

O MODELO DE DIREITO PROCEDIMENTAL-DISCURSIVO EM JÜRGEN HABERMAS¹

Joaquim Leonel de Rezende Alvim²

(Professor do PPGSD/UFF)



Foto de Jürgen Habermas, disponível em <http://usuarios.lycos.es/Cantemar/Habermas.html>

RESUMO

O presente artigo desenvolve, a partir das imbricações de temáticas próprias às áreas da Teoria Geral do Direito, Filosofia do Direito e Sociologia do Direito, elementos próprios da teoria comunicacional do direito de Jürgen Habermas que, deslocando a legitimação do sistema jurídico para outros espaços que não o da transcendência (jusnaturalismo) e tão pouco o da superposição com a legalidade (positivismo), compreende o direito de forma procedural-discursiva legitimado na (e pela) própria prática da comunicação.

RESUMÉ

Cet article développe, à partir de thématiques propres aux domaines de la Théorie Générale du Droit, de la Philosophie du Droit et de la Sociologie du Droit, des éléments d'une théorie communicationnelle du droit en Jürgen Habermas que, en déplaçant la légitimation du système juridique vers d'autres espaces qui ne sont pas ceux de la transcendance (jusnaturalisme) e qui ne sont pas non plus ceux de la superposition avec la légalité (positivisme), comprend le droit d'une façon procédurale-discursive légitimé dans (et par) la pratique de la communication elle-même.

Podemos constatar, nas imbricações de temáticas próprias às áreas da Teoria Geral do Direito, Filosofia do Direito e Sociologia do Direito, que teorias procedurais-discursivas ganharam um lugar de destaque no debate contemporâneo do Direito. Faz-se importante ressaltar que estas teorias procedurais-discursivas formam um tipo de leitura dentre outras que compõem o cenário de possibilidades de compreensão do direito neste debate contemporâneo³. Entendemos aqui por teorias procedurais-discursivas aquelas que compreendem o direito⁴ como *locus* de criação de procedimentos que enquadram o poder na medida em que este *locus* é também um processo que produz estruturas discursivas que possibilitam um fluxo de comunicação que veicula argumentos racionais buscando uma legitimação em espaços discursivos. Deslocando a legitimação do direito para outros espaços que não o da transcendência (*jusnaturalismo*) e tão pouco o da superposição com a legalidade (positivismo) tais teorias compreendem o direito de forma procedural-discursiva, ou seja, legitimado na (e pela) própria prática da comunicação. Com efeito, esta delimitação inicial de uma nova concepção do direito homogeneiza ao máximo diferentes “teorias procedurais-discursivas”⁵ que serão desenvolvidas a seguir a partir das reflexões de Jürgen Habermas.

Habermas pode ser considerado como aquele autor que mais aproxima sua visão teórica aos aspectos procedurais-discursivos ligados a um processo de proceduralização do direito. Tais aspectos, na visão de Habermas, já estão presentes no processo de formação do direito moderno. Conforme afirma o autor “o direito moderno consiste em um sistema de normas positivas coercitivas que possuem ao menos a pretensão de garantir a liberdade. As características formais da coerção e da positividade associam-se assim a uma pretensão de legitimidade, com efeito, o fato de que as normas, acompanhadas de ameaças de sanções estatais, sejam geradas por decisões modificáveis de um Legislador político, está ligado à expectativa de que uma garantia igual seja assim oferecida à autonomia de todos os sujeitos de direito. Esta expectativa de legitimidade entra em relação estreita com a factualidade tanto da edição quanto da implementação do direito. É isto que exprime, por sua vez, o modo ambivalente da validade do direito. Com efeito, o direito moderno apresenta aos seus destinatários uma cabeça de Janus; eles podem considerar as normas jurídicas seja como comandos que definem restrições factuais de suas margens de ação e os levam a gerar, de um ponto de vista *estratégico*, as conseqüências calculáveis de uma infração eventual às regras; seja como comandos válidos que os conduzem, do ponto de vista *performativo*, a obedecê-los <<em nome do respeito da lei>>. Uma norma jurídica é válida no momento em que o Estado garante estes dois

aspectos assegurando, de uma parte, um respeito aceitável das normas, e na falta deste, obtido pela força por meio de sanções, e garantindo, por outra parte, as condições institucionais de uma gênese legítima da norma em si mesma, de maneira que ela possa sempre ser seguida em nome do respeito da lei. Sobre o que se funda, então, a legitimidade das regras que o Legislador político pode modificar em qualquer momento? Esta questão torna-se mais complicada, particularmente nas sociedades pluralistas nas quais as visões do mundo inclusivas e as éticas dotadas de força obrigatória coletiva desintegraram-se e onde a moral pós-tradicional que subsiste e que é fundamentada somente na única consciência moral de cada um, não oferece mais uma base suficiente para fundar um direito natural outrora legitimado pela religião ou pela metafísica. Com toda evidência, em uma sociedade pós-metafísica, a única fonte de legitimidade é o procedimento democrático pelo qual o direito é gerado. Entretanto, de onde este procedimento tira sua força legitimadora? Para esta questão, a teoria da discussão oferece uma resposta simples, a primeira vista inimaginável; com efeito, o procedimento democrático permite o livre jogo de temas e contribuições, de informações e razões; ele assegura, para a formação da vontade política, seu caráter de discussão e justifica assim a suposição falível de que os resultados obtidos graças a este procedimento são mais ou menos razoáveis”⁶.

Não obstante Habermas ter tratado o direito em diferentes obras ao longo de sua reflexão filosófica⁷, é na obra “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”⁸ que o autor vai desenvolver uma “reconstrução” do processo de formação do direito moderno de forma a mostrar como teorias “tradicionais-modernas” e “contemporâneas”⁹ abordam tanto o processo de formação do direito moderno quanto o direito contemporâneo sem dar conta da especificidade central (e comum) deste direito: seu vínculo interno e conceitual com a democracia¹⁰ estabelecido pela compatibilização do princípio liberal do Estado de direito (autonomia privada) com o princípio democrático da soberania popular (autonomia pública)¹¹ que constitui, por sua vez, um sistema jurídico vinculado a um procedimento de aceitabilidade racional em um espaço público de discussão.¹²

Portanto faz-se importante, de imediato, esclarecer que o aspecto procedimental do direito moderno tratado por Habermas não é aquele ligado a um aspecto de formalização do processo e compreendido no âmbito do Direito Processual. Com certeza, este é um aspecto tradicional do direito em dois sentidos, pois não somente liga-se aos primórdios da formação do direito moderno, como também se liga aos aspectos tradicionalmente abordados como características próprias deste mesmo direito. O aspecto procedimental do direito é ressaltado não somente no discurso

dos juristas, pois o encontramos também, de um outro modo, no discurso das ciências sociais. Como indaga, por exemplo, Bruno Latour, em pesquisa etnográfica do Conselho de Estado e do direito administrativo na França: “Por que falar de todos estes detalhes sórdidos, como se o etnógrafo tivesse a miopia de um roedor devorador de papéis? Porque nem num único segundo, seguindo a lenta fabricação de um dossier, nós saímos dos fundamentos intelectuais e cognitivos do direito. Se o observador é míope, o direito é procedimental: olho por olho, dente por dente... Seguindo obstinadamente nossas pastas de papelão, vendo como elas se preenchem, se dobram e se alimentam, anotando os armários, mesas, corredores, subsolos, sofás ou cadeiras sobre os quais nós as fazemos envelhecer; nós descobrimos as diferentes atividades do Conselho”.¹³

O aspecto procedimental do direito moderno em Habermas não se limita a tal compreensão do procedimento. Com efeito, sua compreensão liga-se a um procedimento-deliberativo. Como afirma Habermas: “Do ponto de vista da *teoria do direito*, as ordens jurídicas modernas podem tirar sua legitimação somente da idéia de auto-determinação; com efeito, faz-se necessário que os cidadãos possam se conceber a todo momento como autores do direito ao qual eles são submetidos enquanto destinatários. As teorias contratualistas explicam a autonomia dos cidadãos por meio de categorias da legislação civil em matéria de contratos, precisamente como o livre arbítrio privado das partes contratantes. Era, portanto, impossível elucidar de maneira satisfatória o problema hobbesiano da criação de uma ordem social a partir da junção contingente entre as escolhas racionais feitas por atores independentes. É por isto que Kant – também como o fará Rawls para as pessoas na posição original – dotou as pessoas, no estado de natureza, de uma faculdade autenticamente moral. Ora, depois da virada lingüística, a interpretação que nos é oferecida, para uma tal compreensão deontológica da moral, é aquela de uma teoria da discussão. É assim que um modelo da discussão ou da deliberação vem se substituir àquele do contrato; com efeito, a comunidade jurídica não se constitui por meio de um contrato social, mas em virtude de um acordo estabelecido por meio da discussão”.¹⁴

Faz-se importante ressaltar que, não obstante esta ser uma visão “nova” sobre o direito, Habermas não considera que é esta visão que institui tais aspectos procedimentais no direito. Ela somente faz uma reconstrução do direito moderno mostrando certas características que não estavam presentes nas diferentes teorias (“tradicionais-modernas” e “contemporâneas”, como visto anteriormente) do direito. Portanto, não obstante a existência de críticas endereçadas aos aspectos inovadores da teoria habermasiana do direito¹⁵, entendemos que tais críticas pecam pela confusão

entre novidade da explicação (novidade teórica) e novidade do objeto concreto (novidade empírica), pois, neste sentido, os aspectos procedurais do direito desenvolvidos por Habermas estão presentes e imbricados com a própria formação do direito moderno.

Para compreendermos esta visão de Habermas, faz-se necessário resgatar sua própria concepção de razão, pois é no duplo sentido próprio ao seu desenvolvimento na modernidade (razão sistêmica e razão comunicativa) que vários aspectos da sua teoria do direito encontram explicação.

