

## TEORIA TRADICIONAL E TEORIA CRÍTICA DA CONSTITUIÇÃO

Giovani Agostini Saavedra\*

Recht im juristischen Sinne ist im allgemeinen alles,  
was Menschen, die in irgend welcher Gemeinschaft miteinander leben,  
als Norm und Regel dieses Zusammenlebens wechselseitig anerkennen<sup>1</sup>.

Ernst Rudolf Bierling  
(*Juristische Prinzipienlehre*, Bd. 1, S. 19)

Por mais variado e multifacetado que o debate internacional sobre teoria da constituição possa parecer, o modelo teórico que está permanentemente no pano de fundo da maioria esmagadora dos artigos e livros escritos sobre o assunto é mais ou menos sempre o mesmo: em geral é aceita a idéia de que o direito consiste em um procedimento jurídico institucionalizado e/ou em um sistema de normas jurídicas que estão totalmente separados das relações de Reconhecimento<sup>2</sup> social. As causas e as razões que explicam essa postura são as mais variadas:

\* O autor é orientando de Doutorado de Axel Honneth e pesquisador do Instituto de Pesquisa Social em Frankfurt.

<sup>1</sup> Direito em sentido jurídico é, em geral, tudo que as pessoas, que vivem em qualquer comunidade, reconhecem reciproca mente como norma e regra desse convívio social".

<sup>2</sup> A palavra *Reconhecimento* não é empregada no presente artigo no seu sentido usual, cotidiano, mas sim no seu sentido técnico, dado pelas teorias contemporâneas do Reconhecimento. Por isso, neste artigo, quando a palavra Reconhecimento for utilizada no seu sentido técnico, ela será escrita como nome próprio. Para uma visão geral do debate, ver, além dos textos citados no presente artigo: Ricoeur, Paul. *Parcours de la reconnaissance*. Paris 2004; Gutmann, Amy (Org.). *Multiculturalism and The Politics of Recognition*. New Jersey 1992; Cavell, Stanley. >>Knowing and Acknowledging<<. In: *Must We Mean What We Say*. Cambridge 1976, p. 238-266; Idem. >>The Uncanniness of the Ordinary<<. In: Sterling M. McMurrin (Org.), *The Tanner Lectures of Human Values*, Bd. VIII, Salt Lake City 1988; E o número 45 da revista *Inquiry*, em que foram publicados os anais do *Symposium on Axel Honneth and Recognition*.

## Teoria Tradicional e Teoria Crítica da Constituição

(1) Em linhas gerais domina na práxis jurídica e na vida acadêmica um largo consenso no que diz respeito a como as premissas de uma teoria da justiça devem ser compreendidas. De acordo com este consenso, a justiça social só poderia ser alcançada por meio da proteção de direitos subjetivos fundamentais concretizáveis por via judicial. Uma das conseqüências dessa postura é a de que, de forma geral, a concretização intersubjetiva da justiça social simplesmente não faz mais parte do debate;

(2) Parece também claro para juristas, sociólogos e filósofos que a análise do direito deve ser desenvolvida dualisticamente, isto é, somente pode-se compreender o fenômeno jurídico a partir da perspectiva do *Observador* ou do *Participante* (*Beobachter - oder Teilnehmer-perspektive*). A conseqüência desse *quase-consenso* irrefletido é que também a Constituição acaba sendo tratada a partir de duas perspectivas, que são vistas como separadas e irreconciliáveis: da perspectiva do Participante, a Constituição é compreendida como um sistema de normas, regras e/ou princípios; da perspectiva do Observador, ela é compreendida como o acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico. A característica que une ambos *tipos ideais* da análise do direito naquilo que eu chamarei mais adiante *Teoria Tradicional da Teoria da Constituição* é a consciência de que a análise da Constituição deve ser desenvolvida a partir de dois pontos de vista totalmente separados, irreconciliáveis e desconexos: o da análise da Constituição enquanto conjunto de normas e o da realidade de sua *aplicação prática por um ou vários juízes*.

(3) As idéias que unem ambas as perspectivas de análise da Constituição estão de tal forma conectadas com uma espécie de consciência subliminar do *staff* jurídico e filosófico que, apesar de suas limitações sérias e evidentes, não são mais sequer tratadas como um problema. Pelo contrário, elas são compreendidas como uma espécie de *requisito óbvio* da análise jurídica constitucional. Dessa forma, a normatividade da Constituição somente poderia ser apreendida a partir da perspectiva do Parti-

Giovani Agostini Saavedra

cipante e, por outro lado, a dimensão social da Constituição somente poderia ser apreendida a partir da perspectiva do Observador, ou seja, da sociologia do direito ou de outra ciência apenas descritiva.

Sabe-se, porém, desde Hegel, que os problemas teóricos de análise não são exteriores aos problemas *reais, objetivos, pragmáticos ou práticos*<sup>3</sup>. Portanto, uma das teses que se pretende defender neste artigo é a de que as teorias constitucionais que aceitam as premissas citadas acima são cegas, porque essas premissas impedem a percepção do vínculo interno e direto entre relações sociais de Reconhecimento e a Constituição. Neste artigo, pretende-se, portanto, desenvolver uma Teoria Constitucional Crítica que tenha como tarefa principal tornar evidente a cegueira da Teoria Tradicional da Constituição e, também, desenvolver um arcabouço teórico que viabilize a análise das relações internas entre as relações sociais de Reconhecimento e a Constituição.

#### 1. O CONCEITO DE RECONHECIMENTO NA TEORIA DE AXEL HONNETH

Um dos objetivos principais de Axel Honneth em seu livro *Kritik der Macht* é criticar a concepção dualista da sociedade de Habermas. Em *Theorie des kommunikativen Handelns*, Habermas desenvolve dois conceitos concorrentes de organização social: uma interpretação teórico-comunicacional da realidade social (*eine kommunikationstheoretische Deutung der sozialen Realität*) e uma versão sistêmica de teoria da sociedade (*eine systemtheoretisch ausgerichtete Version der Gesellschaftstheorie*). A estratégia de Honneth é desenvolver uma crítica interna à teoria Habermasiana, mais especificamente, usar a primeira versão para criticar a segunda. Honneth sustenta que a teoria Habermasiana perde o seu potencial crítico com a inserção do conceito

<sup>3</sup> Theunissen, Michael. *Sein und Schein. Die kritische Funktion der Hegelschen Logik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1980.

