentos de uma auto-organização da sociedade.

III

Wiethölter declina incansavelmente as formas gramaticais do direito. Ele distingue direito como categoria de forma e direito como categoria de conteúdo, direito como programa condicional e como programa final, como forma da liberdade subjetiva e como *medium* da política estatal, com a intenção de emprestar contornos visionários ao terceiro tipo que deve ser complementado na série de formas de

direito, à procedimentalização do direito. Com esse novo e abstrato contexto de inserção, a categoria do direito enquanto tal deve se modificar:

A procedimentalização visa não tanto às garantias sociais (como direito de liberdade), e nem também às outorgas (*Gewährungen*) (como administração política), mas às condições de possibilidade... de tais garantias e outorgas a partir da conjunção de interesses que podem ser integrados por meio das ordenações jurídicas que regulam o comportamento.⁸

Wiethölter antecipa a instituição de foros e procedimentos para uma formação discursiva da vontade (especificada segundo um âmbito objetivo e social) por meio de critérios de acordo com os quais um conjunto de princípios interpretados com conceitos jurídicos indeterminados – tais como o bem-estar das crianças, interesses de empresas, paz no serviço, paridade social, etc. – possam, em casos específicos, ser trazidos a uma ordem coerente. Ao mesmo tempo ele dramatiza essa recomendação com vistas a uma perspectiva de transformação da sociedade como um todo: “A procedimentalização é – em uma frase – a conexão renovada com a filosofia e história burguesas, com a intenção de reproduzir seus desenvolvimentos tanto idealistas como materialistas sob circunstâncias modificadas enquanto um projeto de aprendizado da sociedade”.⁹ Em tais pontos Wiethölter parece esquecer que primeiramente só se pode falar de uma compreensão de fundo procedimental que, após o fim de todas as ideologias jurídicas capazes de consenso, sirva para aperfeiçoar a racionalidade da jurisprudência. Wiethölter tem algo ainda maior em vista. Ele ainda não desistiu da idéia de um direito racional da sociedade burguesa como um “programa instituído e executado”; continua convencido de que o “direito (é) a estrutura decisiva da sociedade”.

Isso pode *aparecer* assim da perspectiva do sistema jurídico. Mas Wiethölter também sabe que sociedades modernas não se adaptam em geral a conceitos do direito racional e, com isso, aos conceitos jurídicos fundamentais. Já os filósofos morais escoceses e os fisiocratas franceses tomaram emprestado seu modelo de *outras* ciências. A sociedade não é mais compreendida a partir do direito, mas – de Marx até Luhmann – o direito é compreendido a partir da sociedade. Então, em qual sentido podemos falar de uma posição central do direito?

Wiethölter parece partir, com Savigny, de um conceito duplo de direito: do direito como um âmbito funcionalmente especializado e do direito como um elemento no qual se reproduz o todo da sociedade. Em todo caso, ele cita Savigny:

Pois quando a cultura aumenta divide-se cada vez mais todas as atividades do povo, e o que antes se exercia em comum, diz respeito agora a estamentos individuais. Como um tal estamento separado aparecem agora também os

juristas... A existência do direito é a partir de agora mais artificial e desenvolvida, na medida em que ele tem uma vida dupla, de um lado como parte da vida total de um povo – o que o direito não deixa de ser –, por outro lado como ciência particular nas mãos dos juristas. A partir da cooperação desse princípio vital duplo esclarecem-se todos os fenômenos tardios, e agora é compreensível como também aquele detalhe monstruoso pôde surgir de um modo orgânico, sem arbítrio e intenção. Para encurtarmos, chamamos artificialmente a conexão do direito com a vida comum do povo de elemento *político*, mas a vida científica especializada do direito como o *elemento técnico* do mesmo.

