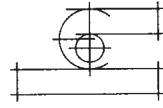


Jürgen Habermas

A INCLUSÃO DO OUTRO

estudos de teoria política

Tradução:
George Sperber
Paulo Astor Soethe [UFPR]



Humanística

1. *Introdução à vida intelectual*, J. B. Libanio
2. *A norma lingüística*, Marcos Bagno [org.]
3. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*, Jürgen Habermas



Edições Loyola

TÍTULO ORIGINAL:

Die Einbeziehung des Anderen — Studien zur politischen Theorie

© Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 1996

Zweite Auflage 1997

Alle Rechte vorbehalten

ISBN: 3-518-58233-X

EDIÇÃO BRASILEIRA

Direção

Fidel García Rodríguez, SJ

Edição de texto

Marcos Marcionilo

Revisão

Albertina Pereira Leite Piva

Diagramação

Ronaldo Hideo Inoue

Edições Loyola

Rua 1822 nº 347 – Ipiranga

04216-000 São Paulo, SP

Caixa Postal 42.335 – 04218-970 São Paulo, SP

☎: (0**11) 6914-1922

📠: (0**11) 6163-4275

Home page e vendas: www.loyola.com.br

Editorial: loyola@loyola.com.br

Vendas: vendas@loyola.com.br

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por qualquer forma e/ou quaisquer meios (eletrônico ou mecânico, incluindo fotocópia e gravação) ou arquivada em qualquer sistema ou banco de dados sem permissão escrita da Editora.

ISBN: 85-15-02438-1

© EDIÇÕES LOYOLA, São Paulo, Brasil, 2002

Sumário

Prefácio	7
1 Uma visão genealógica do teor cognitivo da moral	11
2 Reconciliação por meio do uso público da razão	61
O <i>design</i> da condição primitiva	63
O fato do pluralismo e a ideia do consenso abrangente	73
Autonomia privada e pública	82
3 “Racional” versus “verdadeiro” — ou a moral das imagens de mundo	89
A moderna situação de partida	93
De Hobbes a Kant	95
A alternativa ao proceduralismo kantiano	98
Uma “terceira” perspectiva para o racional	102
O último estágio da justificação	105
Filósofos e cidadãos	111
O âmago do liberalismo	116
4 O Estado nacional europeu — sobre o passado e o futuro da soberania e da nacionalidade	121
“Estado” e “Nação”	123
A nova forma de integração social	128
A tensão entre nacionalismo e republicanism	131
A unidade da cultura política na multiplicidade das subculturas	134
Limites do Estado nacional: restrições da soberania interna	138
“Superação” do Estado nacional: supressão ou supressunção?	142
5 Inserção — inclusão ou confinamento?	147
Construções da soberania popular no direito constitucional	153
Sentido e falta de sentido da autodeterminação nacional	159

Inclusão com sensibilidade para as diferenças	164
Democracia e soberania do Estado: o caso das intervenções humanitárias ...	167
Somente uma Europa das Pátrias?	172

6 A Europa necessita de uma Constituição?	177
--	-----

7 A idéia kantiana de paz perpétua — à distância histórica de 200 anos	185
--	-----

8 A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito	229
A “política do reconhecimento” tayloriana	232
Lutas por reconhecimento — os fenômenos e os planos de sua análise	238
A impregnação ética do Estado de direito	243
Coexistência equitativa <i>versus</i> preservação da espécie	248
Imigração, cidadania e identidade nacional	255
A política para a concessão de asilo na Alemanha unificada	262

9 Três modelos normativos de democracia	269
--	-----

10 Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia	285
Qualidades formais do direito moderno	286
Sobre a relação complementar entre direito positivo e moral autônoma	288
Sobre a mediação entre soberania popular e direitos humanos	290
Sobre a relação entre autonomia privada e pública	293
O exemplo das políticas feministas de equiparação	295

Apêndice a <i>Facticidade e validação</i>	299
O bom e o justo	300
A neutralização de conflitos de valor e a “acendência de diferenças”	308
Forma e conteúdo: o cerne “dogmático” do procedimentalismo	326
Problemas da construção teórica	338
Sobre a lógica dos discursos jurídicos	353
Sobre o teor político do paradigma procedimental	365
Comentários sociológicos: mal-entendidos e estímulos	373