Habermas é um autor que sustenta, ao mesmo tempo, o caráter dominador e emancipador da razão moderna. Esta idéia de uma razão que, ao mesmo tempo, domina e emancipa o homem das relações de dominação é um dos principais pilares da reflexão filosófica de Habermas e, dentro da lógica de seu pensamento, é uma idéia que pode ser pensada sem nenhum tipo de contradição. Com efeito, Habermas vai sustentar a existência de dois aspectos estruturantes da razão moderna que podem ser aqui diferenciados: emancipação e dominação.

Com relação ao aspecto emancipatório, Habermas divide com a maior parte dos pensadores do iluminismo uma crença no potencial emancipador dos aspectos racionais desenvolvidos pelo projeto da modernidade. Neste sentido existe uma visão positiva da razão na modernidade: é o seu desenvolvimento que cria as condições de possibilidade de emancipação do homem dos aspectos de dominação baseados na religião, tradição, família, obscurantismo, ideologia etc. Vemos, portanto, que diferentes tradições do pensamento propriamente moderno partilham dessa premissa, mesmo que com diferentes formas, estratégias e intuítos em abordar o desenvolvimento da razão com vistas à emancipação do homem das relações de dominação. Por exemplo, diferentes variantes do pensamento liberal contratualista moderno dão como positiva a passagem do “estado de natureza” para a “sociedade civil”¹⁶. Tal passagem como momento hipotético, bem como o aperfeiçoamento da sociedade civil, vão ter como base o desenvolvimento de aspectos racionais, portanto positivos, do homem. Sob um ponto de vista radicalmente diferente encontramos também, no pensamento marxista, o desenvolvimento de aspectos racionais (expansão da educação etc.) como um dos fatores de emancipação do homem, enquanto sujeito coletivo. Levando-se em conta o desenvolvimento destes aspectos racionais como uma das variáveis de emancipação do sujeito, o proletariado deixa de ser uma classe em si e torna-se uma classe para si.¹⁷

Vemos, portanto, como o pensamento iluminista moderno divide, de diferentes formas, esta crença no caráter positivo do desenvolvimento da razão. Entretanto, a forma como esta razão será desenvolvida por Habermas difere-se,

substancialmente, da razão desenvolvida pelos pensadores do iluminismo: a razão não mais é produzida por um sujeito (individual ou coletivo) mas encontra sua produção no próprio processo de comunicação entre sujeitos. Habermas deixa de lado uma filosofia centrada na consciência para desenvolver uma filosofia baseada na comunicação. Dito de outra forma: ele diferencia o conceito propriamente moderno de razão prática¹⁸ de um outro conceito (razão comunicacional), propondo uma outra via para pensar a razão moderna. Com relação às diferenças entre estas duas formas de conceber a razão moderna, Habermas afirma que a “primeira diferença entre a razão prática e aquela definida pela comunicação, esta última não mais é imputada nem a um ator isolado nem a um macro-sujeito social ou estatal. É muito mais o *médium* da linguagem, por meio do qual se tecem as interações e se estruturam as formas de vida, que cria a possibilidade de uma razão fundada sobre a comunicação”¹⁹. Como veremos um pouco mais adiante, o desenvolvimento desta outra via para pensar a razão moderna servirá como base para Habermas sustentar o potencial (ainda) emancipador desta razão.

Com relação ao aspecto da dominação, Habermas encontra-se efetivamente na posição de herdeiro da Escola de Frankfurt²⁰. Com relação à razão moderna, a Escola de Frankfurt vai desenvolver que ela é um outro fator de dominação do homem tais quais foram a religião, tradição etc. É verdade que a razão moderna não domina da mesma forma, mas ela também é um fator de dominação. Com efeito, Habermas reconhece a procedência da crítica feita pela Escola de Frankfurt ao caráter positivo e emancipador da razão moderna. Entretanto, Habermas considera que esta crítica envolve somente um aspecto da razão moderna: a razão desenvolvida pelo sistema, conhecida como razão sistêmica ou razão instrumental. Portanto, ela não dá conta de todos os aspectos da razão moderna e é exatamente o aspecto da razão produzida pela comunicação que será responsável por um potencial emancipatório.²¹

Com efeito, Habermas procura mostrar que existe uma ambigüidade constitutiva da modernidade, pois esta não desenvolve um único tipo de racionalização, mas sim dois processos de racionalização (instrumental e comunicacional) diferenciados e contraditórios que, desta forma, estabelecem uma tensão na própria formação da razão moderna. Portanto, para Habermas, uma teoria da racionalização das sociedades modernas não pode deixar de levar em conta estas duas formas constitutivas da razão. Conforme afirma o autor, são “dois registros sobre os quais a análise da racionalidade pode se aplicar aos conceitos de saber proposicional e de mundo objetivo. Entre este dois casos, entretanto, a diferença reside no *modo de aplicação* do saber proposicional A

aplicação deste saber pode, com efeito, ser considerada sob dois aspectos: é tanto a *manipulação instrumental* quanto o *acordo comunicacional* que aparecem como o *télos* interno da racionalidade”²².

Para Habermas, estes dois tipos de razão estão presentes em espaços de integração (socialização) diferenciados. Com efeito, Habermas considera que em sociedades complexas, como a sociedade moderna²³, faz-se necessário uma diferenciação funcional da sociedade em sub-sistemas sociais que instituem *médiuns* de integração que não são produzidos pelos próprios atores, ou seja, não dependem de uma intersubjetividade para fins de sua produção. Tal é a função, por exemplo, da moeda para fins de compreensão do mercado enquanto sub-sistema social, bem como do poder para fins de compreensão da burocracia administrativa também como sub-sistema social. Neste sentido Habermas integra, na sua Teoria Social, alguns aspectos das teorias sistêmicas. Com efeito, Habermas considera que em sociedades complexas, uma “parte” da integração e socialização ficará a cargo de integradores sistêmicos que especializam-se e criam seus próprios códigos de funcionamento subtraídos de maneira necessária da atividade consciente e racional (comunicacional) dos atores, ou seja, subtraídos de uma discussão racional valorativa. Com afirma Habermas “*alguns* destes sistemas funcionalmente especializados se emancipam de domínios de ação que são integrados por mecanismos sociais, dito de outra forma passando por valores, por normas e por acordos, se bem que estes sistemas – como a economia por meio do dinheiro ou a Administração por meio do poder – desenvolvem códigos que lhes são próprios.”²⁴

Entretanto, a Teoria Social habermasiana não se reduz a compreensão da formação social com base, exclusivamente, no funcionamento de sub-sistemas sociais. Com efeito, o mundo do sistema, com a produção de um tipo específico de razão (razão sistêmica) é uma parte da Teoria Social de Habermas. Esta desdobra-se também em um outro mundo: o mundo da vida ou mundo vivido, responsável pela produção da razão comunicacional. O conceito de mundo da vida na obra de Habermas procura dar conta de todo um universo composto por experiências construídas no cotidiano e perpassadas por significações intersubjetivamente divididas²⁵ que, por meio de tematizações e construções com pretensões racionais, formam um espaço público de discussão. Habermas desenvolve que “se o espaço público é um fenômeno social tão elementar como o são a ação, o ator, o grupo ou a coletividade, ele escapa entretanto dos conceitos tradicionais de ordem social. O espaço público não pode ser concebido como uma instituição nem, seguramente, como uma organização; ele mesmo não é uma estrutura normativa com diferenciação de competências e papéis, regulamentação da filiação de seus mem-

bros etc. Ele também não constitui um sistema; ele admite certas fronteiras internas mas, *vis-à-vis* do exterior, se caracteriza por horizontes abertos, porosos e móveis. O espaço público melhor se descreve como uma rede permitindo comunicar conteúdos e tomadas de posição, e desta forma, *opiniões*; os fluxos da comunicação nele são filtrados e sintetizados de maneira a se condensar em opiniões *públicas* reagrupadas em função de um tema específico. Tanto como o mundo da vida no seu conjunto, o espaço público se reproduz ele também pelo meio da atividade comunicacional, o conhecimento de uma língua natural sendo suficiente para dela participar; importa para ele que a prática cotidiana da comunicação esteja *ao alcance de todos*. No mundo da vida, nós tínhamos descoberto um reservatório de interações simples com relação às quais os sistemas de ação e de saber especializados, que se diferenciam no interior do mundo da vida, ficam eles também ligados. Eles se vinculam (como a religião, a escola, a família) às funções gerais de reprodução próprias ao mundo da vida ou (como a ciência, a moral, a arte) a diferentes aspectos da validade de saberes comunicados pelo meio da linguagem ordinária. Mas o espaço público não se especializa com relação a nenhum destes aspectos; na medida em que ele se estende a questões de ordem política, é para o sistema político que ele deixa o tratamento especializado destas questões. O espaço público se distingue muito mais por uma *estrutura de comunicação* relativa a um terceiro aspecto da atividade orientada para a compreensão; ele não diz respeito portanto nem às *funções* nem aos *conteúdos* da comunicação cotidiana, mas ao *espaço social* produzido pela atividade comunicacional”.²⁶

