

4. Democracia, judicialização da política e pós-positivismo: enfraquecimento das estruturas do mundo-da-vida

A tecnocracia jurídica só faz sentido se o seu significado tecnocrático for exposto como mecanismo que se opõe outro tipo de exercício do poder (*kratos*¹) que não tenha a via do domínio de uma técnica como critério (des)legitimador. Usualmente, a *tecnocracia*, ou o exercício (ou o domínio) do poder pelos detentores da técnica é oposto à *democracia*, ou o exercício (ou o domínio) do poder pelos detentores do *status* de povo (*demos*). Em tese, o único motivo pelo qual a democracia se assume um melhor regime de exercício do poder é algum consenso sócio-cultural que se criou em torno de sua correção como modelo e de seu valor como idéia. Historicamente muitos defenderam alguma forma direta ou indireta de tecnocracia, desde a República de Platão até, para o contexto brasileiro, os militares do pós-64.

A derrocada do Regime Militar no Brasil, sobre os escombros de uma crise político-econômica brutal, no entanto, somados ao horizonte moderno de compreensão do mundo que nós, imperfeitamente que seja, herdamos da Europa Ocidental (cf. O'DONELL, 2004) por meio de (parte da) nossa tradição intelectual, determinaram que, ao menos como idéia explícita, a democracia seria o fim a alcançar, como regime de governo e como modelo de estado, nos alvares da Nova República. Portanto, na qualidade de ameaça à democracia, a tecnocracia, especialmente nos moldes econômico-administrativos típicos – mas não exclusivos – do pós-64, estava vedada.

Este marco regulativo em que se convertia a democracia no final da década de 1980, no entanto, parece agora, olhando para trás, chocar-se com a nossa real tradição sócio-cultural, que nunca valorizou verdadeira e efetivamente a socialização dos sujeitos como cidadãos autônomos e atores ativos em uma esfera pública mais ou menos livre da pressão sistêmica do estado. No segundo capítulo deste trabalho, vimos como uma ruptura tecnocrática dominou o meado do séc. XX no mundo ocidental, primeiro como tecnocracia administrativa, depois como

¹ Cf. para uma interessante análise etno-etimológica deste termo grego no contexto da política daquela comunidade antiga, Ober, 2008

tecnocracia jurídica. Vimos também como, no Brasil, sem efetiva ruptura como uma qualquer tradição democrática – nunca nem em germe afirmada na esfera pública brasileira –, a tecnocracia administrativa logrou seu caminho através do estamento burocrático e dividiu sua influência colonizadora da esfera pública com a tecnocracia jurídica a partir da Constituição Federal de 05.10.1988, em princípio pensada, justamente, para (re)democratizar o país.

Vimos também como uma evolução teórica que vai do prudente romano ao pós-positivismo neoconstitucionalista, passando pelo cientista do direito positivista, tornou possível e plausível ao jurista ver-se como agente privilegiado desta nova fase tecnocrática centrada no direito e sua aplicação jurisdicional ao caso concreto. O jurista, munido agora da posição de salvador da democracia ameaçada pelo perigo positivista, (re)assume a função de condutor da política, valendo-se, para isso, do domínio que tem sobre a técnica de aplicação da constituição. Esta, por sua vez, simbolizada como muito mais que um documento jurídico-normativo concreto, hipostasia-se dos seus contextos históricos, políticos e sociais de formação e afirmação para tornar-se um *totem*, lançado sob a guarda zelosa do pai da comunidade, a justiça constitucional. Por fim, no final do terceiro capítulo, vimos como duas das mais populares versões do pós-positivismo neoconstitucionalista operacionalizaram este arcabouço conceitual para, também no Brasil, longe do fantasma do nazi-fascismo, implantar, algo artificialmente, a mesma necessidade de proteção *superegórica* da jurisdição – diante da decadências dos poderes políticos eleitos.

Todo este desenvolvimento foi assumido como tecnocrático – logo *antidemocrático* – e colonizador da esfera pública do mundo-da-vida até agora, sem maiores explicações. Assentado o fenômeno nas bases acima, é agora o momento de aprofundar o mecanismo social pelo qual a tecnocracia (jurídica) impede – ou ajuda a impedir – a formação de uma democracia estável e digna do nome no Brasil. É necessário, também, afirmar, se bem que em esboço às vezes implícito, uma teoria dos requisitos, em termos de estrutura social, democracia como modelo teórico-normativo contra a qual esta tecnocracia possa ser contrastada. Por fim, é necessário apontar em que pontos tal tecnocracia age neste sentido.

Portanto, no que segue, um excurso sobre o vital conceito de *mundo-da-vida* (*Lebenswelt*) fundamentará esta base teórica essencial para a tese deste trabalho (4.1). Em seguida, os modos pelos quais este mundo-da-vida tem seu funcionamento turbado serão estudados (4.2). A maneira pela qual o direito, de meio de emancipação do mundo-da-vida é transformado em um seu algoz é o tema do item seguinte (4.3). Por fim, uma síntese aproximará este quadro conceitual da realidade da judicialização da política, na qualidade de via maior da usurpação do direito pela técnica (4.4)

4.1. Excurso sobre o conceito de mundo-da-vida

Até agora, em vários momentos, dissemos que a apropriação do direito por uma tecnocracia retirava-o dos contextos da esfera pública – e privada – do mundo-da-vida e o submetia apenas à reprodução material do sistema estatal, que o inseria na lógica não-comunicativa do *poder* ao qual, no fim, se assimila nas decisões jurisdicionais. Para isso, como veremos, pouco importa a carga de fundamentação teórica, moral ou ética da aplicação jurisdicional da constituição, dado que a sua dinâmica vem retirada da lógica reprodutiva simbólica do mundo-da-vida. Este tipo de asserção, no entanto, precisa de esclarecimento, especialmente no que toca ao conceito de mundo-da-vida aqui utilizado e, por conseqüência, no de suas relações com a lógica de integração sistêmica da sociedade, que se dá nos subsistemas do estado e do mercado.

O sintagma – e o conceito nele implicado – de mundo-da-vida (*Lebenswelt*) cunhou-se na teoria de Husserl. Ali, o mundo-da-vida se conectava com a tarefa primordial da fenomenologia de alcançar uma fundamentação absoluta para o *eu*, base de toda a percepção e criação dos objetos, e, portanto, base de toda cogitação científica que se pretende rigorosa. O método de alcance do *eu* e, a partir dele, dos objetos – a redução transcendental (cf. COSTA, 1996, p. 24 *et seq.*) – imbricava-se com necessidade de uma apropriação do conceito cartesiano de *dúvida* sobre a validade dos objetos, que só poderiam ser justificados em sua existência, a partir do *eu* que os conhece, pelo rigorismo do método de investigação (cf. GADAMER, 1977e; MORENTE, 1980, p. 56-57 e *passim*). Este método de dúvida sobre o

mundo, em Husserl, implicava a necessidade metódica de suspensão da validade do conhecimento imediato e informal dos objetos do mundo, para que o rigorismo da investigação passasse e focar-se na intencionalidade do *eu* que tem e produz este conhecimento.

Numa virada intelectual mais ou menos admitida, Husserl reconhece este mundo já presente na vida dos sujeitos como mundo-da-vida, uma espécie de horizonte da intencionalidade do sujeito. Este mundo-da-vida pressuporia uma dupla posição do *eu*: de um lado, como produtor de toda a consciência da existência objetiva, o ser, a consciência absoluta, descoberta pela redução transcendental, ligaria a tomada de consciência do mundo-da-vida à sua própria existência fenomenológica; de outro lado, como sujeito que existe, ele estaria inserido já no mundo-da-vida – em algum mundo-da-vida. Neste plano, o mundo-da-vida se apresentaria como o horizonte cotidiano da existência do *eu* que permaneceria operante e ligado à sua consciência – à sua intencionalidade, o maior sinal desta consciência – mas não seria jamais objeto desta consciência enquanto tal (cf. GADAMER, 1977e).