Fontes dos capítulos	385
-----------------------------------	-----

Índice de nomes	387
------------------------------	-----

Prefácio*

Os estudos que compõem o presente livro surgiram depois da publicação de *Faktizität und Geltung*, em 1992. Eles têm em comum o interesse pela questão das consequências que hoje resultam do conteúdo universalista dos princípios republicanos — a saber, para as sociedades pluralistas, nas quais os contrastes multiculturais se agudizam, para os estados nacionais, que se reúnem em unidades supranacionais, e para os cidadãos de uma sociedade mundial que foram reunidos numa involuntária comunidade de risco, sem ter sido consultados.

Na primeira parte, defendo o conteúdo racional de uma moral baseada no mesmo respeito por todos e na responsabilidade solidária geral de cada um pelo outro. A desconfiança moderna diante de um universalismo que, sem nenhuma cerimônia, a todos assimila e iguala não entende o sentido dessa moral e, no ardor da batalha, faz desaparecer a estrutura relacional da alteridade e da diferença, que vem sendo validada por um universalismo bem entendido. Na *Teoria da Ação Comunicativa*, formulei esses princípios básicos de modo que eles constituissem uma perspectiva para condições de vida que rompesse a falsa alternativa entre “comunidade” e “sociedade”. A essa orientação da teoria da sociedade corresponde, na teoria da moral e do direito, um universalismo dotado de uma marcada sensibilidade para as diferenças. O mesmo respeito para *todos e cada um* não se estende àqueles que são congêneres, mas à pessoa do outro ou dos outros em sua alteridade. A responsabilização solidária pelo outro *como um dos nossos* se refere ao “nós” flexível numa comunidade que resiste a tudo o que é substancial e que amplia constantemente suas fronteiras porosas. Essa comunidade moral se constitui exclusivamente pela idéia negativa da abolição da discriminação e do sofrimento, assim como da inclusão dos marginalizados — e de cada marginalizado em particular —, em

* Tradução: George Sperber.

da sociedade em que *se aloja* o sistema político constituído de maneira jurídico-estatal. Também em sua autocompreensão, a política deliberativa continua sendo elemento constitutivo de uma sociedade complexa que no todo se exime de assumir um ponto de vista normativo como o da teoria do direito. Nesse sentido, a leitura da democracia feita segundo a teoria do discurso vincula-se a uma abordagem distanciada, própria às ciências sociais, e para a qual o sistema político não é nem o topo nem o centro da sociedade, nem muito menos o modelo que determina sua marca estrutural, mas sim *um* sistema de ação ao lado de outros. Como a política consiste em uma espécie de lastro reserva na solução de problemas que ameacem a integração, ela certamente tem de poder se comunicar pelo *medium* do direito com todos os demais campos de ação legitimamente ordenados, seja qual for a maneira como eles se estruturam ou direcionem. Se o sistema político, no entanto, depende de outros desempenhos do sistema — como o desempenho fiscal do sistema econômico, por exemplo —, isso não se dá em um sentido meramente trivial; ao contrário, a política deliberativa, realizada ou em conformidade com os procedimentos convencionais da formação institucionalizada da opinião e da vontade, ou informalmente, nas redes da opinião pública, mantém uma relação interna com os contextos de um universo de vida cooperativo e racionalizado. Justamente os processos comunicativos de cunho político que passam pelo filtro deliberativo dependem de recursos do universo vital — da cultura política libertadora, de uma socialização política esclarecida e sobretudo das iniciativas de associações formadoras de opinião —, recursos que se formam de maneira espontânea ou que, em todo caso, só podem ser atingidos com grande dificuldade, caso o caminho escolhido para se tentar alcançá-los seja o do direcionamento político.