Com efeito, Habermas vai sustentar que o direito moderno está presente nos dois mundos da sua Teoria Social (sistema e mundo vivido) e, desta forma, sujeito às razões sistêmica e comunicacional. Assim sendo, Habermas opõe-se a autores (como, por exemplo, Niklas Luhmann e Gunther Teubner) que compreendem o direito de uma maneira exclusivamente (Luhmann) ou quase exclusivamente (Teubner) sistêmica. Habermas afirma que “a especificação funcional do mundo vivido se efetua de uma tal maneira que seus componentes – cultura, sociedade e estruturas da personalidade – se diferenciam, certamente, *nos limites* de uma linguagem multifuncional, mas continuam *vinculados* por este *médium*. Faz-se necessário distinguir deste a diferenciação sistêmica que passa pela introdução de códigos especiais e pela qual os sistemas funcionais, tais quais a economia regulada pelo dinheiro e a administração regulada pelo poder, se desenvolvem – exclusivamente – a partir do componente <<sociedade>> do mundo vivido. Sob tais premissas, o direito conserva uma função de junção entre o sistema e o mundo vivido, função incompatível

com a idéia segundo a qual o sistema jurídico apresentaria um isolamento e um enquistamento autopoietico. Aquilo que Teubner descreve como uma <<operação de interferência>> resulta muito mais da dupla posição e da função mediadora, uma e outra bem singulares, que são aquelas do direito entre, de um lado, um mundo vivido reproduzido pelo meio da atividade comunicacional e, de outro lado, os sistemas funcionais da sociedade que constituem meio-ambientes uns para os outros. Aqui onde ele encontra os *médiuns* do dinheiro e do poder administrativo, que são surdos às mensagens formuladas em termos de linguagem ordinária, o ciclo da comunicação própria ao mundo vivido é interrompido; com efeito, os códigos especiais não são somente diferenciados a partir de uma linguagem ordinária cuja estrutura é mais rica, mas são ainda dissociados desta linguagem. Certamente, ela constitui um horizonte universal de compreensão e pode em princípio traduzir tudo *a partir* de todas as línguas. Em contrapartida, lhe é impossível mobilizar suas mensagens em direção de todos os destinatários, de uma maneira que venha a agir eficazmente sobre seus comportamentos. Para operar a tradução *dentro* dos códigos especiais, esta linguagem ordinária depende do direito, que comunica com esses *médiuns* de regulação que são o dinheiro e o poder administrativo. O direito funciona como uma espécie de transformador que impede a teia da comunicação na escala da sociedade no seu conjunto, fundamento da integração social, de se romper. É somente na linguagem do direito que as mensagens com conteúdo normativo podem circular *na escala da sociedade no seu conjunto*; entrando nas áreas de ação reguladas pelos *médiuns*, elas cairiam no ouvido de um surdo se não fossem traduzidas dentro do código jurídico, código complexo aberto tanto ao mundo vivido quanto ao sistema”.²⁷

Desta forma, a hipótese central de Habermas sobre o direito moderno está exatamente na imbricação constitutiva deste nos dois campos de sua Teoria Social: sistema e mundo vivido. Para o autor, tal direito estaria presente tanto numa dinâmica de discussão existente no espaço público estruturado no mundo vivido, com uma auto-reflexão que lhe é própria, quanto numa dinâmica existente no funcionamento do código jurídico (direito positivo) com sua especialização sistêmica²⁸. Esta síntese é perpassada, por sua vez, por uma tensão permanente que faz parte da própria constituição do direito moderno²⁹. Para Habermas, existe neste direito uma tensão estruturante e não passível de resolução entre sua positividade (facticidade) e exigência de fundamentação racional (validade) que ela traz consigo mesma, ou seja, tensão entre os imperativos sistêmicos do direito (positividade) e sua pretensão a uma aceitabilidade racional em um espaço público de discussão (legitimidade).³⁰

Esta tensão estruturante do direito moderno assume, nos dias atuais, a forma de um direito procedural. Com efeito, no último capítulo de “Direito e democracia”³¹, no qual Habermas trata dos diferentes tipos deste direito moderno, três paradigmas são apresentados: o paradigma do direito do Estado liberal (direito civil), o paradigma do direito do Estado Social (direito social) e o paradigma do direito procedural. No primeiro paradigma, o direito está centrado na autonomia privada individual, na figura do indivíduo proprietário que, conforme uma visão liberal do direito, vai limitar este último, grosso modo, às tarefas de segurança das pessoas e da auto-regulação das trocas no âmbito do mercado. No segundo paradigma, o direito assume função não mais negativa e sim positiva, ou seja, assume funções organizativas, propositivas e corretivas, sobretudo no âmbito do funcionamento do mercado, visando diferentes tipos de prestação (direitos sociais) em nome não mais de uma igualdade formal, mas sim visando uma “aproximação” de uma igualdade material. No paradigma do direito procedural, Habermas desenvolve uma concepção de direito que vai para além (e não necessariamente contradiz ou opõe-se radicalmente) dos dois paradigmas anteriores. A autonomia privada própria aos ideais liberais, bem como as intervenções sócio-redistributivas próprias aos ideais do Estado social, só podem ser plenamente assumidas e, desta forma, compatibilizadas, pelo alargamento e aprofundamento de práticas democráticas de auto-determinação e invenção normativa, ou seja, pelo desenvolvimento de procedimentos que permitam a interpenetração de formas de socialização reflexiva-comunicacional e de formas sistêmicas de organização jurídica. Com relação a diferentes aspectos deste movimento de paradigmas, afirma Habermas que “Franz Wieacker, decifrando o paradigma liberal do direito nos Códigos clássicos do direito privado, introduziu, do ponto de vista descritivo, um conceito análogo, o de <<modelo social>>... Num primeiro momento, esta *mutação social do direito* foi compreendida como um processo no curso do qual uma nova leitura do direito, instrumental e guiada pela idéia de justiça do Estado providência, se superpôs ao modelo liberal do direito para afastá-lo e, finalmente, substituí-lo. Os juristas alemães perceberam este processo, que dissolveu tanto a unidade clássica quanto a articulação sistemática de uma ordem jurídica que parecia ser a única ordem racional, como uma *crise do direito*... A busca de um novo paradigma situado para além das alternativas bem conhecidas foi suscitada pela estrutura opaca de uma ordem jurídica cujo tipo de regulamentação privilegiado não era nem o programa condicional nem o programa finalizado, mas que, mesmo alargando as normas de organização e de procedimento, sobrecarregava sempre o Legislador pedindo-lhe a regulamentação de questões complexas e de

setores funcionais autônomos... As conseqüências involuntárias da jurisdicização chamam a atenção para o vínculo interno entre autonomia privada e autonomia pública. Os efeitos indesejáveis que provoca o movimento de previsão do Estado providência podem ser compensados por uma política de qualificação de cidadãos que fundamenta o direito às prestações somente sobre o estatuto de cidadão garantindo tanto uma autonomia privada quanto uma autonomia pública. A mudança do catálogo de tarefas incumbindo o Estado e o alargamento do domínio de atividade da Administração provocam igualmente conseqüências para a separação de poderes. A autoprogramação de uma Administração tornada autônoma e a delegação não autorizada de poderes estatais podem ser compensadas por um deslocamento no interior da separação funcional de poderes dentro do próprio sistema administrativo, dito de outra forma, por novos tipos de participação e por um controle que exerceriam espaços públicos específicos”³².

Assim sendo, vemos que o paradigma do direito procedural desenvolvido por Habermas possui uma definição normativa e um sentido normativo que não estão resumidos ou esgotados numa perspectiva formalista do direito nem tão pouco num conteúdo moral estabelecido *a prioristicamente* pois será por meio de um procedimento de edição e de discussão deste direito que produzir-se-á sua legitimidade. Para além da forma jurídica procedimental (como sustentam as variantes do positivismo) e do conteúdo moral imutável dado *a priori* (como sustentam as diferentes variantes do jusnaturalismo), Habermas centra sua compreensão do direito moderno nos aspectos procedurais de sua edição e discussão.³³

A compreensão do direito desenvolvida por Habermas, relativiza (sem necessariamente suprimir) certos papéis e funções tradicionais de criar o direito, ou seja, de dizer o que é o direito. Com efeito, segundo Habermas, não pertence mais (de maneira exclusiva e soberana) ao Juiz, ao Legislador, ao Executivo ou aos particulares o “poder” de (1) dizer o que é o direito ou de (2) mostrar o significado racional dos seus princípios ou de suas regras gerais. Com efeito, existe uma visão específica do direito procedural-discursivo no sentido de observar a emergência de aspectos procedurais que enquadram as decisões tomadas por atores individuais ou coletivos de maneira a construir uma necessidade obrigatória, fundamental e indispensável de justificação racional-argumentativa destas decisões. Volta-se, tal visão, para uma valorização das (1) obrigações procedurais que devem respeitar o processo deliberativo e das (2) decisões negociadas. Desta forma, existe uma análise ligada a um certo tipo de “desformalização” (no sentido do direito formal procedimental do Estado liberal de Direito), mas também de “desmaterialização” (no sentido do direito material garantido pela – e exclusiva –

decisão e ação do Estado-providência) do direito.

Podemos constatar também que os aspectos procedurais-discursivos comportam, com certeza, algum tipo de “flexibilização” do direito de forma a torná-lo mais “regulatório” e menos “impositivo”³⁴. Com efeito, são desenvolvidos aspectos relacionados à emergência de novos modos de criação e aplicação do direito nas sociedades contemporâneas que dizem respeito a formas jurídicas mais flexíveis adaptadas a uma governabilidade e uma regulação sócio-jurídica de sociedades cada vez mais plurais, conflituosas e complexas. Neste contexto, o Estado contemporâneo caracteriza-se menos por técnicas político-jurídicas de comando soberano e mais por técnicas político-jurídicas de enquadramento procedural por meio do qual serão dadas as condições de possibilidade de um certo tipo de auto-regulação da sociedade civil. Isto não significa dizer que o Estado contemporâneo perca suas funções de instância decisória e punitiva (distribuidora de sanção). Entretanto, ao lado destas funções, emergem novas modalidades de ação mais voltadas para a supervisão e enquadramento de processos de auto-determinação e de invenção normativa que são realizados em diferentes níveis da organização social. Estes espaços nos quais circulam as discussões, pontos de vista, argumentos etc. são redimensionados (e não propriamente criados) pelos aspectos procedurais-discursivos do direito contemporâneo: este tende menos a criar completamente (e de forma pronta e acabada) a norma jurídica e mais a incitar, enquadrar, avaliar e estabelecer formas visando a questão de como esta norma pode ser criada, ou seja, ele valoriza a argumentação racional e a auto-organização de diferentes espaços públicos de discussão nas múltiplas esferas sociais.