A inspiração remota nos *a prioribus* kantianos – retirados, em todo caso, em Husserl, da conotação metafísica (cf. IBIDEM, p. 192-93 e *passim*) – possivelmente reuniu, no conceito de mundo-da-vida, a fenomenologia husserliana e a teoria social de Habermas. A apropriação neste do conceito, no entanto, é só superficialmente remetida à Husserl, e, de todo modo, desde logo conectada à teoria social de Durkheim, à pragmática lingüística do segundo Wittgenstein e à pragmática formal do próprio Habermas:

“Introduzi previamente o conceito de mundo-da-vida algo casualmente e apenas na forma de uma perspectiva de pesquisa reconstrutiva. É um conceito complementar ao de ação comunicativa. Como no mundo-da-vida da análise fenomenológica do último [*late*] Husserl, ou da análise das formas de vida do último Wittgenstein [...], a análise formal-pragmática busca as estruturas que, em contraste com as formas históricas dos mundos-da-vida e formas de vida particulares, são utilizadas [*put forward*] como invariantes. Com este primeiro passo, estamos barganhando [*taking into the bargain*] uma separação entre forma e conteúdo. Desde que mantenhemos uma perspectiva de pesquisa formal-pragmática, podemos colocar [*take up*] as questões que foram previamente tratadas pela estrutura da filosofia transcendental [...].” (HABERMAS, 1987, p. 119)

Habermas procura, portanto, assimilando o conceito de mundo-da-vida a uma pragmática formal, colocar o uso da linguagem no contexto necessário de um estoque de interpretações válidas e previamente aceitas sobre os três mundos ou domínios formais – objetivo, social e subjetivo – acessados pelas pretensões de validade inseridas nos atos de fala dos participantes em qualquer contexto comunicativo (primariamente) dirigido à busca do entendimento (cf. IBIDEM, p. 120 *et seq.*). A idéia principal, deste modo, é assimilar o mundo-da-vida fenomenológico aos contextos das formas de vida de Wittgenstein – ou aos horizontes tradicionais de Gadamer – nos quais a linguagem surge como forma privilegiada de interação social, reprodução cultural e socialização de indivíduos. Por esta via, o conceito solipsista da fenomenologia é assimilado por um quadro teórico que se foca na intersubjetividade e, de certa maneira, abandona a perspectiva do *eu* transcendental em prol da perspectiva do *nós* atual (cf. IBIDEM, p. 128-30).

A apropriação lingüística e intersubjetiva do mundo-da-vida como horizonte da ação comunicativa – algo que, em certo sentido, o próprio Gadamer (1977e) tentou fazer para sua hermenêutica filosófica – permitiu a Habermas um instrumento teórico ideal para coligar imediatamente três pontos principais de seu desiderato teórico consolidado em *Theorie des Kommunikativen Handelns* (“Teoria do Agir Comunicativo”): a teoria da ação, a teoria da racionalidade e a teoria da ordenação social (cf. HONNETH e JOAS, 1991, p. 2).

O mundo-da-vida a partir desta virada comunicativa-intersubjetiva passa a representar, com efeito, simultaneamente: um *estoque interpretativo* sempre pronto ao recurso dos atos de fala nas interações do dia-a-dia; uma *fonte de conteúdos* previamente aceitos e acordados como verdadeiros, corretos, ou autênticos, e, portanto, racionalmente solidificados em um consenso de fundo (*background consensus*); e, por fim, um dos dois *níveis da organização social*, metodologicamente primacial, onde tem lugar, justamente, a ação comunicativa e os contextos simbólicos de integração social através deste primário tipo de ação humana.

Este tipo de unidade teórica que o conceito de mundo-da-vida proporciona serve, de outro lado, a demonstrar a sua importância para a análise social a partir da perspectiva da teoria do agir comunicativo. No entanto, para o que aqui nos interessa, é importante notar, de trás para frente, três implicações conceituais da assunção do mundo-da-vida como referencial teórico para a análise do impacto da tecnocracia jurídica:

(a) Em primeiro lugar, aceitar o mundo-da-vida como tal implica assumir um conceito de ordenação social bifronte, embora assimétrico. A existência de um mundo-da-vida no estágio contemporâneo de diferenciação social traz consigo a existência de sistemas sociais. O primeiro traz consigo a coordenação social através da ação comunicativa; o segundo, a coordenação funcional através de imperativos sistêmicos retirados da dinâmica lingüística das interações do dia-a-dia.

Em verdade, da adoção do conceito de mundo-da-vida não resulta, necessariamente, a adoção da explicação funcional de interação sistêmica nos subsistemas do estado e do mercado. A autonomização destes subsistemas a partir da sociedade, *no* mundo-da-vida, deriva de um diagnóstico empírico, que leva em consideração – reconstruindo em grande parte o funcionalismo de Talcott Parsons (cf. HABERMAS, 1987, p. 199 *et seq.*) – o fato de que as interações sociais dirigidas a finalidades (ações instrumentais), com a modernização do estado e o advento do capitalismo, perdiam a sua referência simbólica na comunicação e ganhavam autonomia metódica com a criação de códigos autônomos – poder, no caso de estado, e dinheiro no caso do mercado.

Do ponto-de-vista filogenético², a assunção primordial – calcada em Weber e em reconstruções antropológicas (cf. HABERMAS, 1984, p. 43 *et seq.* e 157 *et seq.*) – é que a ação instrumental, inicialmente vinculada na totalidade às

² Esta reconstrução filogenética da concepção dos sistemas a partir da diferenciação estrutural do mundo-da-vida é sem dúvida bastante teoricamente, o que a torna problemática, como o próprio Habermas (1991, p. 294, nota 90) reconhece. De qualquer maneira, como ele também diz, isso é irrelevante para a justeza e validade teórico-empírica da interpretação social segundo um modelo em dois níveis. A teoria social deve, nesta linha, sem abandonar a linha diacrônica, adotar o que em lingüística já desde Saussure (2000) se assume como a prioridade da descrição sincrônica.

dinâmicas de reprodução material *inseridas* no mundo-da-vida, complexificavam-se de tal modo que colocavam um fardo insuportável nas dinâmicas comunicativas ali disponíveis. O “desencantamento do mundo ocidental”, que, de resto, produziu uma desestruturação de consensos teologicamente fundados e uma diferenciação de esferas de validade discursivas, contribuiu para esta sobrecarga do mundo-da-vida. O alívio comunicativo veio, então, com a progressiva diferenciação material que retirava do total controle do mundo-da-vida as trocas mediadas pelo dinheiro e a coerção calcada no poder. A ascensão do estado absolutista sistematizou a lógica da burocracia e institucionalizou o poder como meio de coordenação sistêmica (relativamente) autônomo em relação à ação comunicativa ligada ao mundo-da-vida. A ascensão do modo de produção capitalista consolidou a dinâmica de trocas de mercadorias entre partes e institucionalizou o dinheiro como meio de coordenação (relativamente) autônomo em relação à ação comunicativa ligada ao mundo-da-vida.

Este legado da modernidade ocidental cristalizou-se no tipo de sociedade que temos hoje – e já há pelo menos dois ou três séculos – e traz importantes conseqüências metodológicas. A sociedade não poderá ser corretamente analisada senão por uma dupla perspectiva que combine o ponto-de-vista dos participantes nas interações comunicativas do mundo-da-vida como o ponto-de-vista do observador das dinâmicas dos subsistemas organizados em torno de meios de coordenação não-ligados à linguagem.

É preciso, em todo caso, notar, em primeiro lugar, a primordialidade metódica da perspectiva do mundo-da-vida (cf. HABERMAS, 1991, p. 252), onde, de resto, todas as teorias sociais têm de ser testadas sobre a base de um discurso acadêmico; e, em segundo lugar, o fato de que a *diferenciação* ontológica – não no sentido heideggeriano – entre mundo-da-vida e sistemas *não implica* uma *autonomia* ontológica. Os sistemas foram gerados *a partir* do mundo-da-vida, segundo dinâmicas históricas. Permanecem, bem por isso, *ancorados* no mundo-da-vida, especificamente na *sociedade* como seu elemento e, destarte, *interagem* com ele, nas duas vias possíveis.