10

Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia*

Embora no meio acadêmico seja frequente mencionar direito e política de um só fôlego, ao mesmo tempo acostumamo-nos a abordar o direito, o Estado de direito e a democracia como objetos pertencentes a disciplinas diversas: a jurisprudência trata do direito, a ciência política trata da democracia; uma delas trata do Estado de direito sob pontos de vista normativos, e a outra, sob pontos de vista empíricos. A divisão científica do trabalho não cessa de valer nem mesmo quando os juristas se ocupam ora do direito e do Estado de direito, ora da formação da vontade no Estado constitucional democrático; nem quando os cientistas sociais se ocupam, como sociólogos do direito, do direito e do Estado de direito, e, como cientistas políticos, do processo democrático. Estado de direito e democracia apresentam-se para nós como objetos totalmente diversos. Há boas razões para isso. Como todo domínio político é exercido sob a forma do direito, também aí existem ordens jurídicas em que o poder político ainda não foi domesticado sob a forma do Estado de direito. E da mesma forma há Estados de

* Tradução: Paulo Astor Soethe.

direito em que o poder governamental ainda não foi democratizado. Em suma, há ordens jurídicas estatais sem instituições próprias a um Estado de direito, e há Estados de direito sem constituições democráticas. Essas razões empíricas para um tratamento acadêmico dos dois objetos marcado pela divisão do trabalho, porém, não significam de modo algum que possa haver do ponto de vista normativo um Estado de direito sem democracia.

A seguir, pretendo abordar a relação interna entre Estado de direito e democracia sob vários aspectos. Essa relação resulta do próprio conceito moderno de direito (I), bem como da circunstância de que hoje o direito positivo não pode mais obter sua legitimidade recorrendo a um direito superior (II). O direito moderno legitima-se a partir da autonomia garantida de maneira uniforme a todo cidadão, sendo que a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente (III). Essa concatenação conceitual também passa a ter validade na dialética entre as igualdades jurídica e factual, suscitada pelo paradigma jurídico socioestatal em face da compreensão liberal do direito e que hoje compõe a uma autocompreensão procedimentalista do Estado democrático de direito (IV). Para concluir, explicarei o paradigma jurídico procedimentalista a partir do exemplo da política feminista pela igualdade de direitos (V).

I

Qualidades formais do direito moderno

Desde Locke, Rousseau e Kant, não apenas na filosofia, mas também pouco a pouco na realidade constitucional das sociedades ocidentais, firmou-se um conceito de direito do qual se espera que preste contas tanto à positividade quanto ao caráter do direito coercivo como assegurador da liberdade. Se as normas sustentadas por meio de ameaças de sanções estatais remontam a decisões modificáveis de um legislador político, essa circunstância enreda-se à exigência de legitimação de que esse tipo de direito escrito seja capaz de assegurar equitativamente a autonomia de todas as pessoas do direito; e para que se atenda essa exigência, o procedimento democrático legislativo deve ser suficiente. Dessa maneira cria-se uma relação conceitual entre o caráter coercivo e a modificabilidade do direito positivo, por um lado,

e um modo de estabelecimento do direito capaz de gerar legitimidade, por outro. Por isso, de um ponto de vista normativo subsiste não apenas uma relação historicamente casual entre a teoria do direito e a teoria da democracia, mas sim uma relação conceitual ou interna.

A primeira vista isso parece um truque filosófico. Na realidade, porém, essa relação interna está profundamente alicerçada nas pressuposições de nossa práxis jurídica cotidiana. Pois no modo de validação do direito a facticidade da imposição do direito por via estatal enlaça-se com a força legitimadora de um procedimento instituidor do direito, o qual, de acordo com sua pretensão, é racional, justamente por fundamentar a liberdade. Isso se revela na peculiar ambivalência com que o direito vai de encontro a seus destinatários e deles espera obediência. Pois ele os deixa livres, seja para considerar as normas apenas como uma restrição efetiva de seu espaço de ação e portar-se estrategicamente em face das consequências previsíveis de uma possível violação das regras, seja para querer cumprir as leis em uma atitude performativa — e isso *por respeito* a resultados de uma formação comum da vontade que demandam legitimidade para si. Kant, com o conceito de legalidade, já destacava a ligação entre esses dois momentos sem os quais não se pode exigir qualquer obediência legal: normas jurídicas têm de ser tais que possam ser consideradas a um só tempo, e sob cada um dos diferentes aspectos, como leis coercitivas e como leis da liberdade. Esse duplo aspecto integra nossa compreensão do direito moderno: consideramos a validade de uma norma jurídica como um equivalente da explicação para o fato de o Estado garantir ao mesmo tempo a efetiva imposição jurídica e a instituição legítima do direito — ou seja, garantir de um lado a legalidade do procedimento no sentido de uma observância média das normas que em caso de necessidade pode ser até mesmo impingida através de sanções, e, de outro lado, a legitimidade das regras em si, da qual se espera que possibilite a todo momento um cumprimento das normas por respeito à lei.