É neste sentido que Jean de Munck sustenta, diante do abandono de mecanismos formais de subordinação, a emergência de novos mecanismos de controle e não necessariamente de libertação: “A abertura de zonas de liberdade é uma condição de eficiência da instituição. Isto é verdade mesmo para as organizações que parecem as mais formais, e que parecem melhor realizar o ideal de uma substituição do poder às interações comunicacionais. Este fenômeno é reforçado nas sociedades contemporâneas pelo fato de, por motivos diversos, os modelos de *management* nas organizações contam cada vez mais com os espaços de autonomia de seus membros para reforçar a eficiência dos sistemas administrativos. Constatamos um abandono progressivo do modelo formal da subordinação pura e simples em proveito de outros métodos de controle e de coordenação coletiva face ao imprevisto... os novos dispositivos de controle tentam ir além dos antigos modelos de ação racional da modernidade. O próprio Estado está engajado neste processo de transformação, em níveis diferentes segundo os setores”³⁵.

Estes aspectos procedurais-discursivos do direito aqui abordados a partir da visão de Habermas, estão sendo significativamente desenvolvidos pela Teoria Geral do Direito, Filosofia do Direito e Sociologia do Direito e podem ser mesmo considerados como aspectos de um (quase) consolidado paradigma do direito.

BIBLIOGRAFIA

DE MUNCK, Jean. “Normes et procédures: les coordonnées d’un débat”. In: DE MUNCK, Jean et VERHOEVEN, Marie (dir). **Les mutations du rapport à la norme: un changement dans la modernité?** Paris, Bruxelles: Ed. De Boeck & Larcier. 1997.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HABER, Stéphane. **Jürgen Habermas: une introduction**. Paris: Pocket/La Découverte, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **L’espace public: archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise**. Paris: Payot, 1986.

HABERMAS, Jürgen. **Morale et communication**. Paris: Les Éditions du Cerf, 1986.

HABERMAS, Jürgen. **Théorie de l’agir communicationnel**. Tomes I et II. Paris: Ed. Fayard, 1987.

HABERMAS, Jürgen. **Le discours philosophique de la modernité**. Paris: Éditions Gallimard, 1988.

HABERMAS, Jürgen. **Écrits politiques: culture, droit, histoire**. Paris: Les Éditions du Cerf, 1990.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats**. Francfort: Suhrkamp Verlag, 1992.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vols. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Droit et démocratie: entre faits et normes**. Paris: Éditions Gallimard, 1997.

JEAMMAUD, Antoine. “Introduction à la sémantique de la régulation juridique: des concepts en jeu”. in: CLAM, Jean et MARTIN, Gilles (dir.). **Les transformations de la régulation juridique**. Paris: LGDJ, 1998.

LATOUR, Bruno. **La fabrique du droit: une ethnographie du Conseil d’État**. Paris: Éditions La Découverte, 2002.

LECHTE, John. **Cinquenta pensadores**

contemporâneos essenciais: do estruturalismo à pós-modernidade. Rio de Janeiro: DIFEL/Bertrand Brasil, 2002.

LENOBLE, Jacques. **Droit et communication.** Paris: Les Éditions du Cerf, 1994.

LOCKE, John. **Traité du Gouvernement Civil.** Paris: Flammarion, 1992.

LUHMANN, Niklas **Sociologia do direito.** Volumes I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifeste du Parti Comuniste.** Paris: Libro/Poche, 2002.

OST, François. **Le temps du droit.** Paris: Éditions Odile Jacob, 1999.

RAWLS, John. **Teoria da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalisme: Différence et Démocratie.** Paris: Aubier, 1994.

TEUBNER, Gunther. **Le droit: un système autopoïétique.** Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 1993.

TEUBNER, Gunther. **Droit et Reflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation.** Paris: Bruylant/LGDJ, 1996.

WALZER, Michael. **Spheres of Justice.** New York: Basic Books, 1983.

NOTAS

¹ O presente artigo é parte de uma pesquisa realizada por ocasião de um pós-doutorado na Universidade de Paris X – Nanterre (França) com financiamento da CAPES (Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior).

² O autor é Pós-doutor em Direito Social pela Universidade de Paris X (Nanterre) - França, Doutor em Ciências Políticas pela Universidade de Montpellier I – França, Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ e Professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito (PPGSD) da Universidade Federal Fluminense (UFF)

³ No debate contemporâneo do direito, além das teorias procedurais-discursivas, podemos citar, de forma não exaustiva, as teorias liberais-contratualistas (como RAWLS, John. **Teoria da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 1997 e DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999), comunitaristas (como WALZER, Michael. **Spheres of Justice.** New York: Basic Books, 1983 e TAYLOR, Charles. **Multiculturalisme: Différence et Démocratie.** Paris: Aubier, 1994) e sistemistas/auto-poieticas (como LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito.** 2 volumes. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1985).

⁴ Como veremos mais tarde, este direito pode ser compreendido dentro de uma perspectiva evolucionista, ou seja, como sendo o direito produzido nas sociedades contemporâneas, como também pode ser compreendido como uma característica própria do direito constituído pela modernidade.

⁵ É exatamente esta homogeneização que nos permite sustentar a emergência de um paradigma do direito procedural. Neste sentido, Jacques Lenoble afirma que esta “orientação, mais inovadora e fecunda, foi elaborada por autores desejosos de retomar, ainda que com base num conceito renovado de <<racionalização>>, o ponto de vista de M. Weber. Da mesma forma como eu mesmo proponho, estes autores sugerem que uma percepção mais correta do processo de racionalização moderna, enfim purificado de ilusões de superpotência que não cessaram de pervertê-lo a mais de três séculos, conduz hoje à emergência de uma *proceduralização* de nossos modos de regulação social e à instauração progressiva do *paradigma do direito procedural*”. No original “... orientation, plus novatrice et plus féconde, a été empruntée par des auteurs désireux de reprendre, quoique sur base d’un concept renouvelé de <<rationalisation>>, la démarche de M. Weber. Tout comme je le propose moi-même, ces auteurs suggèrent qu’une perception mieux comprise du processus de rationalisation moderne, enfim lavée des illusions de toute-puissance qui n’ont eu de cesse de la pervertir depuis plus de trois siècles, conduit aujourd’hui à l’émergence d’une *proceduralisation* de nos modes de régulation sociale et à l’instauration progressive du *paradigme du droit procedural*.” LENOBLE, Jacques. **Droit et communication.** Paris: Les Éditions du Cerf, 1994, p. 22.

⁶ No original: “Le droit moderne consiste en un système de normes positives contraignantes qui ont à tout le moins la prétention de garantir la liberté. Les caractéristiques formelles de la contrainte et de la positivité s’associent ainsi à une prétention à la légitimité; en effet, le fait que les normes, assorties de menaces de sanctions étatiques, soient générées par les décisions modifiables d’un Législateur politique, est lié à l’attente qu’une garantie égale soit ainsi offerte à l’autonomie de tous les sujets de droit. Cette attente de légitimité entre en relation étroite avec la factualité aussi bien de l’édiction que de la mise en oeuvre du droit. C’est ce qu’exprime, à son tour, le mode ambivalent de la validité du droit. En effet, le droit moderne présente à ses destinataires une tête de Janus, ils peuvent considérer les normes juridiques soit comme des commandements qui définissent des restrictions factuelles de leur marge d’action et les amènent à gérer, d’un point de vue *stratégique*, les conséquences calculables d’une infraction éventuelle à des règles, soit comme des commandements valides qui les amènent, d’un point de vue *performatif*, à y obéir <<au nom du respect de la loi>>. Une norme juridique est valide lorsque l’État garantit ces deux aspects en assurant, d’une part, un respect convenable des normes, le cas échéant obtenu de force au moyen de sanctions, et en garantissant, d’autre part, les conditions institutionnelles d’une genèse légitime de la norme elle-même, afin qu’elle puisse toujours être suivie au nom du respect de la loi. Sur quoi se fonde, dès lors, la légitimité des règles que le Législateur politique peut à tout moment modifier? Cette question devient plus aiguë, notamment dans les sociétés pluralistes dans lesquelles les visions du monde inclusives et les éthiques dotées de force obligatoire collective se sont désintégréées et où la morale post-traditionnelle qui subsiste et qui n’est fondée que sur la seule conscience morale de chacun, n’offre plus de base suffisante pour fonder le droit naturel

autrefois légitimé par la religion ou la métaphysique. De toute évidence, dans un contexte postmétaphysique, la seule source de légitimité est la procédure démocratique par laquelle le droit est généré. D'où cette procédure tire-t-elle cependant sa force légitimante? À cette question, la théorie de la discussion apporte une réponse simple, à première vue invraisemblable; en effet, la procédure démocratique permet le libre jeu de thèmes et de contributions, des informations et des raisons, elle assure à la formation de la volonté politique son caractère de discussion et justifie ainsi la supposition faillibiliste que les résultats obtenus grâce à cette procédure sont plus ou moins raisonnables". HABERMAS, Jürgen. **Droit et démocratie: entre faits et normes**. Paris: Éditions Gallimard, 1997, pp. 477/478.

⁷ Podemos dar alguns exemplos não exaustivos: **L'espace public: archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise**. Paris: Payot, 1986. **Morale et communication**. Paris: Les Éditions du Cerf, 1986. **Le discours philosophique de la modernité**. Paris: Éditions Gallimard, 1988. **Écrits politiques: culture, droit, histoire**. Paris: Les Éditions du Cerf, 1990.

⁸ Não obstante o fato de termos uma tradução em português desde 1997 (**Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vols. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997) para a obra de Habermas (**Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1992), utilizaremos a tradução francesa (**Droit et démocratie: entre faits et normes**. Paris: Éditions Gallimard, 1997) pelo fato de termos tido somente acesso a esta versão por ocasião da pesquisa.