## Teoria Tradicional e Teoria Crítica da Constituição

de sistema<sup>4</sup>. A versão sistêmica de teoria da sociedade deve ser compreendida como propensa à indução a erro (*irreführend*), pois ela parte do princípio de que duas esferas da ação social (*Verwaltungs- und Wirtschaftssystem*) se tornam totalmente independentes das relações intersubjetivas e sociais do Mundo da Vida (*Lebenswelt*). Segundo Honneth, quando as sociedades capitalistas são concebidas desta forma, pressupõe-se duas ficções que se complementam mutuamente: “nós supomos, então, a existência de (1) esferas de organizações sociais desprovidas de normatividade e (2) esferas de ação comunicativa privadas de relações de poder”<sup>5</sup>.

Honneth sustenta que a teoria Habermasiana da sociedade precisa ser criticada do ponto de vista do horizonte da dimensão de intersubjetividade social, na qual as instituições estão inseridas. Mais precisamente, Honneth esclarece no posfácio de *Kritik der Macht* que a primeira versão da teoria Habermasiana da sociedade poderia ser melhor desenvolvida a partir do conceito Hegeliano de *Luta por Reconhecimento*<sup>6</sup>. Nesse sentido, poder-se-ia concluir que Honneth, em *Kritik der Macht*, procura mostrar, principalmente, que uma teoria crítica da sociedade deveria estar preocupada em interpretar a sociedade a partir de uma única categoria, isto é, do Reconhecimento.

Em *Kampf um Anerkennung*, Honneth desenvolve essa conclusão de forma conseqüente. Neste livro, ele expõe o que se poderia definir como uma concepção negativa de Reconhecimento. *Negativa* significa aqui que Honneth não procura definir o que é Reconhecimento, mas que ele concentra seus esforços na interpretação das causas de experiências de desrespeito (*Mißachtung*) ou de violência contra a dignidade da pessoa humana. Honneth conecta essas experiências negativas em um processo de aprendizagem histórico, cujo fim (*Zweck*) é a ampliação horizontal das relações de

<sup>4</sup> Honneth, Axel, *Kritik der Macht*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988, p. 278 ss.

<sup>5</sup> (...) wir unterstellen dann die Existenz von (1) normfreien Handlungsorganisationen und von (2) machtfreien Kommunikationssphären”. Honneth, Axel. *Kritik der Macht*, p. 328.

<sup>6</sup> Ver, a esse respeito, o Posfácio (1988) em: Axel Honneth, *Kritik der Macht*, p. 386 e o Prefácio do livro *Luta por Reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*, São Paulo: Ed. 34, 2003.

Giovani Agostini Saavedra

Reconhecimento. À medida que ele diferencia três esferas do Reconhecimento (*Amor/Liebe*, *Direito/Recht* e *valorização social/soziale Wertschätzung*) e três formas práticas de *Relação-Positiva-Consigo* (*drei praktische positive Formen der Selbstbeziehung*: *Autoconfiança/Selbstvertrauen*, *Respeito Próprio/Selbstachtung* e *Auto-estima/Selbstschätzung*), ele define três *Formas-de-Desrespeito* (*drei Mißachtungsformen*) como fontes de conflito social:

- (1) maus tratos (*Mißhandlung*), violação e constrangimento (*Vergewaltigung*);
- (2) privação de direitos (*Entrechtung*) e exclusão (*Ausschließung*);
- (3) degradação (*Entwürdigung*) e ofensa (*Beleidigung*).

Segundo Honneth, o Reconhecimento jurídico em sociedades tradicionais era baseado na noção social de *status*. O processo de aprendizado gradual orientado para a ampliação das relações de Reconhecimento, que desembocou no que hoje nós denominamos sociedade moderna, é responsável também por uma mudança fundamental nas relações sociais de Reconhecimento: o direito se diferencia do *status*. De fato, o direito em sociedades modernas precisa ser suficientemente geral e abstrato para estar em condições de considerar todos os cidadãos de forma isonômica<sup>7</sup>. Conforme Honneth, essa mudança social deve ser interpretada como uma diferenciação de duas esferas de Reconhecimento: na modernidade, a esfera jurídica do Reconhecimento diferencia-se daquela da valorização social (*soziale Wertschätzung*). Honneth, porém, não se mantém no nível puramente descritivo. Essa mudança ocorrida na modernidade representa, também, uma forma de evolução qualitativa social e moral:

A partir de aquí, parece justificado entender el avance decisivo hacia el moderno orden social capitalista liberal como progreso moral, dado que la diferenciación de las tres esferas del reconocimiento, del amor,

<sup>7</sup> Honneth, Axel, *Kampf um Anerkennung*, p. 178 ss.

## Teoria Tradicional e Teoria Crítica da Constituição

la igualdad jurídica y el principio del éxito iba acompañada por el incremento de las posibilidades sociales de individualización, así como el aumento de la inclusión social. Esencial para esta mejora cualitativa es, sobre todo, el hecho de que, con la separación del reconocimiento jurídico de la estima social, en el nivel más básico, pasara a primer plano la idea de que, de ahora en adelante, todos los sujetos deben tener la misma oportunidad de autorrealización individual mediante la participación en las relaciones de reconocimiento<sup>8</sup>.