(b) A prioridade metódica conferida ao mundo-da-vida implica que a perspectiva dos participantes nas interações comunicativas do dia-a-dia seja tomada *antes* que se recorra à observação da dinâmica sistêmica estruturada em torno da integração funcional independente da intenção ou das concepções dos participantes. Isso tem por consequência, pois, a assunção de que em primeiro lugar, analítica, ontológica e filogeneticamente, vem a integração social a partir da ação comunicativa. Isso quer dizer, por sua vez, que a aceitação do mundo-da-vida como conceito-base implica a aceitação de uma coordenação social racional sobre a base de uma dinâmica comunicativa que, ao menos formalmente, possa ser reconstruída em termos universalistas. Embora pouco possa ser dito sobre a pragmática formal habermasiana aqui, é relevante esquematizá-la resumidamente.

O conceito de mundo-da-vida em Husserl, já que tomado do ponto-de-vista da subjetividade, era necessariamente relativista: haveria tantos mundos-da-vida quanto poderia haver subjetividades e somente do ponto-de-vista do *eu* se poderia reconhecer no(s) outro(s) o compartilhamento de um mesmo mundo-da-vida (cf. GADAMER, 1977e). Também o segundo Wittgenstein (1991, p. 18-19 [§ 23]) parecia assimilar o conceito de jogos de linguagem ao de formas de vida, de maneira que haveria formas de vida em relação a determinado estoque de jogos de linguagem compartilhados comunitariamente.

O mundo-da-vida habermasiano também é plural em substância, mas compartilha a mesma estrutura formal em qualquer lugar que se coloque no mesmo estágio de diferenciação estrutural e aprendizado moral. Tomando como base o mundo moderno ocidental, onde tal evolução social apresenta-se no ápice – mas não no termo –, a interação comunicativa obedece, reconstrutiva e universalmente, a um esquema formal válido, em qualquer caso, para toda troca discursiva voltada para o entendimento³. Não há lugar aqui para abordar em

³ Deve ser enfatizado, conforme referido insistentemente em várias partes deste trabalho, que a dinâmica filogenética da sociedade brasileira *não* se amolda perfeitamente ao modelo ocidental de corte europeu e norte-americano no qual Habermas se focou. Entretanto, para efeitos de assunção de uma diferenciação entre mundo-da-vida e sistemas sociais, bem como para a assunção de um estágio pós-convencional de moralidade, o esquema habermasiano parece sumamente adequado, mesmo diante das particularidades “caóticas” (cf. CARDOSO, 1992) da história brasileira. Dentre as principais particularidades, do ponto-de-vista desta teoria, constariam a pouca autonomia do subsistema econômico em relação ao estatal e o domínio sempre presente deste em relação ao mundo-da-vida, que, bem por isso, teve por aqui uma evolução fragmentada;

detalhe a fascinante fundamentação teórico-evolutiva para pragmática formal habermasiana. Por ora, basta dizer que se baseia em uma reconstrução pragmática e intersubjetiva de pressupostos necessariamente tomados em conta por qualquer pessoa⁴ que entre em uma interação comunicativa voltada, mesmo que só aparentemente, ao entendimento (cf. HABERMAS, 1984, p. 273 *et seq.*).

Ela utiliza intersubjetivamente a teoria dos atos de fala de Austin – algo misturada com a gramática funcional da Escola de Praga (Jakobson) –, retirando-a da assimilação solipsista à semântica formal e à semântica intencionalista de Searle e Grice, a que foi submetida (cf. IBIDEM, p. 274-79; MARCONDES, 2001, p. 26 *et seq.*). A idéia é que em qualquer manifestação discursiva voltada ao entendimento, qualquer pessoa participa de um jogo de dar e receber argumentos que se apresentam como *atos de fala* e se conectam com os três mundos formais de referência pragmática: mundo objetivo, mundo social ou mundo subjetivo. Para cada um destes mundos, uma determinada pretensão de validade é levantada pelo ato de fala em questão, que, por ser um *ato*, procura obter a aceitação do interlocutor ou para a *verdade* do que está sendo dito sobre o mundo objetivo, ou para a *correção* da norma que se relaciona ao dever-ser da conduta no mundo social, ou para a *autenticidade* (ou *sinceridade*) do que está sendo expressado acerca do mundo subjetivo ao qual tem acesso privilegiado o locutor.

A assunção dos mundos formais aos quais fazem referência os atos de fala não são arbitrariamente escolhidos, mas advém de uma reconstrução histórica derivada da sociologia da religião de Max Weber, principalmente (cf. HABERMAS, 1984, p. 143 *et seq.*). Após o “desencantamento do mundo”, as

fragmentação que a tecnocracia jurídica só faz consolidar em outra frente, como veremos. Outra particularidade digna de nota é a diferença evolutiva entre as diversas regiões brasileiras – a desigualdade regional – que parece fazer conviver uma sociedade moderna cerca de sociedades pré-modernas por todos os lados. A questão é muito bem elucidada empiricamente no estudo de Almeida (2007, *passim*).

⁴ O modelo da pragmática transcendental de Apel é especialmente importante para a pragmática formal habermasiana. Habermas, especialmente, ao defender a necessidade universal da pragmática formal apela para o argumento de Apel da contradição performativa: mesmo que ceticamente afirma a insubsistência da argumentação voltada para o entendimento e da ética do discurso que regre tal argumentação acaba já utilizando os pressupostos ético-discursivos e pragmático-formais que nega, ao defender uma posição no debate. Ou seja: quem nega a pragmática formal e a ética discursiva faz uso delas para defender seus argumentos contra a sua própria existência. Daí o termo *contradição performativa*: alguém afirma algo que vai contra o que está fazendo. Cf. Habermas, 1996b. Também menciona o conceito de contradição performativa Vattimo, 2001, p. 30

esferas culturais de validade se libertam da fusão metafísica em torno dos dogmas religiosos e precisam ser retomadas formalmente como ponto de apoio e referência da atividade de reprodução simbólica no mundo-da-vida, o qual, antes, podia contar com a validade aceita dogmática e aprioristicamente pelas visões de mundo teologicamente orientadas e, por esta força prévia, compartilhadas. O mesmo vale para visões de mundo misticamente dominadas em várias tribos e sociedade comunitárias ainda hoje existentes, que fundem as pretensões de validade em atos místicos analiticamente indistintos quanto ao *ser* do mundo e ao *dever-ser* das normas⁵ (cf. IBIDEM, p. 43 *et seq.*; GEERTZ, 2000a).

No atual estágio de formalização e diferenciação cultural, o mundo-da-vida funciona como contexto comunicativo e como pano de fundo semântico-pragmático de garantia da comunicação. Quanto mais a dissolução das certezas dogmático-metafísicas se processa, menos o mundo-da-vida pode contar com estoques de pretensões de validade aceitas *a priori*. No entanto, sua missão formal de asseguramento das trocas comunicativas que garantem a reprodução simbólica da interação social em torno de atos de fala voltados ao entendimento permanece. Por isso, o mundo-da-vida divide-se em três elementos: a *cultura*, que estoca os conhecimentos válidos acerca do mundo produzidos pela evolução da tradição; a *sociedade*, que garante o mecanismo de interação intersubjetiva baseada na ação comunicativa; e a *personalidade*, que estrutura a inserção do sujeito na dinâmica da forma de vida em questão. A cada um destes elementos corresponde uma dinâmica formal própria de reprodução simbólica: reprodução cultural; integração social; socialização dos sujeitos, respectivamente (cf. HABERMAS, 1987, p. 142 e 119 *et seq.*).

É importante notar que, como em Husserl, esta estrutura de fundamentação comunicativa da sociedade, *como tal*, nunca se coloca sob a tematização da

⁵ Note-se que aqui não há contradição com a visão de que a ciência moderna operou uma cisão entre as esferas do *ser* e do *dever-ser*, apontada no início do cap. 3. A cisão da ciência positivista era ontológica e baseada na dualidade entre *juízo de realidade* e *juízo de valor*. A distinção pragmático-formal é meramente analítica e implica que há três pontos de referência (mundos formais) aos quais *todos* os atos de fala *sempre* se relacionam, embora as pretensões de validade que eles erigem possam ser *predominantemente* – como na teoria da comunicação de Jakobson (cf. HABERMAS, 1984, p. 277 *et seq.*; MOURA NEVES, 2001, p. 5-14.) – enfocados em uma das três pretensões de validade disponíveis.

dinâmica comunicativa da sociedade⁶. O destacamento de temas das diferenciações segmentais (elementos) do mundo-da-vida pode ser feito, em verdade, pelas estruturas comunicativas do dia-a-dia e tomam a forma da revisão do conhecimento tradicional, da discussão normativa, ou da revisão das dinâmicas de aprendizado subjetivas no contexto de determinados mundos-da-vida. O mundo-da-vida, em si, entretanto, permanece sempre como um consenso de fundo e não se confunde com os mundos pragmático-formais, nos quais, eventualmente, parte de seus estoques simbólicos pode ser tematizada. A modificação do mundo-da-vida se dá, pois, localizadamente, através da tematização seletiva e consciente de seus conteúdos e nunca generalizadamente sobre a sua estrutura como um todo.