⁹ Com relação às tradicionais teorias modernas do jusnaturalismo e positivismo, o direito procedural mostra que o direito moderno, em sociedades caracterizadas por uma pluralidade de valores, não mais encontra um ponto de unificação de ordem tradicional baseado num conteúdo fixo e imutável como fonte de legitimidade (como sustenta o jusnaturalismo), bem como, se o direito é um fator de integração social, ele não pode deixar de se valer de algum aspecto de indisponibilidade relacionado à produção e justificação da norma de direito (como sustenta o positivismo). Com relação às insuficiências das teorias contemporâneas, como afirma Jacques Lenoble "certas (dentre elas, o movimento *Law and Economics* é a expressão mais clara sobre o plano da teoria do direito) querem revalorizar uma crença em formas clássicas de racionalidade aptas a reintegrar o quadro tranquilizador de um cálculo possível de normas. As velhas forças da razão liberal, na sua versão idealista ou na sua versão utilitarista e economista, forneceriam assim os elementos para pensar adequadamente nosso presente. Outras (cujos movimentos americanos da *Law and Literature*, dos *Critical Legal Studies* e de seus prolongamentos ligados ao *Political Correctness Movement - Critical Race Theory, Feminist Theory* – são expressões sobre o plano da teoria do direito) em nome da obsolescência dos velhos sonhos racionalistas, valorizam, de maneira <<pós-moderna>>, a pluralidade em si mesma. Tal posição leva a um ceticismo relativista: ela parece insatisfatória para inventar um modo novo de coordenação social e para pensar as novas formas de decisão coletiva que surgem nos dias atuais". No original: "Certains (parmi elles, le mouvement *Law and Economics* est l'expression la plus claire sur le plan de la théorie du droit) entendent revaloriser une croyance en des formes classiques de rationalité aptes à réintégrer le cadre sécurisant d'un calcul possible des normes. Les vieux ressorts de la raison libérale,

dans sa version idéaliste ou dans sa version utilitariste et économiste fourniraient ainsi les matériaux pour penser adéquatement notre présent. D'autres (dont les mouvements américains de *Law and Literature*, des *Critical Legal Studies* et de ses prolongements liés au *Political Correctness Movement - Critical Race Theory, Feminist Theory* – sont des expressions sur le plan de la théorie du droit) au nom de l'obsolescence des vieux rêves rationalistes, valorisent, de façon <<post-moderne>>, la pluralité pour elle-même. Une telle position débouche sur un scepticisme relativiste: elle semble insatisfaisante pour inventer un mode nouveau de coordination sociale et pour penser les formes nouvelles de décision collective qui émergent aujourd'hui". LENOBLE, Jacques. **Droit et communication**. Paris: Les Éditions du Cerf, 1994, p. 21.

¹⁰ "No espírito do paradigma proceduralista do direito, são, antes de tudo, as condições procedurais do processo democrático que merecem proteção... minha argumentação procura essencialmente demonstrar que não existe simplesmente, entre Estado de direito e democracia, uma relação histórica contingente, mas bem um vínculo conceitual, ou interno". No original: "Dans l'esprit du paradigme procéduraliste du droit, ce sont avant tout les conditions procédurales du processus démocratique qui méritent d'être protégées... mon argumentation cherche essentiellement à démontrer qu'il n'existe pas simplement, entre l'État de droit et la démocratie, un rapport historique contingent, mais bien un lien conceptuel, ou interne." HABERMAS, Jürgen. **Droit et démocratie: entre faits et normes**. Paris: Éditions Gallimard, 1997, pp. 468 e 480.

¹¹ "O paradigma procedural do direito é, diga-se, o resultado de uma querela entre diferentes paradigmas e encontra-se situado sob a premissa segundo a qual o modelo do Estado providência e o modelo liberal do direito, dão, ao mesmo tempo, para a realização do direito, uma interpretação *excessivamente concreta e ocultam* o vínculo interno entre autonomia privada e autonomia pública..." No original: "Le paradigme procédural du droit est par ailleurs le résultat d'une querelle entre différents paradigmes et se trouve placé sous la prémise selon laquelle le modèle de l'État providence et le modèle libéral du droit, à la fois donnent de la réalisation du droit une interprétation *trop concrète et occultent* le lien interne entre autonomie privée et autonomie publique..." HABERMAS, Jürgen. **Droit et démocratie: entre faits et normes**. Paris: Éditions Gallimard, 1997, p. 466.

¹² "... a mediação recíproca entre uma soberania do povo juridicamente institucionalizada e uma soberania do povo não institucionalizada é a chave da gênese democrática do direito". No original: "...la médiation réciproque entre une souveraineté du peuple juridiquement institutionnalisée et une souveraineté du peuple non institutionnalisée est la clé de la genèse démocratique du droit". HABERMAS, Jürgen. **Droit et démocratie: entre faits et normes**. Paris: Éditions Gallimard, 1997, p. 471.

¹³ No original: "Pourquoi parler de tous ces détails sordides, comme si l'ethnographe avait la myopie d'une souris papivore? Parce que pas une seconde, en suivant la lente fabrication d'un dossier, nous ne quittons les fondements intellectuels et cognitifs du droit. Si l'observateur est myope, le droit est procédurier: oeil pour oeil, dent pour dent... En suivant obstinément nos chemises cartonnées, en remarquant comment elles se chargent, se plissent et se nourrissent, en notant les placards, bureaux, couloirs, caves, fauteuils ou chaises sur lesquels on les fait vieillir,

nous repérons les différents métiers du Conseil”. LATOUR, Bruno. **La fabrique du droit: une ethnographie du Conseil d’État**. Paris: Éditions La Découverte, 2002, p. 96.

¹⁷ Estes aspectos estão presentes no clássico de MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifeste du Parti Communiste**. Paris: Libro/Poche, 2002.

¹⁴ No original: “Du point de vue de la *théorie du droit*, les ordres juridiques modernes ne peuvent tirer leur légitimation que de l’idée d’autodétermination; en effet, il faut que les citoyens puissent se concevoir à tout moment comme les auteurs du droit auquel ils sont soumis en tant que destinataires. Les théories contractualistes expliquent l’autonomie des citoyens au moyen des catégories de la législation civile en matière de contrats, précisément comme le libre arbitre privé des parties contractantes. Il était toutefois impossible d’élucider de façon satisfaisante le problème hobbesien de la fondation d’un ordre social, à partir de la rencontre contingente entre les choix rationnels opérés par des acteurs indépendants. C’est pourquoi Kant – tout comme le fera Rawls pour les partenaires de la situation originelle – a doté les partenaires de l’état de nature d’une faculté authentiquement morale. Or, après le tournant linguistique, l’interprétation qui s’offre à nous pour une telle compréhension déontologique de la morale est celle d’une théorie de la discussion. C’est ainsi qu’un modèle de la discussion ou de la délibération va se substituer à celui du contrat; en effet, la communauté juridique ne se constitue pas au moyen d’un contrat social, mais en vertu d’un accord établi au moyen de la discussion”. HABERMAS, Jürgen. **Droit et démocratie: entre faits et normes**. Paris: Éditions Gallimard, 1997, p. 479.

¹⁸ “A razão prática enquanto faculdade subjetiva é um conceito moderno”. No original: “La raison pratique en tant que faculté subjective est un concept moderne”. HABERMAS, Jürgen. **Droit et démocratie: entre faits et normes**. Paris: Éditions Gallimard, 1997, p. 15.

¹⁹ No original: “première différence entre la raison pratique et celle définie par la communication, cette dernière n’est plus imputée ni à un acteur isolé ni à un macro-sujet social ou étatique. C’est bien plutôt le médium du langage, au moyen duquel se tissent les interactions et se structurent les formes de vie, qui crée la possibilité d’une raison fondée sur la communication”. HABERMAS, Jürgen. **Droit et démocratie: entre faits et normes**. Paris: Éditions Gallimard, 1997, p. 17.

¹⁵ Por exemplo, François Ost afirma que “Habermas deu ao paradigma do direito procedural uma audiência pouco comum; seguidores ou críticos, numerosos são, com efeito, os autores que consideram que, em tempo onde o indecível faz sentido, existe somente uma racionalidade procedural e uma legitimidade negociada. Na medida em que o passado não tem mais autoridade e que o futuro não mobiliza mais as energias, a fonte do valor (validade) se concentra na troca do presente. Num sentido, entretanto, estas afirmações são triviais: é, com efeito, da natureza do direito ser procedural. Desde sempre, a essência do jurídico (se ainda é permitido falar assim) é o procedimento, ou a troca regrada de argumentos em vista da produção do justo. Sem dúvida, e tal é a parte pertinente da tese da proceduralização do direito, esta natureza deliberativa ou comunicacional do direito se verifica melhor nos dias atuais do que no passado, onde o jurídico pode assumir formas autoritárias”. No original: “Habermas a conféré au paradigme procédural une audience peu commune; épigones ou critiques, très nombreux sont en effet les auteurs qui considèrent qu’en temps où l’indécidable fait sens, il n’est plus de rationalité que procédurale et de légitimité que négociée. Lorsque le passé ne fait plus autorité et que l’avenir ne mobilise plus les énergies, la source de la valeur (validité) se concentre dans l’échange présent. Dans un sens, cependant, ces affirmations sont triviales. il est en effet de la nature du droit d’être procédural. Depuis toujours, l’essence du juridique (s’il est encore permis de parler ainsi) est la procédure, ou l’échange réglé des arguments en vue de la production du juste. Sans doute, et telle est la part de pertinence de la thèse de la procéduralisation du droit, cette nature délibérative ou communicationnelle du droit se vérifie-t-elle aujourd’hui mieux que dans le passé, où le juridique a pu prendre des formes autoritaires”. OST, François. **Le temps du droit**. Paris: Éditions Odile Jacob, 1999, p. 320.