A luta por Reconhecimento (*Kampf um Anerkennung*) é compreendida como uma espécie de pressão social, a partir da qual novas condições de participação social na formação racional da vontade pública devem ser, permanentemente, pensadas e repensadas. Seguindo esse raciocínio, Honneth interpreta também a história do direito moderno como um processo de evolução orientado para a ampliação horizontal dos direitos fundamentais. Para tanto, Honneth reinterpreta o famoso estudo de Thomas Marshall, a partir de sua teoria do Reconhecimento: alguém só pode chegar ao ponto de compreender a si próprio como titular de direitos e, sobretudo, a agir de acordo, quando experimentar a proteção jurídica da sua esfera de liberdade contra intervenções opressivas, da sua participação na formação racional da vontade pública e de uma mínima medida de condições sociais de vida<sup>9</sup>. Daí resulta que a diferenciação histórica das esferas dos direitos fundamentais explicita os fundamentos da nova forma jurídica do Reconhecimento:

*Reconhecer-se mutuamente como pessoa de direito significa hoje, nesse aspecto, mais do que podia significar no começo*

<sup>8</sup> Honneth, Axel, *Redistribución como reconocimiento. Respuesta a Nancy Fraser*, in: Fraser, Nancy/Idem. *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*, Madrid 2006, p. 145 (=Honneth, Axel. *Umverteilung als Anerkennung. Eine Erwiderung auf Nancy Fraser*, in: Fraser, Nancy/Idem. *Umverteilung oder Anerkennung. Eine politisch-philosophische Kontroverse*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003, p. 219.

<sup>9</sup> A esse respeito, ver: Honneth, Axel, *Kampf um Anerkennung*, p. 190.

Giovani Agostini Saavedra

*do desenvolvimento do direito moderno: entretentes, um sujeito é respeitado se encontra reconhecimento jurídico não só na capacidade abstrata de poder orientar-se por normas morais, mas também na propriedade concreta de merecer o nível de vida necessário para isso*<sup>10</sup>.

Porque Honneth interpreta o surgimento de pelo menos duas das três esferas do reconhecimento a partir de um determinado processo histórico<sup>11</sup>, isto é, da transição da sociedade tradicional para a moderna, tal como aconteceu na Europa ocidental – e talvez nos U.S.A. – permanecem duas perguntas em aberto, para todo aquele que pretenda desenvolver uma teoria da Constituição a partir da sua teoria do Reconhecimento: (1) se o modelo do Reconhecimento também contém o potencial para esclarecer as realidades de sociedades que não experienciaram processos históricos e sociais semelhantes<sup>12</sup>; (2) de que forma e a partir de quais critérios podem ser avaliados os progressos morais no interior de todas as sociedades – modernas ou não.

(1) A necessidade de se encontrar uma solução para este problema parece clara: se o modelo do Reconhecimento somente fosse capaz de explicar alguns fenômenos de luta social, desenvolvidos na Europa, a sua teoria teria se tornado tão específica, que ela teria perdido toda a utilidade e capacidade explicativa ou, pelo menos, teria se tornado muito restrita e desinteressante. Neste artigo, porém, defende-se a posição de que esse problema não passa de uma aparência de problema, porque, na verdade, a teoria antropológica implícita na obra de Axel Honneth oferece uma solu-

<sup>10</sup> Honneth, Axel, *Luta por Reconhecimento*, p. 193 (= Honneth, Axel, *Kampf um Anerkennung*, p. 190).

<sup>11</sup> Honneth, Axel, *Redistribución como reconocimiento*, nota de rodapé 35, p. 114 (=Honneth, Axel, *Umverteilung als Anerkennung*, nota de rodapé 35, p. 170).

<sup>12</sup> Ver, por exemplo, a respeito do exemplo brasileiro: Neves, Marcelo. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin 1992. Souza, Jessé. *Die soziale Konstruktion der peripheren Ungleichheit*. Habilitationsschrift. Idem. *A Modernização Seletiva. Uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília 2000. Idem. *A Construção Social da Subcidadania. Para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica*. Belo Horizonte e Rio de Janeiro 2003.

## Teoria Tradicional e Teoria Crítica da Constituição

ção satisfatória para o problema. Reforça o nosso argumento o fato de que Honneth tem procurado, desde os primeiros escritos, como por exemplo em *Soziales Handeln und menschliche Natur*<sup>13</sup> e *Geschichte und Interaktionsverhältnisse*<sup>14</sup>, atualizar o materialismo histórico, a partir de uma nova antropologia filosófica<sup>15</sup>. O nosso argumento pode, portanto, ser resumido da seguinte forma: aquilo que Honneth denomina no livro *Verdinglichung* como o *modo existencial do Reconhecimento (existentieller Modus der Anerkennung)*<sup>16</sup> é independente de processos históricos, porque está ancorado no *modo de ser humano* (antropologia)<sup>17</sup>. Esse, porém, não é o caso das três esferas do Reconhecimento, dado que elas estão necessariamente vinculadas a processos sociais e históricos de aprendizagem. Exatamente por isso, elas não precisam ser três. Elas podem ser duas, três, quatro e assim por diante. A quantidade de esferas de Reconhecimento dependerá do processo de aprendizagem de uma determinada sociedade. Quanto mais intenso for o aprendizado multilateral internacional, maior será a importância e a influência deste nos processos de aprendizagem particulares ou nacionais. Os limites deste artigo impedem, porém, que este argumento seja desenvolvido de forma mais aprofundada.

(2) A teoria de Axel Honneth está aliada à tradição de Hegel e G. H. Mead e demonstra que as condutas comunicativas e as formas de vida

<sup>13</sup> Honneth, Axel/Joas, Hans. *Soziales Handeln und menschliche Natur. Anthropologische Grundlagen der Sozialwissenschaft*, Frankfurt am Main 1980.

<sup>14</sup> Honneth, Axel, *Geschichte und Interaktionsverhältnisse. Zur strukturalistischen Deutung des Historischen Materialismus*, in: Jaeggi, Urs/Ders. (Hg.) *Theorien des Historischen Materialismus*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1977, p. 405-449.

<sup>15</sup> Ver, também, a esse respeito: Heidegren, Carl-Gorän, Honneth, *Antropology, Social Theory, and Politics: Axel Honneth's Theory of Recognition*, in: *Inquiry* 2002, vol. 45, n. 4, p. 443-446. Honneth responde a esse texto em Honneth, Axel, *Der Grund der Anerkennung. Eine Erwiderung auf kritische Rückfragen*, in: Idem, *Kampf um Anerkennung*, p. 307 ss. Ver, também, Axel Honneth/Hans Joas, *Soziales Handeln und menschliche Natur. Anthropologische Grundlagen der Sozialwissenschaft*, Frankfurt am Main 1980.