Também hoje essa distinção ainda possui seu sentido bom; o direito como sistema de todas as interações reguladas juridicamente é mais amplamente concebido como o sistema de todas as interações relacionadas *reflexivamente* com o direito, e nas quais se trata do próprio direito. Mas esse sistema jurídico em sentido estrito não se mantém apenas devido à aplicação profissional do direito, mas antes devido à produção e aperfeiçoamento assim como à implementação de normas ou programas jurídicos. A perspectiva interna desse sistema jurídico não pode ser unilateralmente recortada da perspectiva do juiz e do dogmático do direito. Se uma perspectiva – também metodicamente – deve ser perseguida, deve ser aquela do legislador democrático e não aquela do jurista, na qual Savigny havia visto o guardião nato do direito e de sua racionalidade. Certamente Wiethölter orienta seu olhar ao “elemento político” do direito – mas ele também privilegia inesperadamente seu “elemento técnico”, uma vez que se trata de saber como o sistema jurídico como um todo pode dispor da “procedimentalização”. Algumas formulações nos dão a impressão de que o verdadeiro professor de direito ainda representaria o papel do dogmático civilista de Savigny. O dogmático vestia o ornamento invisível do juiz (*Richterkönigs*) e se colocava tão alto que podia visualizar de cima o legislador como uma de suas fontes do direito. Era tudo então uma questão de perspicácia da jurisprudência, que tinha dotado a sociedade com o direito correto – uma vez instituído corretamente, ela já funcionaria. Pode-se hoje pôr em dúvida se o direito nesse sentido ainda é capaz de afirmar um papel central.

Em um outro sentido, talvez ele ainda permaneça exercendo um papel central – como guardador de lugar (*Statthalter*) da *pretensão* de que também nossos sistemas complexos, reguladores do dinheiro e do poder administrativo, não podem abrir mão completamente de uma integração social mediada pela consciência do todo da sociedade. Parsons falou de uma institucionalização jurídica do *medium* do dinheiro e do poder. Nesse sentido, não é totalmente inoportuna a representação do direito como o *medium* sobre o qual a integração sistêmica permanece ligada à integração social de formas de vida. O direito deve essa expectativa à circunstância de que ele

limita as interações simultaneamente desde fora e as justifica da perspectiva dos participantes; e se o direito se contenta com a legalidade das ações, ele também tem que sempre *poder* ser seguido por razões morais. Foi assim que Kant concebeu o direito à coerção. E constantemente a dimensão normativa de sua validade liga o direito em seu todo a um reconhecimento intersubjetivo isento de coerção por parte dos parceiros do direito. Ainda que reste ao direito pós-metafísico apenas uma aparência de normatividade, as formas de organização jurídicas refletem-se no brilho da promessa de uma auto-organização da sociedade – os participantes têm de poder considerar a organização jurídica de sua vida comum como se ela tivesse surgido de sua formação intersubjetiva racional da vontade.

Eu suspeito que Wiethölter superou esse vestígio de idealismo, que a ironia do cínico atrai para si, no conceito de “direito procedimental”. Para poder efetuar uma mudança, o projeto de uma sociedade radicalmente democrática, que está insidiosamente associada a esta expressão, não deve penetrar apenas na consciência dos especialistas em direito; ele deve se enraizar na compreensão de fundo das administrações e das corporações legislativas – e com isso remeter a uma irmanação (*Verschwisterung*) da formação da vontade constituída democraticamente com esferas públicas autônomas, que certamente têm que ser possibilitadas juridicamente, mas não podem ser constituídas num todo como corporações. O direito não pode produzir uma cultura política democrática, permanecendo dependente da boa vontade desta. É assim que compreendo o discurso paradoxal da ordem política de uma sociedade econômica como “constituição de uma cultura jurídica”.

Em Wiethölter as reflexões sobre teorias da democracia também giram em torno da questão de como pode ser institucionalizada “a imparcialidade de critérios sob os quais todas as particularidades recebem seu direito”. Ele se mostra cético perante o universalismo abstrato do esclarecimento e seus princípios que estão localizados “lá no alto por sobre as particularidades que nos determinam”. Mas Wiethölter também é cético diante de um contextualismo que vira as costas para o universalismo:

A teoria jurídica da esquerda decidiu na luta pelo direito não reclamar seus direitos em nome da racionalidade universal ou da imparcialidade reguladora, mas estabelecê-los numa particularidade radicalizada, na soberania (também jurídica) e na autonomia de grupos autodeterminados. Com isso, eles reclamam igualmente reconhecimento de uma minoria absoluta frente à maioria relativa, ou seja, expresso na terminologia jurídica clássica, concebe o *status* referente ao direito público antes como um *status* do direito civil.¹⁰

O próprio Wiethölter contrapõe o modelo do direito dos povos com o do direito privado internacional. Um caso que seja interpretado diferentemente a partir do

ponto de vista de contextos diferentes deve, não obstante, ser decidido segundo regras de colisão que são aceitáveis para ambos os lados.