²⁰ Habermas é conhecido como o mais importante membro da segunda geração do Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt, cujos estudos sobre a modernidade foram claramente perpassados pelas influências de Hegel e Marx. Tal Instituto, conhecido como Escola de Frankfurt, projetou uma primeira geração (T. Adorno, W. Benjamin e M. Horkheimer são os nomes mais conhecidos) marcada pelo pessimismo cultural no projeto da modernidade. Habermas, nascido em 1929 em Düsseldorf, foi assistente de Adorno entre 1956 e 1959 e, desta forma, foi influenciado pelas reflexões da primeira geração da Escola. Para maiores detalhes bibliográficos e dos aspectos mais gerais do percurso intelectual de Habermas nos remetemos à obra de HABER, Stéphane. **Jürgen Habermas: une introduction**. Paris: Pocket/La Découverte, 2001. Para uma síntese bem simples destes mesmos detalhes e aspectos nos remetemos à LECHTE, John. **Cinquenta pensadores contemporâneos essenciais: do estruturalismo à pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DIFEL/Bertrand Brasil, 2002, pp. 209/214.

²¹ Como afirma Stéphane Haber com relação ao pensamento de Habermas: “A modernidade se afirma, portanto, também pelo progresso de uma socialização reflexiva cuja discussão é o vetor principal... no tipo ideal de uma sociedade organizada pelo princípio de uma tal socialização, o vínculo social não será assegurado pelas tradições ou valores comuns interiorizados, nem mesmo pela mão invisível da produção automática do interesse coletivo a partir dos interesses individuais, mas somente pela força de vinculação inerente à troca discursiva em si mesma. A teoria da comunicação elaborada por Habermas procura justificar este princípio, numa primeira vista surpreendente, e procura se assegurar de seu caráter historicamente realista. Mais precisamente, ela gostaria de mostrar que o vínculo comunicacional que une pessoas deliberando no curso de trocas e de discussões bem constitui um vínculo *social* (dito verdadeiramente o ponto de apoio de todo vínculo social racional), chamado a se tornar cada vez mais importante, um vínculo que traz consigo forças de emancipação...” No original: “La modernité se marque donc aussi par le progrès d’une socialisation réflexive dont la discussion est le vecteur principal... dans le type idéal d’une société régie par le principe d’une telle socialisation, le lien social ne serait pas assuré par les traditions ou les valeurs communes interiorisées, ni même par la main invisible de la production automatique de l’intérêt collectif à partir des intérêts individuels, mais par la seule force de liaison inhérente à l’échange discursif lui-même. La théorie de la communication élaborée par Habermas entend justifier ce

¹⁶ Esta visão positiva está presente, por exemplo em LOCKE, John. **Traité du Gouvernement Civil**. Paris: Flammarion, 1992.

principe au premier abord surprenant et s'assurer de son caractère historiquement réaliste. Plus précisément, elle voudrait montrer que le lien communicationnel qui unit des personnes délibérant au cours d'échanges et de discussions constitue bien un lien *social* (à vrai dire le point d'appui de tout lien social rationnel), appelé à devenir de plus en plus important, un lien qui porte les forces de l'émancipation..." HABER, Stéphane. **Jürgen Habermas: une introduction**. Paris: Pocket/La Découverte, 2001, p. 127.

²² No original: "... deux registres sur lesquels l'analyse de la rationalité peut s'appliquer aux concepts de savoir propositionnel et de monde objectif. Entre ces deux cas, cependant, la différence réside dans le *mode d'application* du savoir propositionnel. L'application de ce savoir peut en effet être considérée sous deux aspects: c'est tantôt la *manipulation instrumentale*, et tantôt l'*entente communicationnelle*, qui apparaît comme le *télos* interne de la rationalité". HABERMAS, Jürgen. **Théorie de l'agir communicationnel**. Tome I. Paris: Ed. Fayard, 1987, p. 27.

²³ Para fins de compreensão desta noção em Habermas, e para evitar qualquer tipo de mal-entendido com a Sociologia, Antropologia e Etnologia; consideramos aqui a sociedade moderna como sociedade complexa não por ser mais "desenvolvida" ou "complicada" em oposição às sociedades pré-modernas que seriam, por sua vez, mais "atrasadas" ou "simples". A complexidade das sociedades modernas é caracterizada por uma fragmentação de valores que passam a oferecer várias opções valorativas mais ou menos individuais ou individualizáveis no interior da formação social.

²⁴ No original: "*Certains* de ces systèmes fonctionnellement spécialisés s'émancipent des domaines d'action qui sont intégrés par des mécanismes sociaux, autrement dit en passant par des valeurs, par des normes et par l'entente, si bien que ces systèmes – comme l'économie au moyen de l'argent ou l'Administration au moyen du pouvoir – développent des codes qui leur sont propres". HABERMAS, Jürgen. **Droit et démocratie: entre faits et normes**. Paris: Éditions Gallimard, 1997, p. 381.

²⁵ Neste sentido Habermas, ao desenvolver o conceito de mundo da vida, conjuga uma perspectiva vista no parágrafo anterior como sistêmica e estruturalista a uma visão fenomenológica e interacionista. Como afirma Stéphane Haber "o universo que se constitui em torno da atividade comunicacional, Habermas o interroga em função da idéia de <<mundo da vida>>. Em que a intervenção de uma tal noção aqui se impõe? Na tradição fenomenológica, este termo designava o universo da experiência ordinária imediata, pré-científica, atravessada por significações intersubjetivas divididas, em suma um universo ao qual eu pertence, de uma certa maneira, antes de me pertencer. Não é um acaso se o conceito de mundo da vida exerceu uma influência durável sobre as ciências sociais, em particular sobre as concepções <<interacionistas>>, aquelas que insistem sobre o fato que o vínculo social e sua reprodução devem ser aprendidos com a ajuda de conceitos mais leves e descrições mais finas do que aquelas que dispunha a sociologia clássica e que sobretudo exigem uma mudança de escala da análise: sua recentragem sobre as interações cotidianas. Partindo muito mais do mundo da vida do que da sociedade concebida como um objeto *sui generis*, dava-se um sentido a idéia segundo a qual os indivíduos e os grupos não são primeiramente *membros* de um todo, mas *agentes* que se inventam e participam das diferentes esferas sociais as quais eles pertencem,

que interpretam seus mundos e possuem um mínimo de distância reflexiva com relação daquilo que eles são e daquilo que eles fazem. Justificava-se o interesse pela experiência vivida e pelo cotidiano. Habermas está bem próximo desta valorização do cotidiano (de um cotidiano que não é primeiramente inerte e coercitivo, mas sempre também local de desenvolvimento de uma atividade construtiva e de invenção de si) tão característica de uma parte da fenomenologia existencial e de correntes que se encontraram em afinidade com ela na sociologia. É neste espírito que ele coloca que a racionalização da vida humana se efetua primeiramente <<por baixo>>: neste sentido, tudo já está dado na troca linguística rotineira. Sobre sua base se edificam em seguida, progressivamente e na penumbra do cotidiano, práticas e formas de vida que deixam um lugar mais ou menos discreto para a discussão racional; se inscrevem no contexto da vida privada ou de sociabilidades públicas maneiras de fazer e de pensar que integram de alguma forma o princípio da comunicação liberada. Para ele, é no universo de interações ordinárias mediadas pela linguagem – antes dos universos especializados do direito, da teoria moral ou da crítica da arte – que se joga o essencial. É nele que se articulam processos de aprendizagem no curso dos quais se experimenta a socialização reflexiva fundada sobre a compreensão, fornecendo-lhe assim uma base sólida". No original: "L'univers qui se constitue autour de l'activité communicationnelle, Habermas l'interroge en fonction de l'idée de <<monde vécu>>. En quoi l'intervention d'une telle notion s'impose-t-elle ici? Dans la tradition phénoménologique, ce terme désignait l'univers de l'expérience ordinaire immédiate, pré-scientifique, traversé de significations intersubjectives partagées, en somme un univers auquel j'appartiens, d'une certaine façon, avant de m'appartenir. Ce n'est pas un hasard si ce concept de monde vécu a exercé une influence durable sur les sciences sociales, en particulier sur les conceptions <<interactionnistes>>, celles qui insistent sur le fait que le lien social et sa reproduction doivent être appréhendés à l'aide de concepts plus légers et de descriptions plus fines que celles dont disposait la sociologie classique et qui surtout exigent un changement d'échelle de l'analyse: son recentrage sur les interactions quotidiennes. En partant du monde vécu plutôt que de la Société conçue comme un objet *sui generis*, on donnait un sens à l'idée selon laquelle les individus et les groupes ne sont pas d'abord les *membres* d'un tout, mais des *agents* qui s'inventent en participant aux différents sphères sociales auxquelles ils appartiennent, qui interprètent leur monde et possèdent un minimum de distance réflexive à l'égard de ce qu'ils sont et de ce qu'ils font. On justifiait l'intérêt pour l'expérience vécue et le quotidien. Habermas est très proche de cette valorisation du quotidien (d'un quotidien qui n'est pas d'abord inertie et contrainte, mais toujours aussi lieu de déploiement d'une activité constructive et d'une invention de soi) si caractéristique d'une partie de la phénoménologie existentielle et des courants qui se sont trouvés en affinité avec elle en sociologie. C'est dans cet esprit qu'il pose que la rationalisation de la vie humaine s'effectue d'abord <<par le bas>>: en un sens, tout est déjà donné dans l'échange langagier le plus routinier. Sur sa base s'édifient ensuite progressivement et dans la pénombre du quotidien des pratiques et des formes de vie qui accordent une place plus ou moins discrète à la discussion rationnelle; s'inscrivent dans le contexte de la vie privée ou des sociabilités publiques de façons de faire et de penser qui intègrent en quelque manière le principe de communication libérée. Pour lui, c'est dans l'univers des interactions ordinaires médiatisées par le langage – avant les univers spécialisés du droit, de la théorie morale

ou de la critique d'art – que se joue l'essentiel. C'est là que s'enclenchent des processus d'apprentissage au cours desquels s'expérimente la socialisation réflexive fondée sur l'entente, lui fournissant ainsi une base solide." HABER, Stéphane. **Jürgen Habermas: une introduction**. Paris: Pocket/La Découverte, 2001, pp. 143/144.