<sup>16</sup> Honneth, Axel, *Verdinglichung*, Frankfurt am Main 2005, citação 19, p. 60.

<sup>17</sup> A um resultado parecido com o desenvolvido neste ponto, chega Fábio D'Avila a partir de outra matriz teórica, o conceito Heideggeriano de *Sorge*. A esse respeito, ver: D'Avila, Fábio R., *Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal*, in: Andrei Schmidt (Org.). *Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*, Porto Alegre: Livraria do Advogado 2006.

Giovani Agostini Saavedra

estão entrelaçadas com suposições recíprocas, com relações recíprocas de Reconhecimento e que elas apresentam, portanto, um conteúdo normativo. Depreende-se de sua análise que a moral extrai, da forma e da estrutura perspéctica da socialização intersubjetiva intocada, um sentido genuíno e dependente do que é individualmente bom. As condições concretas de Reconhecimento, seladas por uma ordem jurídica legítima, resultam sempre de uma luta por Reconhecimento. Essa luta é motivada pelo sofrimento e pela indignação contra um desprezo concreto. Axel Honneth mostra que é necessário articular experiências que resultam de atentados à dignidade humana para conferir credibilidade aos aspectos sobre os quais, no respectivo contexto, aquilo que é igual deve ser tratado de modo igual e aquilo que é diferente tem que ser tratado como diferente. Essa disputa pela interpretação de direitos não pode ser legada, unicamente, a juízes e funcionários públicos ou somente ao legislador político.

Daí a conseqüência a ser ressaltada em nosso contexto: nenhuma regulamentação, por mais sensível que seja ao contexto, poderá concretizar adequadamente o direito igual a uma configuração autônoma de vida privada, se ela não fortalecer, ao mesmo tempo, a posição dos atingidos (excluídos) na esfera pública política e as relações sociais positivas de Reconhecimento, promovendo a sua participação em comunicações políticas, nas quais é possível esclarecer os aspectos relevantes para uma posição de igualdade. Segundo esta compreensão, a concretização de direitos fundamentais constitui um processo que garante a autonomia privada dos sujeitos privados iguais em direitos, porém, em harmonia com a ativação de sua autonomia como cidadãos e com a proteção das relações de Reconhecimento.

Em seu recente artigo, *Amizade e Justiça*, Luis Fernando Barzotto defende uma tese complementar à que se apresenta aqui. Ele defende a tese de que a deliberação jurídica constitui-se de duas dimensões: proposicional e não-proposicional. O autor propõe, a partir desta distinção, uma fenomenologia dos direitos humanos em que a amizade apare-

## Teoria Tradicional e Teoria Crítica da Constituição

ce como conceito central da dimensão não-proposicional: a amizade possibilita o reconhecimento do sujeito dos direitos humanos e determina o conteúdo desses direitos a partir de uma atitude de reciprocidade<sup>18</sup>. Ao contrário da Teoria Tradicional do Direito, o autor não trata as duas dimensões como dimensões separadas de forma irreconcilável, mas sim, procura tornar evidente que há uma relação interna entre a dimensão proposicional e não-proposicional da deliberação jurídica. Nesse sentido, a sua proposta representa um avanço importante na superação (*Aufhebung*) do dualismo típico da Teoria Tradicional do Direito.

Para ilustrar essa vinculação interna entre o conceito de amizade e a interpretação jurídica, o autor cita dois exemplos. O primeiro consiste em um exemplo de liberdade profissional narrado por Perelman: em 1889, pela primeira vez, uma mulher belga tentou inscrever-se na Ordem dos Advogados. Em decisão de 11 de novembro de 1889, a corte de cassação negou o pedido da autora afirmando que, apesar de haver uma disposição formal na Constituição que não excluía as mulheres do exercício da advocacia, o juiz tinha por dever considerar como axioma evidente que o serviço da justiça era reservado única e exclusivamente para os homens. Perelman afirma que, trinta anos depois, a proposição contrária, ou seja, de que as mulheres têm direito a advogar, se converteu em evidente<sup>19</sup>. O segundo exemplo citado por Barzotto consiste na interpretação dos juristas do departamento de Estado dos E.U.A. das Convenções de Genebra a respeito da tortura: depois de examinar cuidadosamente os textos dessas convenções, esses juristas chegaram à conclusão que privação de sono e comida, manutenção dos interrogados em situações de *stress* e a inserção de agulhas desinfetadas em baixo das unhas dos interrogados não consistiriam em casos de tortura<sup>20</sup>. A partir destes dois exemplos, Barzotto desenvolve e fundamenta o argu-

<sup>18</sup> Barzotto, Luis Fernando, *Amizade e Justiça*, in: *Anais do II Colóquio Sul-Americano de Filosofia do Direito*, Porto Alegre, 16/17, novembro, 2006.

<sup>19</sup> Idem, p. 2.

<sup>20</sup> Idem, p. 3.

Giovani Agostini Saavedra

mento central de seu artigo, ou seja, que a *Percepção* forma o núcleo cognoscitivo do que se chama Reconhecimento na filosofia prática contemporânea. O Reconhecimento seria, portanto, na visão do autor, a percepção do outro como sujeito igual a si mesmo<sup>21</sup>.

Se reinterpretemos esse modelo a partir do conceito de Reconhecimento tal como desenvolvido no presente capítulo, ele ganha em complexidade e em capacidade explicativa. Por exemplo, uma das consequências que se pode extrair, então, é que toda a teoria constitucional que não pressupuser o fortalecimento da autonomia política e das relações sociais de Reconhecimento (dimensão não-proposicional da deliberação jurídica) estará fadada a não atingir uma concretização adequada. Haverá uma dissociação entre realidade e texto constitucional. A hermenêutica constitucional e a argumentação jurídica (dimensão proposicional da deliberação jurídica) deverão, portanto, levar em conta que a interpretação correta depende do fortalecimento das relações sociais de Reconhecimento e da participação democrática dos setores e grupos sociais na esfera pública, ou seja, elas deverão romper com o princípio monológico de interpretação (Dworkin e Alexy) para então adotar o princípio dialógico de interpretação (Habermas e Honneth), apontando assim para uma "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição" (P. Häberle) ou para um controle democrático da Constituição (J. H. Ely, F. I. Michelman).