Com isso, surge de imediato a pergunta sobre como afinal se deve fundamentar a legitimidade de regras que podem ser alteradas pelo legislador a qualquer momento. Normas constitucionais também são modificáveis; e até mesmo as normas básicas que a própria Constituição declara imodificáveis compõem com o direito positivo a sina de poderem deixar de vigorar, por exemplo se ocorrer uma

mudança de regime. Enquanto se pôde recorrer ao direito natural fundamentado na religião ou na metafísica, pôde-se também representar por meio da moral o turbilhão da temporalidade que atraía o direito positivo para dentro de si. O direito positivo temporalizado — no sentido de uma hierarquia de leis — deveria permanecer *subordinado* ao direito moral eternamente válido e receber dele suas orientações permanentes. Mas mesmo que não se leve em conta o esfacelamento havido nas sociedades pluralistas tanto de imagens de mundo integrativas desse tipo, quanto de éticas coletivamente vinculativas, ocorre que o direito moderno, em razão de seu caráter formal, existe-me-se em todo caso de qualquer ingerência direta que advenha de uma consciência moral remanescente e pós-tradicional.

II

Sobre a relação complementar entre direito positivo e moral autônoma

Direitos subjetivos com os quais se constroem ordens jurídicas modernas têm o sentido de desobrigar pessoas do direito em relação a mandamentos morais, e isso de forma muito bem delineada. Com a introdução de direitos subjetivos que garantem aos agentes espaço para agir de acordo com suas próprias preferências, o direito moderno como um todo faz valer o princípio de que se permite tudo que não seja explicitamente proibido. Ao passo que na moral subsiste desde sua origem uma simetria entre direitos e deveres, as obrigações jurídicas, enquanto consequência de atribuições de direitos, resultam somente da restrição legal de liberdades subjetivas. Essa atribuição conceitual básica de privilégio aos direitos em relação aos deveres explica-se a partir dos conceitos modernos da pessoa do direito e da comunidade jurídica. O universo moral *sem limites* no espaço social e no tempo histórico estende-se por sobre *todas* as pessoas *naturais* em sua complexidade biográfica, e a própria moral se estende até a defesa da integridade de pessoas plenamente individualizadas. Em face disso, uma comunidade jurídica respectivamente situada no tempo e no espaço protege a integridade de seus integrantes exatamente na mesma medida em que esses últimos assumem o status artificialmente criado de *portadores de direitos subjetivos*.

vos. Por isso subsiste entre direito e moral uma relação que é mais de complementaridade do que de subordinação.

O mesmo vale em uma visão extensional. As matérias juridicamente carentes de regulamentação são ao mesmo tempo mais restritas e mais abrangentes do que os assuntos moralmente relevantes: são mais restritas, porque só o comportamento exterior da regulamentação jurídica é acessível, ou seja, apenas o seu comportamento coercível; e são mais abrangentes, porque o direito — como meio de organização do domínio político — não se refere apenas à regulamentação de conflitos de ação interpessoais, mas também ao cumprimento de programas políticos e demarcações políticas de objetivos. Eis por que as regulamentações jurídicas tangenciam não apenas questões morais em sentido estrito, mas também questões pragmáticas e éticas, bem como o estabelecimento de acordos entre interesses conflitantes. Diversa da reivindicação normativa de validação dos mandamentos morais, que é claramente delimitada, a *reivindicação de legitimidade* das normas jurídicas apóia-se sobre vários tipos de razões. A prática legislativa justificadora depende de uma rede ramificada de discursos e negociações — e não apenas de discursos morais.