(c) Por fim, a assunção de um mundo-da-vida segmental e estruturalmente diferenciado, ligado a uma pragmática formal do qual serve como estoque interpretativo e pondo de apoio cultura, social, e socializante, leva à consideração das dinâmicas de integração social *dentro do* mundo-da-vida e de suas relações com as dinâmicas de integração funcional que parcialmente se destacam da sociedade e não mais necessitam do mecanismo de interação através da linguagem. Os sistemas, que se dinamizam nos termos da lógica de materialização das conseqüências das ações humanas através dos mecanismos de controle (*Steuerungsmedien*) que independem das intenções ou da consciência dos implicados, permanecem *ancorados* no mundo-da-vida, contudo, pela via da sociedade, da qual parcialmente se autonomizam.

Assim, embora gozem de autonomia em relação às dinâmicas comunicativas do mundo-da-vida, os sistemas sociais integrados funcionalmente pelos mecanismos do dinheiro e do poder continuam a interagir e a se fundar nos seus contextos simbólico-comunicativos. Esta dinâmica é percebida, do ponto-de-vista do mundo-da-vida como inserção na esfera pública ou na esfera privada da dinâmica *objetificada* de trocas econômicas ou coerção próprias do (sub)sistema do mercado ou do do estado. Do ponto-de-vista dos sistemas, o mundo-da-vida é um *ambiente (Umwelt)* que, por não se reproduzir segundo a lógica própria dos

⁶ Neste sentido, o mundo-da-vida é, para a sociedade, algo como o pré-consciente na tópica psíquica freudiana: pode ser seletivamente trazido à consciência, mas, enquanto tal, permanece operando conteúdos de consciência não dominados por ela – uma inconsciência “descritiva”, mas não sistemática ou dinâmica. Cf. Freud, 1996b.

seus mecanismos funcionais, provoca uma *irritação* que precisa ser adaptada (cf. HABERMAS, 1991, p. 256 *et seq.*). Quando a lógica funcional prevalece sobre a lógica simbólico-comunicativa, os efeitos patológicos da inserção funcional no mundo-da-vida começam a ser percebidos, do ponto-de-vista do participante.

4.2.

As patologias do mundo-da-vida: desapontamento e colonização

Habermas procurou, como vimos, com a introdução do conceito de mundo-da-vida ligar entre si uma teoria da ação, uma teoria da racionalidade e uma teoria social. A ação comunicativa se dá nas estruturas do mundo-da-vida, aproveitando-se dos seus mecanismos de reprodução simbólica – cultural, societal e socializadora – para permitir a formação de uma dinâmica social calcada na racionalidade dos usos da comunicação lingüística voltada para o entendimento – *racionalidade comunicativa*. Ao mesmo tempo, no entanto, a racionalização do mundo-da-vida se dá pela sua diferenciação estrutural e pela dissolução de seus estoques de conteúdo místico característicos das “formas tradicionais de vida”, que não mais podem ser utilizados como asseguramento da integração social. O preço que se paga pela formalização de esferas de validade analiticamente separadas e pelo potencial racionalizador que tal formalização permite é a instabilidade da coesão social no mundo-da-vida junto da autonomização parcial dos sistemas segundo seus próprios mecanismos de integração e reprodução funcional:

À instabilidade *interna* do próprio mundo-da-vida se soma a possibilidade de inserção indevida das dinâmicas sistêmicas nos seus mecanismos de integração e reprodução comunicativa da sociedade.

“O paradoxo, no entanto, é que a racionalização do mundo-da-vida simultaneamente deu lugar tanto à reificação. sistemicamente induzida do mundo-da-vida, quanto à perspectiva utópica a partir da qual a modernização capitalista sempre apareceu com a mancha da dissolução das formas de vida tradicionais sem salvar a sua substância comunicativa. A modernização capitalista destrói estas formas de vida, mas não as transforma de tal maneira que a mistura [*intermeshing*] dos momentos cognitivo-instrumental, prático-moral e expressivo, a qual ocorria na prática do dia-a-dia antes desta racionalização, pudesse ser retida num maior nível de diferenciação. Contra este pano de fundo, imagens de formas tradicionais de vida [...] retiveram o charme melancólico de passados que não voltam mais

[*irretrievable*] e a irradiação de lembrança nostálgica do que fora sacrificado em favor da modernização.” (HABERMAS, 1987, p. 329)

As relações entre mundo-da-vida e sistemas sociais, que operam por lógicas diferentes de organização interna e precisam de atitudes diferentes de acesso – participante, observador –, precisam ocorrer no nível da sociedade, a partir do qual a diferenciação sistêmica primeiro ocorreu. Estas relações, no entanto, se dão, pela própria diferença nas respectivas lógicas integrativas e reprodutivas, de maneira conflituosa e por vezes impositiva, na forma de investidas e resistências.

“A racionalização do mundo-da-vida torna possível converter a integração social para os mecanismos de controle [*steering media*] independentes da linguagem e, então, extrair [*separate off*] domínios de ação formalmente organizados. Na qualidade de realidades objetificadas, estes últimos podem então voltar-se para [*work back upon*] os contextos da ação comunicativa e colocar seus próprios imperativos contra o mundo-da-vida marginalizado. [...]

[...]. O mundo-da-vida reage de uma maneira característica. Na sociedade burguesa [*bourgeois society, Bürgerlichesgesellschaft*], contra aquelas áreas de ação sistemicamente integradas na economia e no estado, áreas de ação socialmente integradas tomam a forma da esfera privada e da esfera pública, as quais se colocam em uma relação complementar uma com a outra. O núcleo institucional da esfera privada é o núcleo familiar, aliviado de funções produtivas e especializado nas tarefas de socialização; da perspectiva sistêmica da economia, ele é vista como o ambiente das *casas privadas* [*private households, Privaten Haushalte*]. O núcleo institucional da esfera pública inclui redes comunicativas amplificadas por um complexo cultural, uma imprensa e, posteriormente, mídia de massa; estes tornam possível para o público de pessoas privadas apreciadoras de arte participar na reprodução da cultura, e para o público de cidadãos do estado participar na integração social mediada pela opinião pública. Da perspectiva sistêmica do estado, as esferas públicas política e cultural são vistas como ambiente relevante para *gerar legitimação*.” (HABERMAS, 1987, p. 318-19, grifo do autor)

As relações entre mundo-da-vida e sistemas, portanto, se dão a partir, em primeiro lugar, do necessário ancoramento social da economia e do estado. A tentativa necessária de imposição das respectivas lógicas funcionais sobre a integração comunicativa da sociedade é percebida, do ponto-de-vista dos sistemas como adaptação sistêmica ao ambiente⁷; e, do ponto-de-vista do mundo-da-vida, como colonização funcional das esferas de ação comunicativa.

A *colonização do mundo-da-vida* pelos sistemas representa, então, uma apropriação da dinâmica de integração social pela via da ação comunicativa pela

⁷ Um mecanismo que ficou mais conhecido no Brasil pela teoria funcionalista de Niklas Luhmann, mais do que pela de Talcott Parsons, mais utilizada por Habermas. Sobre luhmann e o direito, cf. NEVES, 2001 e, criticamente, HABERMAS, 2001, p. 48-56.

dinâmica da integração sistêmica pela via de meios de controle independentes da linguagem. Marx [199?] já havia reconhecido esta dinâmica com o foco na economia através da sua análise do fetichismo do valor de troca, que teria como contra-face a reificação das relações sócias em torno de mercadorias e hierarquias sociais retiradas dos contextos da consciência dos sujeitos – objetificadas, em uma palavra. A expansão desta intuição marxista também para o mecanismo de colonização estatal pela via do poder não só ajuda a resolver o dilema marxista da relação entre estado e economia no modo de produção capitalista (cf. ELSTER, 1989; PRZEWORSKY, 1995), mas também ajuda a reler a reificação e a ideologia em termos de *patologias* do mundo-da-vida (cf. HABERMAS, 1987, p. 333 *et seq.*).