Com essa opção surgem, porém, à primeira vista, dois problemas. O primeiro corresponde ao fato de Honneth nunca ter escrito um livro sistemático sobre direito ou teoria da Constituição. Para ser preciso, apesar do incrível e rápido desenvolvimento da teoria do Reconhecimento em várias direções: psicologia social, sociologia, filosofia etc., não há registro de nenhuma tentativa de aplicação desta teoria no direito.

Honneth apresenta pela primeira vez sua teoria da sociedade no livro *Kampf um Anerkennung*. É também neste livro que ele esboça suas

---

<sup>21</sup> Idem, p. 2.

## Teoria Tradicional e Teoria Crítica da Constituição

primeiras idéias sobre o direito. Uma versão mais elaborada de suas intuições iniciais podem ser encontradas nos seus livros *Leiden an Unbestimmtheit* e *Umverteilung und Anerkennung*. Em nenhum desses livros, entretanto, Honneth chega a desenvolver um conceito de direito que faça jus à complexidade do fenômeno jurídico. Faz-se necessária, portanto, uma nova nomenclatura e uma reinterpretação teórica das categorias honnethianas, a fim de que sua teoria possa contribuir diretamente para o desenvolvimento da teoria e da práxis jurídicas. Neste artigo, pretende-se dar um primeiro passo nesse sentido: o que Honneth chama de direito em *Kampf uma Anerkennung* será neste artigo denominado *Direito-por-ser-Reconhecido (anzuerkennende Rechte)*, ou seja, reivindicações sociais ou morais pela concretização de direitos. Essas reivindicações importam nas condições sociais do surgimento de direitos fundamentais, cuja função principal é a proteção da integridade pessoal dos seres humanos, a fim de que todos estejam em condições de alcançar a concretização de seu projeto de vida boa.

Além disso, o fenômeno jurídico tem, pelo menos, duas dimensões: uma institucional ou estática e uma histórica ou dinâmica. O método de estudo da primeira, a dimensão estática, será denominada neste artigo *Análise Sincrônica* ou *Sincronia*, já a segunda, a dimensão dinâmica, será aqui designada *Análise Diacrônica* ou *Diacronia*. O objeto de estudo da Sincronia é o *Direito Reconhecido (das anerkannte Recht)* e da Diacronia é o *Direito-por-ser-reconhecido (das anzuerkennende Recht)*. A *Teoria Crítica da Constituição* consiste na conjunção de ambas análises. A alusão aos diferentes usos do verbo *reconhecer (anerkennen)* tem a função de expressar lingüisticamente a principal intenção que move o desenvolvimento da teoria da constituição apresentada neste artigo, ou seja, mostrar que todas as teorias que pressupõem que o direito e os procedimentos jurídicos não têm nenhuma relação interna com as relações sociais de Reconhecimento estão erradas ou, no mínimo, induzem todos aqueles que queiram compreender o fenômeno jurídico a erro.

## 2. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DA TEORIA TRADICIONAL DA CONSTITUIÇÃO

Uma das principais características da Teoria Tradicional da Constituição é o dualismo. Ela diferencia duas perspectivas desconexas, a partir das quais a Constituição pode ser analisada: a perspectiva do observador e do participante (*Beobachter- oder aus der Teilnehmer-perspektive*). Para os defensores dessa teoria uma perspectiva é totalmente independente da outra, ou seja, o fenômeno constitucional deve ser analisado **ou** da perspectiva do observador **ou** da perspectiva do participante, sem que uma perspectiva dependa da outra. Quando, porém, este forte dualismo é criticado, a resposta é sempre a mesma: os constitucionalistas tradicionais acreditam fortemente que essa é apenas uma divisão analítica. Segundo Alexy, essas perspectivas deveriam ser descritas da seguinte forma:

*A perspectiva do participante assume aquele que toma parte num sistema jurídico em uma argumentação que versa sobre o que, nesse sistema jurídico, é prescrito, proibido e permitido e sobre o que é por ele autorizado. No centro da perspectiva do participante está o juiz. Quando outros participantes, tais como cientistas do direito, advogados ou cidadãos interessados no sistema do direito, alegam argumentos para ou contra um determinado conteúdo do sistema jurídico, então, em última análise, eles se referem a como um juiz deveria decidir, se ele quisesse decidir corretamente. A perspectiva do observador assume aquele que não pergunta qual é a decisão correta em um sistema jurídico, mas como de fato se decide em um determinado sistema jurídico<sup>22</sup>.*

No nosso contexto, isso significa que os constitucionalistas devem decidir se pretendem analisar a validade social da Constituição ou se querem analisar a Constituição do ponto de vista normativo. Exatamente essa forma dualista de compreensão do fenômeno jurídico caracteriza o que

<sup>22</sup> Alexy, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg/München 1994, p. 47, (grifo nosso), (tradução livre).

## Teoria Tradicional e Teoria Crítica da Constituição

se está denominando neste artigo Teoria Tradicional da Constituição. Para tornar mais claro e mais preciso o que as características e as conseqüências dessa forma de apreensão do direito implicam, pretende-se, no que segue, explicitar as especificidades básicas dessa teoria a partir de uma análise das teorias de Luhmann, Dworkin e Alexy.

As teorias de Dworkin e Alexy podem ser vistas como exemplos de análise jurídica a partir da perspectiva do participante, já a teoria luhmanniana pode ser vista como um exemplo de análise jurídica do ponto de vista da perspectiva do observador. Segundo a perspectiva luhmanniana, a sociedade moderna é caracterizada por uma formalização funcional de todos os seus âmbitos. Em sociedades como esta, funcionalmente diferenciadas, o direito se especializa em generalizar consensualmente expectativas de acordo o seu código interno. Então o sistema jurídico é visto por Luhman como um círculo fechado de comunicação. Dessa forma ele se delimita auto-referencialmente em relação aos seus mundos circundantes de tal forma que passa a desenvolver as suas relações com o exterior apenas através de observações<sup>23</sup>.