Ora, algo semelhante vale para a formação política da vontade em sociedades pluralistas e altamente individualizadas, que estão tão fragmentadas que só pode haver maiorias de minorias subculturais. De modo algum essa situação obriga ao abandono do universalismo; no entanto, o esforço de contextualização cresce na medida em que a operação de universalização exige regras e princípios fundamentais cada vez mais abstratos. Com isso, a “teoria jurídica da esquerda” freqüentemente reage apenas com um reflexo de suas falhas antigas – e que também naquela época foram desnecessárias. Porque eles tinham permanecido presos a premissas coletivas falsas, agora confiam tudo ao reflexo do individualismo. U. Preuss utiliza uma teoria tornada reflexiva da escolha racional para descer os cidadãos do Estado orientados pelo bem comum de Rousseau das alturas de sua identificação nacional para o chão do auto-interesse burguês do indivíduo privado esclarecido. No percurso de volta que leva de Marx a Hobbes, Kant parece ter ficado no meio do caminho. Do cálculo de utilidade individual deve resultar, por meio de preferências de segunda ordem, a compatibilidade social (*Sozialverträglichkeit*) do interesse que é sempre meu:

A satisfação do meu interesse individual depende ou de uma ação coletiva – em cada esquina há um policial que observa o comportamento desdenhoso dos passantes e, caso seja necessário, o sancione – ou de que os outros indivíduos satisfaçam seu comportamento individual, que, baseado na confiança do comportamento de seus concidadãos igualmente regulado pela lei, conduzem de fato à satisfação dos interesses.¹¹

Wiethölter não reagiu de forma tão clara contra essa tentativa de uma “socialização da teoria econômica”: “Tudo o que disse o senhor Preuss, (...) ilumina extraordinariamente a cabeça, mas causa tanta tristeza ao coração”.

Ora, Wiethölter não deveria ter ficado tão triste por esse motivo. Na sua própria contribuição à discussão ele já expôs uma dúvida saudável à dúvida individualista. Preuss não pode fechar o abismo entre o cálculo de utilidade egocêntrico e o interesse comum lançando mão de preferências – pois também estas, quando se tornam reflexivas, *permanecem* subjetivas. Isso é realizado apenas pela “mão invisível” de Adam Smith (na qual Preuss não acredita mais) ou pela “lei universal” de Kant (uma legislação que certamente deve ser libertada da prisão da vida solitária da alma). O próprio Preuss diz isso: “Nós temos aqui então não o caso de uma satisfação de interesses coletiva, e também não uma individual, mas uma satisfação de interesses apoiada na reciprocidade e na confiança mútua entre os indivíduos”.¹² Ele postula que cada indivíduo (a) reflete para si qual seria o comportamento universal *igualmente bom para todos*, e (b) confia, com isso, que todos os outros vão empregar a

mesma reflexão e (c) vão agir de acordo com o seu resultado. Assim, de Hobbes volta a surgir Kant.

Talvez a partir daqui se devesse avançar de Marx até Mead e postular com Wiethölter “foros e procedimentos” que pudessem emprestar à assunção de uma perspectiva universal ainda relacionada ao *foro interno* (sem a qual também a teoria econômica do direito não se “socializaria”) a forma sólida de uma práxis intersubjetiva.

NOTAS

* Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer, publicado em J. Habermas, *Die nachholende Revolution*. Frankfurt/M, Suhrkamp, 1990.

1 R. Wiethölter, *Rechtswissenschaft*, Basel, 1986, p. 7.

2 R. Wiethölter, Bemerkungen aus der Recht- und Juristenwelt, *Die Zukunft der Aufklärung*, Frankfurt/M, 1989, p. 38 e ss.

3 D. Simon apud R. Wiethölter, Zum Fortbildungsrecht der richterlichen Rechtsfortbildung, *Kritik*, I e ss, p. 19, 1998.

4 Idem, *ibidem*, p. 24.

5 K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt/M, Suhrkamp, 1988.

6 Tal como R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, p. 71 e ss.

7 K. Günther, *Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation*, 1989, p. 22. Manuscrito.

8 R. Wiethölter, *Prozeduralisierung der Rechtskategorie*. 1986, p. 12. Manuscrito.

9 Idem, *ibidem*, p. 13.

10 Idem, p. 12.

11 U. Preuss, Perspektiven von Rechtsstaat und Demokratie, *Kritische Justiz*, I, p. 10, 1989.

12 Idem, *ibidem*.

Jürgen Habermas