Para o que mais nos interessa aqui, a imposição da lógica sistêmica de coerção pelo poder sobre a esfera pública, sem que o cidadão possa assumir um papel ativo na formulação do conteúdo comunicativo deste poder e, desta forma, na legitimação de seu exercício criam as bases para que a eficácia geral – para usar um termo kelseniano – das imposições coercitivas seja gerada na própria reprodução burocrática do sistema estatal, sobre a qual o participante das trocas culturais e sociais do mundo-da-vida nada pode influir.

O enfraquecimento [*disempowering*] e a dissecação burocrática dos processos espontâneos de formação da opinião e da vontade expandem a oportunidade para engenhosamente obter [*engineering*] lealdade das massas e torna mais fácil dissociar a decisão política dos contextos da vida concretos e formadores de identidade. [...]

[...]. Devido à instrumentalização do mundo-da-vida por restrições sistêmicas, a prática comunicativa da vida cotidiana sofre com um ajuste forçado a orientações de ação cognitivo-instrumentais e tende a correspondentes formações de reação.” (HABERMAS, 1987, p. 325-26)

O mundo-da-vida, no entanto, reage a esta colonização por meio da imposição de sua lógica de integração social sobre a dinâmica sistêmica de reprodução através dos meios de controle. A imposição da coerção deslegitimada e a extração de lealdade de massas através de mecanismos behavioristas de clientelismo podem encontrar resistências nas demandas democráticas e – eventualmente – nas revoltas oriundas dos cidadãos que não aceitam, de sua perspectiva de participantes, a imposição vazia do poder. A afirmação desta colonização sistêmica sobre o mundo-da-vida, todavia, terá condição de se

estabelecer, se à colonização em si for adicionada uma outra patologia que enfraquece o mundo-da-vida *desde dentro*.

“Esta infra-estrutura comunicativa é ameaçada por duas tendências coligadas, que se reforçam mutuamente: *reificação sistemicamente induzida e empobrecimento cultural*.

O mundo-da-vida é assimilado a domínios de ação juridificados e formalmente organizados e simultaneamente retirados do influxo de uma tradição cultural intacta. Nas deformações da prática cotidiana, sintomas de rigidificação [*rigidification*] combinam-se com sintomas de desapontamento. Os primeiros, a racionalização unilateral da comunicação cotidiana, vêm desde a crescente autonomia dos subsistemas controlados por meios de controle, os quais não apenas se tornam objetificados em uma realidade livre de normatização além do horizonte do mundo-da-vida, mas cujos imperativos também penetram nos domínios nucleares do mundo-da-vida. Os segundos, a mortificação [*dying out*] de tradições vitais, vêm desde a diferenciação da ciência, moralidade e arte, o que implica não apenas uma crescente autonomia de setores com os quais lidam expertos, mas também um afastamento [*splitting-off*] das tradições; tendo perdido a sua credibilidade, estas tradições continuam na base da hermenêutica do dia-a-dia como uma espécie de segunda natureza que perdeu a sua força.” (IBIDEM, p. 327, grifos do autor)

Também o direito, ancorado nos contextos de legitimação do mundo-da-vida, mas ligado indissociavelmente dos subsistemas que ele ajuda a construir pode perder seu fundamento de legitimação na racionalidade comunicativa. Quando isto ocorre, e tendo em vista a particular condição do direito em ligar mundo-da-vida e sistemas, é o primeiro que perde o seu principal mecanismo de reação em face da imposição sistêmica do poder. E é justamente isto que, em última análise, a tecnocracia jurídica acaba por produzir.

4.3. O Direito como meio e o direito como linguagem: homogeneização patológica

Já desde as sistematizações da teoria do agir comunicativo – consolidadas na obra de dois volumes de mesmo nome (*Theorie des Kommunikativen Handelns*), publicada originalmente em 1981 – o direito assume um papel fundamental na teoria social habermasiana. Embora, à primeira vista, a parte mais importante desta teoria seja o conceito de ação comunicativa e o conseqüente conceito de racionalidade que daí deriva, estes dois conceitos servem, no final da obra para esquematizar uma teoria social abrangente que se propõe, com a

reconstrução histórica das evoluções sociais, um diagnóstico dos tempos inspirado no de Weber, mas não tão fatalista (cf. HONNETH e JOAS, 1991, p. 2; HABERMAS, 1987, p. 301 *et seq.*).

Como também visto, o conceito de mundo-da-vida, apropriado da tradição fenomenológica, recebido sob uma lente intersubjetiva e pragmático-formal serve a cimentar as duas pontas da macroteoria habermasiana: de um lado a racionalidade comunicativa, de outro a teoria da ordenação social. Para o diagnóstico da sociedade contemporânea, o conceito de mundo-da-vida vem junto do de sistemas sociais, que dele partem – através da racionalização e diferenciação estrutural – e nele se ancoram, mas que operam as relações na sociedade segundo uma lógica integrativa distinta, a qual, em última análise pode voltar-se contra a sua origem e nela será vista como *colonização*.

O direito, que até a maturação do conceito de mundo-da-vida e da diferenciação de sua reprodução material segundo a lógica funcional dos sistemas, seria visto apenas sob a ótica weberiana de uma formalização dos conteúdos ético-sociais a partir da generalização da razão dirigida a fins (*purposive rationality; Zweckrationalität*), passa então a generalizar-se como mecanismo de concatenação entre integração social e integração sistêmica. A releitura do diagnóstico dos tempos weberiano transpõe o mecanismo institucional do direito não só para a estruturação da burocracia estatal, mas também para a da economia. O direito, nas sociedades modernas maximamente diferenciadas não apenas assegura, via normatização tradicional ainda fundida materialmente no mundo-da-vida, as relações de troca de mercadorias e de exercício do poder de ditar regras: o direito passa, então, a institucionalizar, formalmente, estas atividades, incorporadas pelos subsistemas sociais e seus mecanismos de controle:

“Chamo ‘formalmente organizadas’ todas as relações sociais localizadas em subsistemas integrados por mecanismos de controle [*media-steered subsystems*], quando estas relações são *primeiramente geradas pelo direito positivo*. Elas também incluem relações de troca e poder constituídas pelo direito privado e público, mas indo além das fronteiras das organizações. Nas sociedades pré-modernas, o trabalho social e a dominação política eram ainda embasadas em instituições de primeira ordem que são *meramente cobertas e garantidas pelo direito*; nas sociedade modernas, eles são substituídos pelas ordens da propriedade privada e dominação legal que se mostram *diretamente* nas formas do direito positivo. O direito moderno obrigatório [*compulsory*] é desacoplado de motivos éticos; funciona como meio para demarcar áreas de escolha legítimas para sujeitos

de direito privados e espaços de competência legal para autoridades públicas (para ocupantes de posições de poder organizado em geral). Nestas esferas de ação, normas jurídicas substituem o substrato pré-jurídico da moral tradicional à qual previamente, na sua posição meta-institucional, as normas jurídicas se referiam. O direito não pode mais partir de estruturas de comunicação previamente existentes; ele gerou formas de comércio e cadeias de comando apropriadas às formas de comunicação. No processo, contextos de ação tradicionalmente costumeiros orientados para o mútuo entendimento são banidos para dentro dos ambientes dos sistemas.” (HABERMAS, 1987, p. 309-10)

Ao mesmo tempo, no entanto, o direito permanece presente e inserido nas dinâmicas de comunicação através da linguagem no mundo-da-vida, já que seu conteúdo, ainda quando gerado e dependente da coerção do sistema estatal, também depende da formação da vontade e da opinião a partir das discussões éticas, morais e pragmáticas do mundo-da-vida. Por isso, o direito assume sempre uma dupla-face de *faticidade* e *validade*:

“O direito moderno é formado por um sistema de normas que é coercitivo, positivo, e, assim foi defendido, garantidor da liberdade. As propriedades formais de coerção e positividade são associadas com a pretensão de legitimidade: o fato de que normas garantidas pela ameaça de sanção estatal derivam de decisões cambiáveis de um legislador político é conectado com a expectativa de que tais normas garantam a autonomia dos sujeitos de direito igualmente⁸. Esta expectativa de legitimidade interpenetra-se com a faticidade da geração e reforço coercitivo [*enforcing*] do direito. Esta conexão é, de seu turno, espelhada no modo ambivalente de validade legal.” (HABERMAS, 2001c, p. 447-48)

Na qualidade de elo entre mundo-da-vida, de onde recebe seu conteúdo e sua legitimação, e sistemas, que constitui e estrutura institucionalmente, o direito pode, pois, desempenhar um duplo papel: ora se liga, como mecanismo de controle, ao poder do estado, via sanção coercitiva – e também, menos importante para nós, ao dinheiro do mercado; ora se liga às dinâmicas de reprodução simbólica através da linguagem e sintetiza valores e bens éticos, normas morais e preferências cognitivo-instrumentais ou pragmáticas.

“A maioria das áreas do direito econômico, comercial, negocial [*business*] e administrativo se encaixam aqui: o direito é combinado com os mecanismos do poder e do dinheiro de uma tal maneira que ele mesmo assume a função de um

⁸ Alexy (2005b) parece ter utilizado argumento similar quando pleiteou uma pretensão de correção inserida no direito. A diferença, no entanto é que, demais de não ter parado aí, aderindo em seguida à fórmula de Radbruch e aos “universais substanciais do direito”, Alexy ainda inseriu a pretensão de correção em sua teoria da argumentação jurídica predominantemente do ponto-de-vista da aplicação jurisdicional do direito ao caso concreto. Com isso, além de desconsiderar o fato de que pretensões de correção estão presentes ilocucionariamente *em qualquer ato de fala* voltado ao entendimento – e, portanto, também nos que lidam com normas jurídicas –, Alexy ainda contribui para retirar esta pretensão de correção dos contextos legitimadores da esfera pública como um todo, a fim de desterrá-la apenas para a comunidade tecnocrática dos juristas. Mais será dito sobre isso no próximo item.

mecanismo de controle. O direito como meio, no entanto, permanece conectado com o *direito como uma instituição*. Por instituições jurídicas quero dizer normas jurídicas que não podem ser suficientemente legitimadas através de uma referência positivista ao procedimento⁹. [...] Assim que a validade *destas* normas é questionada na prática cotidiana, a referência à sua legalidade não é mais suficiente. Elas precisam de justificação substantiva, porque pertencem às ordens legítimas do mundo-da-vida em si e, junto com as normas informais de conduta, formam o pano de fundo [*background*] da ação comunicativa.” (HABERMAS, 1987, p. 365, grifos do autor)

Se cortadas as amarras do direito aos contextos de legitimação pela racionalidade comunicativa que flui do mundo-da-vida, se assimila ele totalmente aos mecanismos de controle com os quais se imbrica. Desta maneira, o direito perde o seu potencial institucional de promover uma reação do mundo-da-vida contra a colonização sistêmica, que se daria a partir do controle do direito legítimo sobre os subsistemas sociais – notadamente o estado. A apropriação tecnocrática do direito realiza exatamente esta perda de potencial.

A circunscrição da inserção do direito no mundo-da-vida a um círculo restrito de técnicos que dominam requisitos e pressupostos dogmáticos o desvincula dos contextos cotidianos e informais de reprodução simbólica dos conteúdos que o direito precisaria institucionalizar por sobre a dinâmica funcional auto-reprodutiva do poder estatal. A este desapontamento das estruturas simbólicas do mundo-da-vida com referência ao conteúdo do direito soma-se o fato de que a “comunidade dos intérpretes da constituição”, assim restringido,

⁹ A palavra aqui usada, “legitimadas” – do alemão *legitimiert werden* –, aponta para o fato de que a validade que refere Habermas não tem o mesmo significado teórico que a validade das normas para o positivismo jurídico de Austin a Ross. A vigência (faticidade) da norma não é impugnada pela sua ilegitimidade (invalidade), mas, se comumente percebida por ilegítima nos contextos de esfera pública do mundo-da-vida, a manutenção da vigência da norma a assimila totalmente ao mecanismo do poder e pode gerar, no limite, resistência à sua aplicação coercitiva. Portanto, neste sentido, a apreciação comunicativa da validade/legitimidade da norma importa para a teoria discursiva do direito, embora por si só não decreta a inexistência ou o não-vigor da norma jurídica como tal. O motivo pelo qual principalmente Kelsen e Ross procuraram “expulsar” a validade da norma da teoria do direito em sentido estrito era em verdade duplo: por um lado, porque procuravam identificar e descrever as normas *efetivamente* existentes e vigentes não as que *deveriam ser* assim; e, por outro lado, correlatamente, porque, seguindo a epistemologia positivista-empirista, não apenas diferenciavam analiticamente as pretensões de validade veritativa (verdade: ser) e regulativa (correção: dever-ser), mas as separavam ontologicamente, relegando para o plano do subjetivismo – fora, portanto, da ciência – qualquer consideração moral ou ética. Depois da massa da crítica epistemológica pós-empirista, a segunda premissa tornou-se insustentável. Quanto à primeira, com a ressalva de que não se pode confundir faticidade com validade, é importante notar que também o positivismo abriu flancos à influência teórica dos contextos comunicativos do mundo-da-vida na descrição do direito: já em Kelsen com o critério da eficácia geral do ordenamento jurídico (cf. WELZEL, 2006b), mas principalmente em Hart, com a(s) regra(s) de reconhecimento (cf. PÁDUA, 2008b). Devo a atenção a estas questões às minhas conversas com Rodrigo Valadão.

liga-se não às práticas comunicativas cotidianas, mas sim à dinâmica estatal do poder que deriva do poder judicial. Então o desapontamento se completa com a colonização do mundo-da-vida pelo poder coligado ao direito como mecanismo de controle, embora não na via tradicional da burocracia administrativa, senão na nova via da jurisdição. A outra novidade é a ainda mais problemática circunstância de que a colonização do mundo-da-vida, agora, tenha por mecanismo o próprio direito, que deveria, justamente, emancipá-lo desta colonização e institucionalizar a sua reação.

Se bem que bem intencionada, muitas das vezes, o que a teoria pós-positivista e neoconstitucionalista do direito conseguiu foi enfraquecer as estruturas do mundo-da-vida nas quais a gênese democrática do direito significaria um meio de resistência à colonização dos sistemas. Conseguiu, ademais, reforçar a vinculação sistêmica do direito, substituindo esta sua gênese democrática a partir da esfera pública por uma gênese sistêmica cunhada a partir do próprio estado, com a diferença de que tal gênese se dá nos tribunais, não na administração pública. Resta agora, por fim, demonstrar como a ligação direta do direito com os tribunais tolhe a gênese democrática do direito.

4.4.