Também as questões da legitimidade e da validade do direito são entendidas na teoria de Niklas Luhmann como acessíveis somente ao nível interno do sistema jurídico. Segundo essa concepção, a legitimidade passa a surgir da própria legalidade, ou seja, o direito se diferencia como um sistema autônomo que produz o seu próprio direito e sua própria legitimidade. Dessa forma não existe relação do sistema jurídico com o sistema político, ou com um processo de formação democrática da legislação que se realiza na esfera pública<sup>24</sup>. No caso do direito, essas

<sup>23</sup> Esta intuição luhmanniana pode ser observada em vários de seus livros. Ver, por exemplo: Luhmann, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas: lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*. Mexico, 1996. Idem. *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt, 1987. Idem. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona, 1997. Luhmann, Niklas & De Giorgi, Raffaele. *Teoria della società*. Mailand, 1996.

<sup>24</sup> As principais obras de Luhmann nas quais ele trata deste argumento são, em ordem de importância: *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt 1997. *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt 1999. *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt 1997. *Rechtssoziologie*. Frankfurt 1987.

conseqüências podem ser vistas a partir das teorias do direito de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Dworkin sustenta que as dimensões de aplicação e validade são concentradas na pessoa do juiz. A função de legitimação do direito (dimensão de validade), que em um Estado democrático de direito seria função da esfera pública, passa a ser produzida internamente pelo direito. A virtude da integridade que deveria libertar o juiz de sua solidão transforma o juiz em uma espécie de representante dos valores morais de uma sociedade. Suas decisões, porém, são legítimas à medida que ele atua com base em princípios reconstruídos monologicamente e não à medida que atua com base em regras ou princípios estabelecidos pelo procedimento democrático de formação da legislação<sup>25</sup>. A partir da teoria de Alexy, é possível constatar que um sistema jurídico que atua na forma descrita por Luhmann e, indiretamente, também por Dworkin, é um sistema que reconstrói a razão prática a partir de um procedimento interno. As dimensões da moralidade válidas que deveriam ser definidas intersubjetivamente na esfera pública são definidas através de procedimentos argumentativos definidos por especialistas que autorizam o juiz a definir quais são os conteúdos morais válidos em uma determinada sociedade<sup>26</sup>. Os juízes estariam em condições de interpretar a Constitui-

<sup>25</sup> As principais obras de Dworkin que tratam do assunto são: *Taking rights seriously*. Cambridge 1978. *Law's Empire*. Cambridge 1986. *A matter of principle*. Oxford 1986. *Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. New York 1994. *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*. Cambridge 1996. *Sovereign Virtue: The Theorie and Practice of Equality*. Cambridge 2000.

<sup>26</sup> Ver, principalmente: ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt 1991. Idem. *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt 1996. Idem. *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München 1994. Idem. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main 1995. A teoria de Alexy é utilizada aqui como um ideal tipo da metateoria da argumentação jurídica, fundada por Aulis Aarnio, Robert Alexy, Aleksander Peczenik, Jan Broekman, Enrico Pattaro, Robert Summers, Ota Weinberger, Jerzy Wróblewski. Ver, a esse respeito, principalmente: Alexy, Robert/Krawietz, Werner. >>Metatheorie juristischer Argumentation<<. In: *Schriften zur Rechtslehre*, Heft 108, Berlin: Duncker & Humoldt 1983. Para alguma das conseqüências dessa metateoria, ver: Zaccaria, Giuseppe (Hrsg.) (2000): >>Übersetzung im Recht / Translation in Law<<, in: *Ars Interpretandi, Yearbook of Legal Hermeneutics* 5, 2000.

## Teoria Tradicional e Teoria Crítica da Constituição

ção de forma imparcial e, até mesmo, de forma neutra, porque eles e elas teriam, por algum motivo desconhecido, uma espécie de acesso privilegiado à interpretação correta da Constituição. Na prática, porém, a Teoria Constitucional Tradicional está apenas hipostasiando o conceito de Constituição nos seguintes dois passos: (1) ela não diferencia a interpretação monológica da Constituição da própria Constituição; (2) a interpretação monológica da Constituição é sempre concentrada no próprio *Ego Individual (Selbst)*. Com o vocabulário da psicologia esse comportamento poderia ser designado como egocêntrico:

*Na infância, o egocentrismo se expressa na idéia de que os objetos seriam idênticos à sua percepção (...). O egocentrismo da pré-adolescência, caracteriza-se pela certeza de que as próprias idéias correspondem a um alto nível de percepção da realidade. (...) No início da adolescência, finalmente, o egocentrismo se mostra na concepção de que as idéias dos outros se concentram totalmente no seu próprio Ego Individual (Selbst)<sup>27</sup>.*

A Teoria Tradicional da Constituição defende, portanto, o que será denominado, de agora em diante: doutrina do *Egocentrismo Constitucional*. Essa doutrina está, de certa forma, difundida internacionalmente, mas é no Brasil que esta doutrina encontrou terreno fértil para desenvolver-se plenamente. Os exemplos que comprovam este fato são infinitos. Exatamente por isso, apresentar-se-á apenas um exemplo, pois considera-se que ele é um tipo ideal da forma como a doutrina do Egocentrismo Constitucional vem sendo difundida no Brasil. O exemplo consiste na manifestação que integra a decisão AgReg em EREsp no. 279.889-AL do Supremo Tribunal de Justiça<sup>28</sup>:

<sup>27</sup> Döbert, Rainer/Habermas, Jürgen/Nunner-Winkler, Gertrud (Org.). *Entwicklung des Ichs*, Köln 1980, p. 177, (tradução livre).

<sup>28</sup> Para um outro tipo de análise crítica desta manifestação, ver: Streck, Lenio Luiz, *A Atualidade do Debate da Crise Paradigmática do Direito e a Resistência Positivista ao Neoconstitucionalismo*, in: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, n. 4, 2006, p. 238 ss.