A noção própria ao direito natural de uma hierarquia de direitos com padrões distintos de dignidade leva a extravios. Pode-se entender o direito de uma maneira muito mais adequada do que como um complemento funcional da moral. Pois o direito positivamente válido, legitimamente firmado e cobrável através de ação judicial pode tirar das pessoas que agem e julgam moralmente o peso das grandes exigências cognitivas, motivacionais e organizacionais que uma moral ajustada segundo a consciência subjetiva acaba impondo a elas. O direito pode compensar as fraquezas de uma moral exigente que, se bem analisadas suas consequências empíricas, não proporciona senão resultados cognitivamente indefinidos e motivacionalmente pouco seguros. É claro que isso não libera o legislador e a justiça da preocupação com que o direito permaneça em consonância com a moral. Mas regulamentações jurídicas são concretas demais para poderem legitimar-se *apenas* pelo fato de não contrariarem princípios morais. Mas se o direito positivo não pode obter sua legitimidade de um direito moral superior, de onde então ele poderá obtê-la?

Assim como a moral, também o direito deve defender equitativamente a autonomia de todos os envolvidos e atingidos. Ora, o di-

reito também deve comprovar sua legitimidade a partir desse mesmo aspecto do asseguramento da liberdade. Interessante, porém, é que a positividade do direito obriga a uma decomposição peculiar da autonomia, para a qual não há contrapartida no lado da moral. A autodeterminação moral em sentido kantiano é um conceito unitário à medida que exige de cada indivíduo *in propria persona* que siga as normas que ele próprio estabelece para si, após um juízo imparcial próprio — ou almejado em conjunto com todos as outras pessoas. Com isso, no entanto, a obrigatoriedade das normas jurídicas remonta não apenas a processos da formação de opinião e vontade, mas sim a decisões coletivamente vinculativas, por instâncias que estabelecem e aplicam o direito. Resulta daí de maneira conceitualmente necessária uma partilha de papéis entre autores que firmam (e enunciam) o direito, bem como entre destinatários que estão submetidos ao direito vigente. A autonomia, que no campo da moral é monolítica, por assim dizer, surge no campo do direito apenas sob a dupla forma da autonomia pública e privada.

Ora, esses dois momentos precisam ser mediados de tal maneira que uma autonomia não prejudique a outra. As liberdades de ação individuais do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente. É a serviço dessa convivência que se põe a idéia de que as pessoas do direito só podem ser autônomas à medida que lhes seja permitido, no exercício de seus direitos civis, compreender-se como autores dos direitos aos quais devem prestar obediência, e justamente deles.

III

Sobre a mediação entre soberania popular e direitos humanos

Assim, não causa espanto que as teorias do direito racional tenham dado uma dupla resposta às questões de legitimação: por um lado, pela alusão ao *princípio da soberania popular*, e por outro lado, pela referência ao *domínio das leis* garantido pelos direitos humanos. O princípio da soberania popular expressa-se nos direitos à comunicação e participação que asseguram a autonomia pública dos cidadãos do Estado; e o domínio das leis, nos direitos fundamentais clássicos

sicos que garantem a autonomia privada dos membros da sociedade civil. O direito legitima-se dessa maneira como um meio para o asseguramento equânime da autonomia pública e privada. Ainda assim, a filosofia política não logrou de forma séria dirimir a tensão entre soberania popular e direitos humanos, entre a “liberdade dos antigos” e a “liberdade dos modernos”. A autonomia política dos cidadãos deve tomar corpo na auto-organização de uma comunidade que atribui a si mesma suas leis, por meio da vontade soberana do povo. A autonomia privada dos cidadãos, por outro lado, deve afigurar-se nos direitos fundamentais que garantem o domínio anônimo das leis. Quando é esse o caminho traçado, então uma das idéias só pode ser validada à custa da outra. E a equiprimordialidade de ambas, intuitivamente elucidativa, não segue adiante.