²⁶ No original "Si l'espace public est un phénomène social aussi élémentaire que le sont l'action, l'acteur, le groupe ou la collectivité, il échappe néanmoins aux concepts traditionnels de l'ordre social. L'espace public ne peut pas se concevoir comme une institution, ni, assurément, comme une organisation; lui-même n'est pas une structure normative avec différenciation des compétences et des rôles, réglementation de l'affiliation de ses membres etc. Il ne constitue pas non plus un système; il admet certaines frontières intérieures, mais, vis-à-vis de l'extérieur, se caractérise par des horizons ouverts, poreux et mobiles. L'espace public se décrit le mieux comme un réseau permettant de communiquer des contenus et des prises de position, et donc des *opinions*; les flux de la communication y sont filtrés et synthétisés de façon à se condenser en opinions *publiques* regroupées en fonction d'un thème spécifique. Tout comme le monde vécu dans son ensemble, l'espace public se reproduit lui aussi par le moyen de l'activité communicationnelle, la connaissance d'une langue naturelle étant suffisante pour y participer; il lui importe que la pratique quotidienne de la communication soit à la portée de tous. Dans le monde vécu, nous avons découvert un réservoir d'interactions simples auxquelles les systèmes d'action et de savoir spécialisés, qui se différencient à l'intérieur du monde vécu, restent eux aussi liés. Ils se rattachent (comme la religion, l'école, la famille) aux fonctions générales de reproduction propres au monde vécu ou (comme la science, la morale, l'art) à différents aspects de validité des savoirs communiqués au moyen du langage ordinaire. Mais l'espace public ne se spécialise par rapport à aucun de ces aspects; dans la mesure où il s'étend à des questions d'ordre politique, c'est au système politique qu'il abandonne le traitement spécialisé de ces questions. L'espace public se distingue plutôt par une *structure de communication* relative à un troisième aspect de l'activité orientée vers l'entente; il n'a donc trait ni aux *fonctions* ni aux *contenus* de la communication quotidienne, mais à l'*espace social* engendré par l'activité communicationnelle". HABERMAS, Jürgen, **Droit et démocratie: entre faits et normes**. Paris: Éditions Gallimard, 1997, pp. 387/388.

²⁷ No original: "la spécification fonctionnelle du monde vécu s'effectue de telle façon que ses composantes – culture, société et structures de la personnalité – se différencient, certes, *dans les limites* d'un langage multifonctionnel, mais restent *liées* par ce médium. Il faut en distinguer la différenciation systémique qui passe par l'introduction des codes spéciaux et par laquelle des systèmes fonctionnels, tels que l'économie régulée par l'argent et une administration régulée par le pouvoir, se développent – exclusivement – à partir de la composante <<société>> du monde vécu. Sous de telles prémisses, le droit conserve une fonction charnière entre système et monde vécu, fonction incompatible avec l'idée selon laquelle le système juridique présenterait un isolement et un enkystement autopoïétiques. Ce que Teubner décrit comme une <<opération d'interférence>> résulte plutôt de la double position et de la fonction médiatrice, l'une et l'autre très singulières, qui sont celles du droit entre, d'un côté, un monde vécu reproduit par le moyen de l'activité communicationnelle, et, de l'autre, les systèmes fonctionnels de la société qui constituent des

environnements les uns pour les autres. Là où il rencontre les *media* de l'argent et du pouvoir administratif, qui sont sourds aux messages formulés en termes de langage ordinaire, le cycle de la communication propre au monde vécu est interrompu; en effet, ces codes spéciaux ne sont pas seulement différenciés à partir d'un langage ordinaire dont la structure est plus riche, mais encore dissociés de ce langage. Certes, il constitue un horizon universel de compréhension et peut, en principe tout traduire à partir de toutes les langues. En revanche, il lui est impossible de mobiliser ses messages à l'intention de tous les destinataires, d'une façon qui agisse efficacement sur leur comportement. Pour opérer la traduction *dans* les codes spéciaux, ce langage ordinaire dépend du droit, qui communique avec ces *media* de régulation que sont l'argent et le pouvoir administratif. Le droit fonctionne en quelque sorte comme un transformateur qui empêche le tissu de la communication à l'échelle de la société dans son ensemble, fondement de l'intégration sociale, de se déchirer. Ce n'est que dans le langage du droit que les messages à contenu normatif peuvent circuler à l'échelle de la société dans son ensemble; entrant dans les domaines d'action régulés par les *media*, ils tomberaient dans l'oreille d'un sourd s'ils n'étaient pas traduits dans le code juridique, code complexe ouvert à la fois au monde vécu et au système". HABERMAS, Jürgen. **Droit et démocratie: entre faits et normes**. Paris: Éditions Gallimard, 1997, pp. 70/71.

²⁸ "Por <<direito>>, eu compreendo o direito moderno editado que pretende, ao mesmo tempo, a uma fundação sistemática, a uma interpretação e a uma aplicação obrigatória. O direito não representa somente, como a moral pós-convencional, uma forma de saber cultural, mas constitui ao mesmo tempo um componente importante do sistema de instituições sociais. O direito é tanto um sistema de saber quanto um sistema de ação. Podemos concebê-lo tanto como um texto feito de proposições e de interpretações normativas quanto como um conjunto de reguladores da ação. Na medida em que os elementos significantes e as orientações axiológicas são ligadas ao interior do direito enquanto sistema de ação, as proposições jurídicas possuem uma eficácia prática imediata que não possuem os julgamentos morais. Por outro lado, as instituições jurídicas se distinguem das ordens institucionais primitivas pela sua racionalidade comparativamente mais elevada; pois elas incarnam um sistema de saber tendo a forma de uma doutrina elaborada, dito de outra forma um sistema de saber articulado, elevado a um nível científico e ligado a uma moral fundada em princípios. Graças a uma tal concepção do direito... não se faz necessário renunciar a uma perspectiva sistêmica, do tipo parsoniana ou luhmaniana, para em seguida voltar a uma concepção holista da sociedade. O <<povo agrupado no Estado>> (*Staatsvolk*) ou a <<associação de societários jurídicos livres e iguais>> seriam então inevitáveis enquanto construções do sistema jurídico e pouco apropriados enquanto modelos da sociedade no seu conjunto. O conceito de mundo vivido, tal qual o introduz a teoria da comunicação, rompe ele também com a idéia de um todo composto de partes. O mundo vivido se constitui de um tecido de atos de comunicação que se ramificam através de espaços sociais e de tempos históricos, atos que se alimentam de tradições culturais e de ordens legítimas, tudo isto dependendo, por sua vez, das identidades de indivíduos socializados... do ponto de vista da teoria da atividade comunicacional, o sistema de ação do <<direito>> faz parte, enquanto ordem legítima tornada reflexiva, da componente <<sociedade>> do mundo vivido. De mesmo que esta última se reproduz através do fluxo da atividade comunicacional somente com a cultura

e as estruturas da personalidade tomadas em conjunto, de mesmo as ações jurídicas constituem o *medium* por meio do qual as instituições jurídicas se reproduzem ao mesmo tempo que as tradições jurídicas intersubjetivamente divididas e as faculdades subjetivas de interpretar e de respeitar as regras jurídicas”. No original: “Par <<droit>>, j’entends le droit moderne édicté qui prétend à la fois à une fondation systématique et à une interprétation et à une mise à exécution obligatoires. Le droit ne représente pas seulement, comme la morale postconventionnelle, une forme de savoir culturel, mais constitue en même temps une composante importante du système des institutions sociales. Le droit est à la fois un système de savoir et un système d’action. On peut le concevoir aussi bien comme un texte fait des propositions et d’interprétations normatives, que comme un ensemble de régulateurs d’action. Dans la mesure où les mobiles et les orientations sont liés à l’intérieur du droit en tant que système d’action, les propositions juridiques ont une efficacité pratique immédiate que n’ont pas les jugements moraux. D’un autre côté, les institutions juridiques se distinguent des ordres institutionnels primitifs par leur rationalité comparativement plus élevée; car elles incarnent un système de savoir ayant la forme d’une doctrine élaborée, autrement dit un système de savoir articulé, élevé à un niveau scientifique et lié à une morale fondée sur des principes. Grâce à une telle conception du droit... ce n’est pas la peine de renoncer à une approche systémique, de type parsonien ou luhmanien, pour ensuite revenir à une conception holiste de la société. Le <<peuple rassemblé dans l’État>> (*Staatsvolk*) ou l’<<association des sociétaires juridiques libres et égaux>> seraient alors à la fois inévitables en tant que constructions du système juridique et peu appropriés en tant que modèles de la société dans son ensemble. Le concept de monde vécu, tel que l’introduit la théorie de la communication, rompt lui aussi avec l’idée d’un tout composé de parties. Le monde vécu se constitue d’un tissu d’actes de communication qui se ramifient à travers les espaces sociaux et les temps historiques, actes qui se nourrissent de traditions culturelles et d’ordres légitimes tout en dépendant des identités d’individus socialisés... du point de vue de la théorie de l’activité communicationnelle, le système d’action du <<droit>> fait partie, en tant qu’ordre légitime devenu réflexif, de la composante <<société>> du monde vécu. De même que celle-ci ne se reproduit à travers le flux de l’activité communicationnelle qu’avec la culture et les structures de la personnalité pris ensemble, de même les actions juridiques constituent le médium au moyen duquel les institutions juridiques se reproduisent en même temps que les traditions juridiques intersubjectivement partagées et les facultés subjectives d’interpréter et de respecter les règles juridiques”. HABERMAS, Jürgen. **Droit et démocratie: entre faits et normes**. Paris: Éditions Gallimard, 1997, pp. 94/96.