Giovani Agostini Saavedra

*Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.*

Essa manifestação mostra de forma limpidamente clara que tipo de efeito patológico a doutrina do Egocentrismo Constitucional tem tido na práxis jurídica brasileira: arbitrariedade. Infelizmente, a brevidade deste artigo impede que o surgimento do Egocentrismo Constitucional seja explicado exaustivamente a partir do seu vínculo direto com o tipo de modernização típico do Brasil. Limitamo-nos, portanto, em mencionar que parece ser evidente que as raízes da postura exageradamente egocêntrica do constitucionalismo brasileiro repousam no personalismo exagerado típico da nossa modernização. Sérgio Buarque de Holanda descreve o personalismo e suas conseqüências para a formação da cultura brasileira em sua septuagenária Obra *Raízes do Brasil*:

*É significativa, em primeiro lugar, a circunstância de termos recebido a herança através de uma nação ibérica (...) Para eles, [os ibéricos, G.A.S.] o índice do valor de um homem infere-se, antes de tudo, da extensão em que não precise*

## Teoria Tradicional e Teoria Crítica da Constituição

*depende dos demais, em que não necessite de ninguém, em que se baste. Cada qual é filho de si mesmo, de seu esforço próprio, de suas virtudes... (...) É dela que resulta largamente a singular tibieza das formas de organização, de todas as associações que impliquem solidariedade e ordenação entre esses povos. Em terra onde todos são barões não é possível acordo coletivo durável, a não ser por uma força exterior respeitável e temida (...) À frouxidão da estrutura social, à falta de hierarquia organizada devem-se alguns dos episódios mais singulares da história das nações hispânicas, incluindo-se nelas Portugal e o Brasil. Os elementos anárquicos sempre frutificaram aqui facilmente, com a cumplicidade ou a indolência displicente das instituições e costumes<sup>29</sup>.*

Com esse pano de fundo cultural não é de surpreender que a teoria dos princípios de Dworkin e Alexy venham sendo utilizadas no Brasil também de forma anárquica. Humberto Ávila, por exemplo, adverte para os excessos da recepção irrefletida da teoria dos princípios pela doutrina brasileira:

*[1] É até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de Estado Principiológico<sup>30</sup>. (...) A distinção entre princípios e regras virou moda. Os trabalhos de direito público tratam da distinção, com raras exceções, como se ela, de tão óbvia, dispensasse maiores aprofundamentos. A separação entre as espécies normativas como que ganha foros de unanimidade. E a unanimidade termina por semear não mais o conhecimento crítico das espécies normativas, mas a crença de que elas são dessa maneira, e pronto<sup>31</sup>*

*[2] Compreender “provisória” como permanente, “trinta dias” como mais de trinta dias, “todos os recursos” como alguns recursos, “ampla defesa” como restrita defesa, “manifestação concreta da capacidade econômica” como manifestação*

<sup>29</sup> Holanda, Sérgio Buarque de, *Raízes do Brasil*, São Paulo: Companhia das Letras, 2006 (Edição Comemorativa – 70 anos), p. 19 ss., *passim*.

<sup>30</sup> Ávila, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Ed. Forense, 2004, p. 15.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 18.

Giovani Agostini Saavedra

provável de capacidade econômica, não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos. Essa constatação explica por que a doutrina tem tão efusivamente criticado algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal<sup>32</sup>.

Todos os exemplos citados acima tinham o condão de mostrar, com Hegel, que a Teoria Tradicional da Constituição comete o erro de “não ver a floresta perante as árvores” (*den Wald vor den Bäumen nicht zu sehen*)<sup>33</sup>. O processo de aprendizagem do Reconhecimento de uma determinada sociedade não tem, portanto, a menor importância para a Teoria Tradicional da Constituição. As dificuldades repousam aqui na terminologia e no comportamento da Teoria Tradicional Constitucional perante a Constituição: ela é sempre analisada de forma monológica, egocêntrica e dualista.

### 3. PARA ALÉM DA TEORIA TRADICIONAL: RECONHECIMENTO COMO FUNDAMENTO DA TEORIA CRÍTICA DA CONSTITUIÇÃO.

No seu livro *Law's Empire*, Dworkin analisa o caso *Brown vs. Board of Education* no mesmo capítulo em que ele procura definir o conceito de direito<sup>34</sup>. A forma como Dworkin examina o caso, é um bom exemplo de uma típica Teoria Tradicional da Constituição, porque ele analisa o caso sem levar em conta o processo de aprendizagem do Reconhecimento nos U.S.A. Do ponto de vista desta Teoria Tradicional, o direito é compreendido, apenas a partir de decisões judiciais: no caso *Plessy vs. Ferguson* “(...) o defensor sustenta, em última instância perante a Suprema Corte, que essas práticas de segregação violam automaticamente a cláusula de proteção igual (...). A Corte rejeitou o seu pleito”, já no caso *Brown vs. Board*

<sup>32</sup> Idem, p. 25.

<sup>33</sup> Hegel, G.W.F. (1976). *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, in: *Werke in 20 Bänden*, Org. Karl Markus, p. 14.

<sup>34</sup> Dworkin, Ronald. *Law's Empire*, Cambridge 1986, p. 29 ss.

## Teoria Tradicional e Teoria Crítica da Constituição

of Education “(...) a Corte decidiu pelo pleito dos negros”. De acordo com essa versão da Teoria Tradicional da Constituição não existe nenhuma explicação para o fato, de a *Suprema Corte* ter mudado de opinião: “Essa decisão foi inesperadamente unânime”<sup>35</sup>.