O republicanismo, que remonta a Aristóteles e ao humanismo político da Renascença, sempre deu primazia à autonomia pública dos cidadãos do Estado, em comparação com as liberdades das pessoas em particular que antecederam a política. O *liberalismo*, que remonta a Locke, conjurou o perigo das maiorias tirânicas e postulou uma primazia dos direitos humanos. Em um dos casos, a legitimidade dos direitos humanos se deveria ao resultado de um auto-entendimento ético e de uma autodeterminação soberana de uma coletividade política; no outro caso, os direitos humanos, já em sua origem, constituiriam barreiras que vedariam à vontade do povo quaisquer ataques a esferas de liberdade subjetivas e intocáveis. Embora Rousseau e Kant tenham empreendido esforços com o objetivo de pensar tanto a vontade soberana quanto a razão prática sob o conceito da autonomia da pessoa do direito, a tal ponto que no pensamento de ambos a soberania popular e os direitos humanos se interpretam mutuamente, nenhum deles logrou fazer jus à equiprimordialidade de ambas as idéias. Rousseau sugere uma leitura mais republicana, Kant, uma leitura mais liberal. Eles ignoram a intuição que haviam pretendido trazer para junto do conceito: a idéia dos direitos humanos, que se enuncia no direito em relação a liberdades de ação subjetivas e iguais, não pode nem simplesmente impingir-se ao legislador soberano como uma barreira externa, nem se deixar instrumentalizar como requisito funcional para os fins desse mesmo legislador.

Para que essa intuição ganhe expressão correta, recomenda-se considerar o procedimento democrático a partir de pontos de vista

da teoria do discurso: sob as condições do pluralismo social e de visões de mundo, é o processo democrático que confere força legitimadora ao processo de criação do direito. Partirei aqui, sem discutir-lha em detalhes, da seguinte proposição fundamental: regulamentações que podem requerer legitimidade são justamente as que podem contar com a concordância de possivelmente todos os envolvidos enquanto participantes em discursos racionais. Se são discursos e negociações — cuja justeza e honestidade encontram fundamento em procedimentos discursivamente embasados — o que constitui o espaço em que se pode formar uma vontade política racional, então a suposição de racionalidade que deve embasar o processo democrático tem necessariamente de se apoiar em um arranjo comunicativo muito engenhoso: tudo depende das condições sob as quais se podem institucionalizar juridicamente as formas de comunicação necessárias para a criação legítima do direito. A almejada coesão interna entre direitos humanos e soberania popular consiste assim em que a exigência de institucionalização jurídica de uma prática civil do uso público das liberdades comunicativas seja cumprida justamente por meio dos direitos humanos. Direitos humanos que *possibilitam* o exercício da soberania popular não se podem impedir de fora, como uma restrição.

Essa reflexão evidentemente só elucida os direitos políticos do cidadão, isto é, os direitos de comunicação e participação que asseguram o exercício da autonomia política, não os direitos humanos clássicos que garantem a autonomia privada dos cidadãos. Em primeira linha, pensamos aqui no direito fundamental à maior quantidade possível de liberdades de ação subjetivas iguais, mas também nos direitos fundamentais que constituem não apenas o status de quem dispõe de determinada nacionalidade, mas também a ampla proteção jurídica individual. Esses direitos, aos quais cabe garantir a cada um o esforço por alcançar os objetivos de sua vida privada em igualdade de chances, têm um valor intrínseco, ou eles ao menos não se diluem no valor instrumental de si mesmos em prol da formação democrática da vontade. Para fazer jus à intuição de *equi-primordialidade* entre os direitos clássicos de liberdade e os direitos políticos do cidadão será necessário, a seguir, tornar mais precisa nossa tese de que os direitos humanos possibilitam a práxis de autodeterminação dos cidadãos.

Sobre a relação entre autonomia privada e pública

Os direitos humanos podem até mesmo ser bem fundamentados de um ponto de vista moral; não pode ocorrer, no entanto, que um soberano seja investido deles de forma paternalista. A idéia da autonomia jurídica dos cidadãos exige, isso sim, que os destinatários do direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores. E se o legislador constitucional democrático simplesmente encontrasse os direitos humanos como fatos morais previamente dados, para então positivá-los e nada mais, isso estaria em contradição com essa idéia. Não há como ignorar, por outro lado, que não cabe mais aos cidadãos a livre escolha do *medium* em que eles mesmos podem tornar efetiva sua autonomia, no papel de co-legisladores. No processo legislativo os cidadãos só podem tomar parte na condição de sujeitos do *direito*; não podem mais decidir, para tanto, sobre a linguagem de que se devem servir. A idéia democrática da autolegislação não tem opção senão validar-se a si mesma no *medium* do direito.