A possibilidade democrática usurpada pelo próprio direito: a tecnocracia jurídica e o fechamento da comunidade dos intérpretes da constituição

Peter Häberle escreveu em 1975 um pequeno trabalho cujo título original, já grande, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" Verfassungsinterpretation*, recebeu ainda um adendo na tradução brasileira (“Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretas da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição”). Uma das premissas da tese principal de Häberle era a de que a teoria da interpretação constitucional havia até então somente se preocupado com, de um lado, as “tarefas e os objetivos da interpretação”; e, de outro lado, com os “métodos (processo da interpretação constitucional)”. Com isso, havia ela deixado de lado uma questão importantíssima em relação “aos

participantes da interpretação” (cf. HÄBERLE, 2002, p. 11). Ao lado desta premissa, outra é destacada: a de que

“a teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma ‘sociedade fechada’. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, não medida que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.” (IBIDEM, p. 12)

Häberle pretendia corrigir este equívoco e, com explícita referência ao conceito popperiano de sociedade aberta, procurou emplacar uma teoria epistemológica da interpretação constitucional em que o aumento sempre progressivo dos que atuam diretamente no processo de interpretação da constituição cria as condições para a falsificação de significados antes atribuídos às normas constitucionais e a conseqüente tendência de melhora no processo de interpretação (cf. IBIDEM, p. 33 *et seq.* e *passim*). Para promover um acoplamento da teoria da interpretação constitucional com a pluralidade da esfera pública, Häberle propugna que

“[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.” (IBIDEM, p. 13)

Apesar de atribuir grande importância ao papel do cientista do direito e à(s) corte(s) constitucional(is) (cf. IBIDEM, p. 23 *et seq.*), Häberle logo reconhece que “limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes ‘corporativos’ ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo” (IBIDEM, p. 34). Ademais,

“Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material ‘subsiste’ sem interpretação constitucional por parte do juiz.” (IBIDEM, p. 42)

A concepção pluralista e processual da interpretação constitucional de Häberle, portanto, conecta-se, ainda que superficialmente, com uma concepção da democracia como processo de reprodução da esfera pública informal em estreita interconexão com a esfera pública formal – dos “intérpretes autorizados”. Mesmo fundada sobre a base do pacto político expresso na constituição – o que poderia levar a um fetichismo constitucional –, a prática cotidiana de reprodução

simbólica do mundo-da-vida é aqui vista na qualidade de prática pluralista e aberta de (re)interpretação da constituição (material).

A maneira pela qual o conceito de Häberle foi apropriado pelos que apóiam a judicialização da política no Brasil dá bem o sentido da apropriação tecnocrática dos potenciais emancipadores do direito no mundo-da-vida.

(a) Obviamente, Häberle não era habermasiano. Sua base de teoria social é o já citado Popper e muito da sua “processualização” da constituição deve a Luhmann e a seu conceito de legitimação pelo procedimento (*Legitimation durch Verfahren*). No entanto a intuição da necessidade de “abertura” do processo constitucional de interpretação parte de pressupostos parecidos, que se encontram, no início, em uma teoria da democracia que busque renovar a idéia de soberania popular em um contexto de uma sociedade desencantada, plural, e de moralidade pós-convencional¹⁰.

Quando Werneck Vianna et al retomam o conceito, no entanto, seu festejo é dirigido para o fato de que a Constituição Federal de 05.10.1988 ampliara o número de legitimados ativos aptos a suscitar o controle abstrato de constitucionalidade de normas, bem como os remédios jurídicos de provocação judicial da aplicação da constituição. O pressuposto desta ampliação da “comunidade de intérpretes da constituição” a partir da judicialização da política vem com base numa declaração de valores inserida na constituição, malgrado o problema histórico de cidadania ativa no Brasil:

“A recepção da teoria de P. Häberle, que supõe uma democracia de cidadãos, pelo constitucionalismo brasileiro não poderia partir, portanto, dos valores e princípios de organização da sua sociedade, historicamente carente de mentalidade cívica e cultura política democrática. [...]. Assim, na recepção brasileira da ‘Constituição aberta’, tais valores e princípios somente poderiam emanar do patrimônio político-cultural do Ocidente, os quais deveriam encontrar positividade no seu direito constitucional.

[...]

A concretização da vontade geral declarada na Constituição seria, nesse sentido, uma obra aberta confiada às futuras gerações, às quais competiria garantir a efetividade do sistema de direitos constitucionalmente assegurados por meio dos

¹⁰ Não há lugar para explorar este conceito aqui. Por ora diga-se apenas que diz respeito à evolução moral da sociedade, em direção à formalização de suas normas e à necessidade de contínua justificação atual liberta dos conteúdos tradicionais misticamente assegurados, nomeadamente em contextos pré-modernos. Cf., por todos, HABERMAS, 1979.

recursos procedimentais dispostos em seu próprio texto. A política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com seus próprios propósitos, declarados formalmente na Constituição.

[...]

Os procedimentos abertos à comunidade dos intérpretes e a criação dos Juizados Especiais vêm dotando o Poder Judiciário de uma inédita capilaridade, deitando sua rede sobre a quase-totalidade do tecido social, da minoria parlamentar aos setores mais pobres da população. Instituição estratégica na solidarização da ‘comunidade’ com a sua Constituição, o seu personagem – o magistrado – não se pode achar imune à intensa mobilização do direito e dos seus procedimentos por parte da sociedade civil, a nova arquitetura institucional dependendo, em boa parte, nos Tribunais e nos Juizados Especiais, do seu desempenho profissional, de sua orientação ética e do cumprimento de seu papel constitucional de ‘guardião’ dos direitos fundamentais.” (WERNECK VIANNA et al, 1999, p. 40 e 43)

O que em Häberle era um apelo de *descentralização* da interpretação constitucional para que as dinâmicas informais da esfera pública pudessem penetrar, através do direito, na legitimação do exercício do poder pelo estado fica invertido na judicialização da política. Agora é o magistrado-juiz, um agente da aplicação funcional do poder estatal que deve “guardar” a constituição no seu exercício *profissional*. Este seu trabalho, e não o oposto, é o que vai assegurar que uma esfera pública como a brasileira, fragmentada e desapontada historicamente, ascenda e se “reencontre com as suas próprias finalidades”, traçadas, em todo caso, na falta de uma tradição cívica a que recorrer, com base em “valores e princípios do mundo ocidental”. A comunidade dos intérpretes, aqui, não se abre às dinâmicas comunicativas cotidianas do mundo-da-vida, mas se fecha em alguns poucos agentes tecnicamente e socialmente capacitados a provocar e acompanhar a jurisdição, cujo papel é buscar uma “vontade geral inserida na constituição”.

(b) Esse fechamento da comunidade de intérpretes da constituição em torno do poder judiciário, no entanto, não vem apresentada do ponto-de-vista do sistema estatal – que o veria, da perspectiva do observador, como uma adaptação ao ambiente da esfera pública que o *irrita* desde fora. A apresentação do fenômeno se dá, na forma do pós-positivismo neoconstitucionalista, como vimos, da perspectiva do participante das dinâmicas do mundo-da-vida como um retorno ao consenso pré-moderno em torno de valores compartilhados como se fossem uma “vontade geral”.

Tanto na concepção de Barroso quanto na de Streck, estudadas acima, a constituição recebe ou os valores de toda a sociedade, ou o ser(-aí) das autenticidade da comunidade em suas aspirações à promessa da modernidade. A falta de uma efetiva confiança na história (cf. CITTADINO, 2001) não esmorece o projeto da fetichização constitucional em termos dos valores compartilhados. Tal como Werneck Vianna et al, citados acima, também Streck (2004), como visto, buscou inspiração para a autêntica interpretação destes valores em toda a “tradição constitucional ocidental”. O mesmo faz Siqueira Castro (1999, p. 106), para quem “o constituinte brasileiro de 1988” teve “oportuna inspiração nas constituições sociais democratas [sic] deste século.”

Se o caráter moderno, pós-tradicional e pós-convencional das sociedades ocidentais contemporâneas já infirma a possibilidade de *qualquer* consenso axiológico fundamental generalizado comunitariamente, o que dizer do Brasil, um país de colonização longa, de revoluções passivas, dominado na maior parte da sua história por um estamento burocrático amorfo e amplamente adaptável, que institui o germe da colonização do mundo-da-vida *desde dentro*, mesmo antes de qualquer diferenciação estrutural sistêmica?

A falta de um referencial axiológico comum é tão flagrante que mesmo (alguns d)os teóricos do pós-positivismo neoconstitucionalista brasileiro notam a necessidade de buscá-lo fora das tradições brasileiras. Este apelo à plasticidade do direito brasileiro para as recepções de direito – já explorada acima –, no entanto, não é suficiente para fundar nem teórica nem praticamente a possibilidade de um qualquer consenso comunitário em torno de supostos valores constitucionais. Falando especificamente do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal Alemão), um dos mais influentes e ativistas tribunais do mundo, Habermas elucidou a crítica metodológica à jurisprudência dos valores:

“Desde que se aplica o conceito [*charge of*] ‘jurisprudência dos valores’, o Tribunal Constitucional Federal entende a Lei Fundamental da República Federal não tanto como um sistema de regras estruturadas por princípios, mas como uma ‘ordem concreta de valores’, no sentido de uma ética dos valores materiais desenvolvida por pensadores como Max Scheler ou Nicolai Hartmann. [...]