²⁹ “A partir do momento em que assim consideramos o direito moderno como um mecanismo que descarrega as operações de compreensão dos atores da comunicação de certas tarefas de integração social, excessivamente pesadas para elas, e isto sem voltar, a princípio, sobre a liberação da comunicação; compreendemos então tanto a sua positividade como a sua aceitabilidade racional. Com efeito, a positividade do direito significa que um conjunto de normas editadas produz uma parte da realidade social artificialmente criada e que, na medida em que cada um de seus elementos pode ser modificado ou invalidado, existe cada vez somente até uma nova ordem. Do ponto de vista de sua modificação possível, a validade do direito positivo aparece como expressão pura de uma vontade que confere a certas normas, com relação à possibilidade sempre

presente de sua invalidação, uma perenidade até uma nova ordem. É este voluntarismo de edição pura e simples que, nós veremos, suscita o *pathos* do positivismo jurídico. Por outro lado, a positividade do direito não pode, sem perder sua força de integração social, fundar-se somente sobre a contingência de decisões arbitrárias, e por isso, sobre o decisionismo. Muito pelo contrário, o direito retira sua força de obrigação da aliança que se estabelece entre a positividade do direito e sua pretensão à legitimidade. Este amálgama reflete a imbricação estrutural entre a aceitação, que funda os fatos, e a aceitabilidade reivindicada pelas pretensões à validade, imbricação que, sob a forma de uma tensão entre factualidade e validade, já tinha penetrado na atividade comunicacional e nas ordens sociais mais ou menos primitivas. Sob uma forma intensificada, esta tensão ideal reaparece ao nível do direito, na relação entre a coação jurídica que assegura uma aceitação média das regras, com a ideia de auto-legislação – ou de autonomia política suposta de cidadãos agrupados -, que honra somente a pretensão das regras à legitimidade, dito de outra forma, as torna racionalmente aceitáveis”. No original: “Dès lors qu’on considère ainsi le droit moderne comme un mécanisme qui décharge les opérations d’entente des acteurs de la communication de certaines tâches d’intégration sociale, trop lourdes pour elles, et ce sans revenir, en principe, sur la libération de la communication, on comprend à la fois sa positivité et sa prétention à une acceptabilité rationnelle. En effet, la positivité du droit signifie qu’un ensemble de normes consciemment édictées engendre une part de la réalité sociale artificiellement créé et qui, dans la mesure où chacun de ses éléments peut être changé ou invalidé, n’existe chaque fois que jusqu’à nouvel ordre. Du point de vue de sa modification possible, la validité du droit positif apparaît comme l’expression pure d’une volonté qui confère à certaines normes, par rapport à la possibilité toujours présente de leur invalidation, une pérennité jusqu’à nouvel ordre. C’est ce volontarisme de l’édition pure et simple qui, nous le verrons, suscite le *pathos* du positivisme juridique. D’un autre côté, la positivité du droit ne peut pas, sans perdre de sa force d’intégration sociale, se fonder sur la seule contingence des décisions arbitraires, et donc sur le decisionnisme. Bien au contraire, le droit emprunte sa force d’obligation à l’alliance qui se noue entre la positivité du droit et sa prétention à la légitimité. Cet amalgame reflète l’imbrication structurelle entre l’acceptation, qui fonde les faits, et l’acceptabilité revendiquée par les prétentions à la validité, imbrication qui, sous la forme d’une tension entre factualité et validité, avait déjà pénétré dans l’activité communicationnelle et dans les ordres sociaux plus ou moins primitifs. Sous une forme intensifiée, cette tension idéale réapparaît au niveau du droit, dans le rapport de la contrainte juridique qui assure une acceptation moyenne des règles, à l’idée d’autolégitimation – ou d’autonomie politique supposée des citoyens rassemblés -, qui honore seulement la prétention des règles à la légitimité, autrement dit les rend rationnellement acceptables”. HABERMAS, Jürgen. **Droit et démocratie: entre faits et normes**. Paris: Éditions Gallimard, 1997, pp. 52/53.

³⁰ “Ora, ao nível pós-tradicional de justificação, somente é considerado como legítimo o direito suscetível de ser racionalmente aceito por todos os societários jurídicos que formaram suas opiniões e suas vontades pelo meio da discussão”. No original: “Or, au niveau post-traditionnel de justification, n’est considéré comme légitime que le droit susceptible d’être rationnellement accepté par tous les sociétaires juridiques qui ont formé leur opinion et leur volonté par le moyen de la discussion”. HABERMAS, Jürgen. **Droit et démocratie: entre faits et normes**. Paris:

Éditions Gallimard, 1997, p. 153.

³¹ HABERMAS, Jürgen. **Droit et démocratie: entre faits et normes**. Chapitre IX – Paradigmes du droit. Paris: Éditions Gallimard, 1997, pp. 416/419.

³² No original: “Franz Wieacker, déchiffrant le paradigme libéral du droit dans les Codes classiques du droit privé, a introduit, d’un point de vue descriptif, un concept analogue, celui du <<modèle social>>... En un premier temps, cette *mutation sociale du droit* a été comprise comme un processus au cours duquel une lecture nouvelle du droit, instrumentale et guidée par l’idée de justice de l’État providence, s’est superposée au modèle libéral du droit pour le refouler et finalement s’y substituer. Les juristes allemands ont perçu ce processus, qui a dissous à la fois l’unité classique et l’articulation systématique d’un ordre juridique qui semblait être le seul ordre rationnel, comme une *crise du droit*... La quête d’un nouveau paradigme situé par-delà les alternatives bien connues a été suscitée par la structure opaque d’un ordre juridique dont le type de réglementation privilégié n’était ni le programme conditionnel ni le programme finalisé, mais qui, même en élargissant les normes d’organisation et de procédure, surchargeait toujours le Législateur en lui demandant de régler les sujets complexes et les secteurs fonctionnels autonomes... Les conséquences involontaires de la juridicisation attirent l’attention sur le lien interne existant entre autonomie privée et autonomie publique. Les effets indésirables que provoque la prévoyance de l’État providence peuvent être compensés par une politique de qualification des citoyens qui ne fonde le droit aux prestations que sur le statut de citoyen garantissant à la fois une autonomie privée et une autonomie publique. Le changement du catalogue des tâches et l’élargissement du domaine d’activité de l’Administration entraînent également des conséquences pour la séparation des pouvoirs. L’autoprogrammation d’une Administration devenue autonome et la délégation non autorisée de pouvoirs étatiques peuvent être compensées par un déplacement à l’intérieur de la séparation fonctionnelle des pouvoirs dans le système administratif lui-même, autrement dit par de nouveaux types de participation et par un contrôle qu’exerceraient des espaces publics spécifiques”. HABERMAS, Jürgen. **Droit et démocratie: entre faits et normes**. Paris: Éditions Gallimard, 1997, pp. 415/475.

³³ “... se as discussões (e, como veremos, as negociações cujos procedimentos são fundados na razão pela via da discussão) constituem o lugar onde pode se formar uma vontade razoável, por isso é, finalmente, sobre um arranjo comunicacional que repousa a legitimidade do direito: enquanto participantes das discussões racionais, os societários jurídicos devem, com efeito, poder examinar se uma norma contestada encontra ou pode encontrar a adesão de todas as pessoas que seriam de uma maneira ou de outra concernidas”. No original: “... si les discussions (et, comme nous le verrons, les négociations, dont les procédures sont fondées en raison par voie de discussion) constituent le lieu où peut se former une volonté raisonnable, c’est donc en fin de compte sur un arrangement communicationnel que repose la légitimité du droit: en tant que participants à des discussions rationnelles, les sociétaires juridiques doivent, en effet, pouvoir examiner si une norme contestée trouve ou peut trouver l’adhésion de toutes les personnes qui seraient d’une façon ou d’une autre concernées”. HABERMAS, Jürgen. **Droit et démocratie: entre faits et normes**. Paris: Éditions Gallimard, 1997, pp. 119/120.

³⁴ Não estamos, neste momento, entrando numa discussão

valorativa sobre o sentido destes termos (flexibilização, regulação etc.), com certeza permeados por uma forte carga ideológica. Com certeza, em períodos de mudança paradigmática, faz-se necessária uma precisão teórica dos conceitos sobretudo em função de uma polissemia conceitual própria e acentuada nestes referidos períodos. Com efeito, estaremos discutindo no final do presente trabalho, os possíveis usos, interesses e efeitos que estão presentes na forma e no conteúdo de uma concepção procedural do direito absorvida e aplicada ao direito do trabalho. Para uma precisão conceitual (ao nível de uma Teoria Geral do Direito) de termos próprios de uma visão do direito em termos de regulação (conceitos de regulação, regulação de conflitos, regulamentação, desregulamentação, normalização, proceduralização e jurisdicização) nos remetemos ao estudo de JEAMMAUD, Antoine. “Introduction à la sémantique de la régulation juridique: des concepts en jeu”. in: CLAM, Jean et MARTIN, Gilles (dir.). **Les transformations de la régulation juridique**. Paris: LGDJ, 1998, pp. 47/72.

³⁵ No original: “L’ouverture de zones de liberté est une condition de l’efficacité de l’institution. Cela est vrai même des organisations qui paraissent les plus formelles, et qui semblent réaliser au mieux l’idéal d’une substitution du pouvoir aux interactions communicationnelles. Ce phénomène est renforcé dans les sociétés contemporaines par le fait que pour divers motifs, les modèles de *management* dans les organisations comptent de plus en plus sur les espaces d’autonomie de leurs membres pour renforcer l’efficacité des systèmes administratifs. On constate un abandon progressif du modèle formel de la subordination pure et simple au profit d’autres méthodes de contrôle et de coordination collective face à l’imprévu... les nouveaux dispositifs de contrôle tentent de dépasser les anciens modèles d’action rationnelle de la modernité. L’État lui-même est engagé dans ce processus de transformation, à des degrés divers selon les secteurs”. DE MUNCK, Jean. “Normes et procédures: les coordonnées d’un débat”. In: DE MUNCK, Jean et VERHOEVEN, Marie (dir.). **Les mutations du rapport à la norme: un changement dans la modernité?** Paris, Bruxelles: Ed. De Boeck & Larcier, 1997, pp. 49/50.