Contudo, quando se trata de decidir se cabe ou não instituir o *medium* sob a forma de direitos políticos do cidadão os pressupostos da comunicação com base nos quais os cidadãos julgam se é legítimo o direito que eles mesmos firmam à luz do princípio discursivo, aí então o código jurídico precisa estar como tal à disposição. Para a instituição desse código, entretanto, é necessário criar o status das pessoas do direito que pertençam, enquanto portadores de direitos subjetivos, a uma associação voluntária de juriconsortes e que efetivamente façam valer por meios judiciais suas respectivas reivindicações jurídicas. Não há direito algum sem a autonomia privada de pessoas do direito. Portanto, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria tampouco um *medium* para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado. Dessa maneira, a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, sem que os direitos humanos possam reivindicar um primado sobre a soberania popular, nem essa sobre aquele.

A intuição expressa-se, por um lado, no fato de que os cidadãos só podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública quando

são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas também no fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem uso adequado de sua autonomia política enquanto cidadãos do Estado.

Essa coesão interna entre Estado de direito e democracia foi suficientemente encoberta pela concorrência dos paradigmas jurídicos dominantes até hoje. O paradigma jurídico liberal conta com uma sociedade econômica que se institucionaliza por meio do direito privado — em especial por via de direitos à propriedade e liberdades de contratação — e que se coloca à mercê da ação espontânea de mecanismos de mercado. Essa “sociedade de direito privado” é feita sob medida em relação à autonomia dos sujeitos do direito, que, no papel de integrantes do mercado, procuram realizar de forma mais ou menos racional os próprios projetos de vida. Vincula-se a isso a expectativa normativa de que se possa alcançar a justiça social pela garantia de um *status* jurídico negativo como esse, ou seja, pela delimitação de esferas de liberdade individuais. O modelo do Estado social desenvolveu-se a partir de uma crítica consistente a essa suposição. A contestação que se faz é evidente: se a liberdade do “poder ter e poder adquirir” deve garantir justiça social, então é preciso haver uma igualdade do “poder juridicamente”. Com a crescente desigualdade das posições de poder econômico, patrimônios e condições sociais, porém, desestabilizaram-se sempre mais os pressupostos factuais capazes de proporcionar que o uso das competências jurídicas distribuídas por igual ocorresse sob uma efetiva igualdade de chances. Se o teor normativo da igualdade de direitos jamais chegou a se converter no inverso de si mesmo, não deixou de ser necessário, por um lado, especificar o conteúdo das normas vigentes do direito privado, nem, por outro lado, introduzir direitos fundamentais de cunho social que embasassem as reivindicações de uma distribuição mais justa da riqueza produzida em sociedade e de uma defesa mais efetiva contra os perigos produzidos socialmente.

Nesse meio tempo, a *materialização* do direito, por sua vez, também ocasionou as consequências secundárias e indesejadas de um *paternalismo socioestatal*. Evidentemente, a almejada equiparação de situações de vida e posições de poder não pode levar a um tipo de intervenções “normalizadoras” que acabem por limitar o espaço de

atuação de seus prováveis beneficiários, no que se refere à concepção autônoma dos projetos de vida de cada um deles. Nos desdobramentos posteriores da dialética entre liberdade jurídica e factual, revelou-se que os dois paradigmas do direito estão igualmente comprometidos com a imagem produtivista de uma sociedade econômica capitalista e industrial, cujo funcionamento deve ser tal que a expectativa de justiça social possa ser satisfeita pelo esforço particular, assegurado e autônomo por concretizar as concepções de bem-viver próprias a cada um. As duas partes só discordam quanto a se poder garantir a autonomia privada diretamente mediante direitos de liberdade, ou a se dever assegurar o surgimento da autonomia privada mediante outorga de reivindicações de benefícios sociais. Em ambos os casos, todavia, perde-se de vista a coesão interna entre autonomia privada e pública.