[...]

[...] O problema é conceitual.

[...]

Normas e valores, portanto diferem, primeiro, na referência ao seu cumprimento obrigatório versus ação teleológica; segundo no código binário versus gradual das suas pretensões de validade; terceiro, no obrigatoriedade absoluta versus relativa; e quarto, no critério de coerência que os sistemas de normas e os sistemas de valores têm respectivamente de satisfazer.

[...]

Do ponto-de-vista da análise conceitual, a distinção terminológica entre normas e valores perde a sua validade *apenas* naquelas teorias que pretendem validade universal para os mais altos valores e bens, como na clássica versão da ética do bem [*ethics of the good*]. Estas assertivas [*approaches*] ontológicas reificam bens e valores em entidades existentes em si mesmas; nas condições de um pensamento pós-metafísico, este realismo moral dificilmente parece defensável. [...] A transformação conceitual de direitos fundamentais em valores fundamentais significa que os direitos foram mascarados pela teleologia, escondendo o fato de que em contextos de justificação normas e valores assumem *diferentes papéis na lógica da argumentação*. Por esta razão, teorias pós-metafísicas dos valores tomam em consideração a particularidade dos valores, a flexibilidade da hierarquia valorativa e o caráter local das configurações valorativas. Elas ou rastreiam os valores de volta a tradições e orientações valorativas estabilizadas de culturas particulares ou, se querem enfatizar o caráter subjetivo e deliberado da escolha dos valores, elas os rastreiam a decisões existenciais sobre metapreferências ou ‘vontades de ordem maior’” (HABERMAS, 2001a, p. 254-57)

A bem da verdade, a maioria dos teóricos do neoconstitucionalismo pós-positivista não parece sequer tomar para si esta ética fenomenológica que concebe os valores como fenômenos objetivos demonstráveis pelos atos da consciência transcendental, mas dela independentes (cf. COSTA, 1996; MORENTE, 1980, p. 297 *et seq.*). A assunção dos valores é feita em valor de face, sem maiores cuidados com uma justificativa teórica – salvo, talvez, no Brasil, na teoria de Lenio Streck, fragilizada, como vimos, por outros motivos. Diante do fantasma do nazi-fascismo, pronta e falsamente associado à tradição do positivismo jurídico, foi preciso inserir, algo tentativamente e sem base, uma espécie de ética constitucional.

A pluralidade valorativa, aqui, certo, não deixou de ser reconhecida. Acabou, porém, escamoteada por fórmulas como a da “constituição compromissária(ória)” ou do “momento constitucional”, quando a dita pluralidade inserir-se-ia em um *locus* de consenso momentâneo que garantiria uma acomodação entre valores de diversos matizes, só contrapostos em vista do caso concreto, quando seriam ponderados pela “concordância prática”¹¹. E o agente

¹¹ Do alemão *Praktische Konkordanz*, tomado como sinônimo do processo de ponderação de valores através da estrutura do princípio da proporcionalidade. Cf., por todos, ÁVILA, 2004, p. 96-97

tanto da apreensão dos valores diretamente retiráveis da constituição (fetichizada), quanto da sua ponderação nas colisões do caso concreto é o jurista, especialmente inserido nos processos de interpretação judicial da constituição.

(c) A engrenagem assim descrita, então, faz com que as (re)produções simbólicas – culturais, sociais e socializadoras – do mundo-da-vida se retirem do primeiro plano da alimentação do direito como linguagem e sirvam apenas de pretexto – mais ou menos fantasioso – para a atuação de um círculo privilegiado de intérpretes. Esta comunidade tecnocrática não retira sua legitimidade dos contextos de produção cultural e social da esfera pública, mas, ao contrário, pressupõe ideologicamente este fenômeno apenas para produzir *sua própria* (pseudo-)legitimação para a atuação do estado pela via da jurisdição.

O fato de que este novo movimento tecnocrático se foque no poder jurisdicional e não no executivo é, de fato, um complicador. Abandonada a premissa de que o poder judiciário seja um órgão paternal imaculado, e aceita a de que se trata de um órgão do estado, especializado para algumas funções, com problemas e virtudes, atuais ou potenciais, como qualquer outro órgão do estado; aceitas estas premissas, a particularidade problemática deste órgão judiciário é, justamente o de que nele o cidadão comum da esfera pública informal do dia-a-dia só chega *indiretamente*. A especialidade técnica da aplicação do direito a partir da lide – tal como foi concebido o poder judiciário, na qualidade de *diferente* do executivo –, aliada à progressiva complexificação (técnica) do direito, tornou impossível que o mecanismo dos tribunais seja manejado senão por técnicos treinados neste manejo: os juristas (advogados em geral, membros do Ministério Público).

Quando o positivismo jurídico objetificou o direito e o circunscreveu, ontológica e epistemologicamente, à atividade descritiva do estudo do jurista, embora tenha contribuído para a formação de um círculo técnico fora do alcance do homem comum, ao menos dividiu o trabalho social entre os técnicos do direito: o cientista descreveria o que o direito *é*, com o único objetivo de produzir conhecimento verdadeiro; o jurista (intérprete, aplicador) utilizaria este mecanismo do direito descrito pelo jurista para produzir efeitos sociais concretos

com sua aplicação. Além disso, havia ainda o produtor das normas jurídicas, o *legislador*, que não obedecia a nenhum dos dois primeiros, senão fornecia a eles o objeto específico de suas respectivas atividades.

O pós-positivismo jurídico, em retorno ao prudente romano, uniu as três funções então separadas: desdenhou da primeira, na realidade, mas centrou em uma única figura – o *jurista* ou *intérprete* – a continuidade das teorias sobre o direito, agora sem a preocupação positivista com a verdade, o monopólio técnico-funcional da aplicação do direito, e, com a “virada à constituição”, simbolizada e hipostasiada, também a função de criar o próprio direito, numa atividade “criativa” que parte dos princípios convertidos em valores constitucionais.

Com esta dinâmica, o direito se encontra preso em um círculo que retro-alimenta o exercício do poder estatal pelo judiciário com um fundamento tecnocrático advindo de um destacamento fragmentário do mundo-da-vida, personificado pela “comunidade de intérpretes” do direito, em verdade fechada à participação popular ampla. O jurista é o receptor, o investigador e o manipulador privilegiado dos valores comunitários inseridos em uma constituição destacada das práticas cotidianas do mundo-da-vida desde a sua gênese e simbolizada em (pre)texto interpretativo livremente apropriado pelos cada vez mais complexos e inassimiláveis métodos jurídicos de sua interpretação e aplicação. A contraparte do jurista no mundo-da-vida é o jurista que assume a função de juiz no subsistema estatal e, utilizando a mesma lógica, acaba por permitir a assimilação total do direito – livre das pressões validantes do mundo-da-vida – à sua faticidade imposta funcionalmente pelo poder do estado.

(d) Releita assim a evolução da teoria e da história do direito ocidental, parecem claras as implicações perigosíssimas que o direito apropriado pelo jurista para fora das dinâmicas cotidianas do mundo-da-vida gera em contraste com uma legitimação democrática do exercício do poder, correspondente ao que se vem tratando como *reação* do mundo-da-vida às pressões colonizadoras do sistema estatal.

Para que o diagnóstico do problema levasse também a possíveis soluções, seria necessária, provavelmente, uma exposição mais minuciosa de uma teoria da democracia que, no entanto, vem sendo desde sempre aqui pressuposta – ora explícita, ora implicitamente –, e que se centra em um fluxo contínuo de legitimação partindo das dinâmicas informais de formação da vontade e da opinião nos contextos comunicativo-simbólicos do mundo-da-vida em direção ao funcionamento sistêmico do exercício do poder no estado. Infelizmente, não é a proposta do presente trabalho investir nesta linha.

A sua conclusão, neste sentido, contudo, será feita, após um brevíssimo estudo de caso, com vistas a fundar as bases de uma idéia democrática que pressuponha o potencial emancipador do direito, desvencilhado, em todo caso, do seu fechamento tecnocrático.