O exemplo das políticas feministas de equiparação

Para encerrar, gostaria de demonstrar, a partir das políticas feministas de equiparação, que a política do direito oscila desamparamente entre os dois paradigmas originais, e que isso perdurará enquanto ela continuar limitada ao asseguramento da autonomia privada, e enquanto se continuar ofuscando a coesão interna entre os direitos subjetivos de pessoas em particular e a autonomia pública dos cidadãos do Estado, participantes da criação do direito. Pois os sujeitos particulares do direito só podem chegar ao gozo de liberdades subjetivas, se eles mesmos, no exercício conjunto de sua autonomia de cidadãos ligados ao Estado, tiverem clareza quanto aos interesses e parâmetros justos e puserem-se de acordo quanto a *aspectos relevantes* sob os quais se deve tratar com igualdade o que é igual, e com desigualdade o que é desigual.

Inicialmente, a política liberal teve por objetivo suprimir o acoplamento existente entre a conquista de *status* e a identidade de gênero, para então garantir à mulher (sem que se exigisse dela quaisquer méritos prévios) igualdade de chances na concorrência por postos de trabalho, prestígio social, diplomas, poder político etc. Assim que se logrou impor ao menos em parte a equiparação formal, apenas se evi-

denciou de forma tão mais drástica o tratamento desigual que *de fato* se destina às mulheres. Em face disso, a política socioestatal, sobretudo o direito trabalhista, social e da família, reagiu com regulamentações especiais, referentes, por exemplo, à gravidez e maternidade, ou ainda a ônus sociais em casos de divórcio. Desde então, não apenas as exigências não atendidas tornaram-se objeto da crítica feminista, mas também as consequências ambivalentes dos programas socioestatais implementados com êxito — por exemplo, o maior risco de desemprego, ocasionado por essas compensações legais, a presença excessiva de mulheres nas faixas salariais mais baixas, o problemático “bem-estar da criança”, a crescente feminização da pobreza em geral etc. Sob uma visão jurídica, há uma razão para essa discriminação criada reflexivamente nas classificações amplamente generalizadas aplicadas a situações desfavorecedoras e grupos de pessoas desfavorecidas. Pois essas classificações “errôneas” levam a intervenções “normalizadoras” na maneira de conduzir a vida, as quais permitem que a almejada compensação de danos acabe se convertendo em nova discriminação, ou seja, garantia de liberdade converte-se em privação de liberdade. Nos campos jurídicos concernentes ao feminismo e a jurisdicção orientam-se segundo modelos de interpretação tradicionais e contribuem com o fortalecimento dos estereótipos de identidade de gênero já vigentes.

A classificação dos papéis sexuais e das diferenças vinculadas aos sexos concerne a camadas elementares da autocompreensão cultural de uma sociedade. Só hoje o feminismo radical toma consciência do caráter falível, merecedor de revisões e fundamentalmente controverso dessa autocompreensão. Tem razão sua insistência quanto a que determinados enfoques da questão devam ser aclarados *em meio à opinião pública de cunho político*, mais precisamente em controvérsias públicas sobre a interpretação adequada de carências e critérios, a começar pelos enfoques sob os quais as diferenças entre experiências e situações de vida (de determinados grupos) de homens e mulheres tornam-se relevantes para que o uso de liberdades de ação subjetivas possa ocorrer em igualdade de chances. Assim, a partir dessa luta pela igualdade de condições para as mulheres, é possível demonstrar de maneira particularmente clara a mudança urgente da compreensão paradigmática do direito.

Em lugar da controvérsia sobre ser melhor assegurar a autonomia das pessoas do direito por meio de liberdades subjetivas para haver concorrência entre indivíduos em particular, ou então mediante reivindicações de benefícios outorgadas a clientes da burocracia de um Estado de bem-estar social, surge agora uma *concepção jurídica procedimentalista*, segundo a qual o processo democrático precisa assegurar ao mesmo tempo a autonomia privada e a pública: os direitos subjetivos, cuja tarefa é garantir às mulheres um delineamento autônomo e privado para suas próprias vidas, não podem ser formulados de modo adequado sem que os próprios envolvidos articulem e fundamentem os aspectos considerados relevantes para o tratamento igual ou desigual em casos típicos. Só se pode assegurar a autonomia privada de cidadãos em igualdade de direito quando isso se dá em conjunto com a intensificação de sua autonomia civil no âmbito do Estado.