Um exemplo de análise crítica do caso *Brown vs. Board of Education* pode ser encontrado no livro *Talking to Strangers*<sup>36</sup> de Danielle S. Allen, porque ela analisa esse caso, ao contrário de Dworkin, levando em conta o processo de aprendizagem dos U.S.A. Na sua investigação não se encontra nenhum vestígio de separação entre relações de Reconhecimento e a Constituição. Pelo contrário, exatamente quando ela analisa o efeito e a repercussão *epifânicas* (*epiphanic*), na opinião pública dos E.U.A., das fotos publicadas na imprensa, que mostram a menina negra Elizabeth Eckford sendo atacada e quase sendo linchada por Hazel Bryan e uma multidão de brancos em frente da *Central High School Little Rock, Arkansas*, em 4 de setembro de 1957<sup>37</sup>, ela desenvolve um novo conceito de Constituição a fim de dar conta da complexidade do fenômeno constitucional:

*Chegou o tempo para novas concepções de vida democrática. Com o seu poder epifânico, as fotos adquiriram força psíquica suficientemente significativa para fazer com que a demanda por este tipo de novas concepções se tornassem inescapáveis. Um exagero? Não me parece. A Constituição é mais do que um papel; ela é um plano para direitos políticos constitutivos e cidadania organizativa [it is a plan for constituting political rights and organizing citizenship], para determinar quem tem acesso ao poder de elaborar decisões coletivas que são usados para negociar a economia comunitária e as relações sociais (...) Alguém não pode pretender entender a Constituição dos Estados Unidos sem olhar para além do documento, que carrega esse título, para as leis estatais e os hábitos costumeiros dos cidadãos – normas não faladas de interação [unspoken norms of interaction] que*

<sup>35</sup> Idem, p. 29 ss.

<sup>36</sup> Allen, Danielle S. *Talking to Strangers. Anxieties of Citizenship since Brown v. Board of Education*. Chicago and London: The University of Chicago Press. 2004.

<sup>37</sup> A foto pode ser encontrada na página 4 do livro citado.

Giovani Agostini Saavedra

*constrangem quem pode falar quando em público e como – que ajudaram a guiar o circuito básico do poder político. Se alguém compreende ‘constituição’ nesse sentido mais amplo, então os Estados Unidos tiveram várias fundações<sup>38</sup>.*

O conceito de Constituição, que Allen utiliza para analisar o caso *Brown*, ajuda-nos a compreender o que, neste artigo, denomina-se *Teoria Crítica da Constituição*. Afinal, o caso *Brown vs. Board of Education* não pode ser adequadamente compreendido desvinculado das lutas por Reconhecimento nos U.S.A. No pano de fundo da decisão competiam, pelo menos, duas forças concorrentes: *the National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP) e os cidadãos norte-americanos que faziam pressão contra essa associação. De fato, esse acontecimento foi denominado pela imprensa: “the Battle of Little Rock”<sup>39</sup>. O caso em tela pode ser compreendido como um exemplo de mudança nas relações de Reconhecimento nos U.S.A.: a crescente pressão da NAACP foi capaz de mudar a opinião pública em seu favor e colocar, novamente, o processo de aprendizagem do Reconhecimento nos U.S.A em movimento. Esse novo e ampliado estágio do processo de aprendizagem do Reconhecimento foi capaz de influenciar não só a opinião pública norte-americana, mas, também, a forma como os juízes interpretavam a Constituição. A análise de Allen do caso *Brown vs. Board of Education* explicita aquilo que já deveria ter ficado claro neste artigo, ou seja, que o processo de aprendizagem do Reconhecimento tem, no mínimo, 4 estágios:

- (1) Luta por reconhecimento;
- (2) Gradual mudança ou ampliação das relações de Reconhecimento;

<sup>38</sup> Idem, p. 6 (tradução livre). Sanford Levinson procura, com outros argumentos, mostrar os problemas de um conceito excessivamente formal de Constituição: Levinson, Sanford 1991. ‘A Multiple Choice Test: How Many Times Has the U.S. Constitution Been Amended? (A) 14; (B) 26; (C) 420+-100; (D) All of the Above’. In: Brint, Michael; Weaver, William (ed.), *Pragmatism in Law and Society*, Oxford: Westview Press, 1991, p. 295-310.

<sup>39</sup> Idem, p. 24.

## Teoria Tradicional e Teoria Crítica da Constituição

- (3) Gradual cristalização das novas formas de Reconhecimento em instituições;
- (4) Novo estágio do processo de aprendizagem do Reconhecimento.

Parece ser também o caso que as instituições, como a *Supreme Court* norte-americana, tornam (e devem tornar) possível que lutas por Reconhecimento sejam mais que simples lutas por Reconhecimento: elas possibilitam (e devem possibilitar) que lutas por reconhecimento se tornem processos de aprendizagem. A fim de que elas possam, porém, cumprir esse objetivo, faz-se necessário que elas cumpram, também, as seguintes funções:

- (1) Proteger as relações sociais do Reconhecimento;
- (2) Proteger o último estágio do processo de aprendizagem do Reconhecimento que a sociedade atingiu;
- (3) Precisam ser flexíveis o suficiente para participar ativamente no processo de aprendizagem do Reconhecimento e para perceber se a sociedade atingiu um novo nível do seu processo de aprendizagem do Reconhecimento;

Como aprendemos com a análise dworkiana do caso *Brown vs. Board of Education*, a *Supreme Court* decidiu no primeiro caso contra o requerimento dos negros e, no segundo caso, a seu favor. Esse exemplo ajudou a tornar plausível a idéia de que as instituições jurídicas e a interpretação da Constituição em uma dada sociedade dependem do último estágio do processo de aprendizagem do Reconhecimento desta sociedade: depois de uma fase de transição, há primeiro uma mudança nas relações de Reconhecimento para que, então, essa ampliação horizontal das relações de Reconhecimento possa ser cristalizada em instituições por meio de juízes. A Constituição deve ser, portanto, compreendida,

Giovani Agostini Saavedra

como o resultado de um processo de aprendizagem, e, ao mesmo tempo, como a expressão formal de um novo estágio deste processo de aprendizagem.

A comparação entre Dworkin e Allen deveria ter-nos ajudado a compreender que *Teoria Crítica* compreende a Constituição como um complexo de três dimensões, ou seja, as dimensões: (1) interpretativa; (2) institucional; (3) social. A Teoria Crítica não quer, porém, ser uma teoria descritiva do direito, ou seja, ela quer e precisa ser muito mais do que uma simples sociologia do direito. Ela precisa desenvolver a sua análise da Constituição a partir de uma normatividade imanente, a fim de que a dimensão social da Constituição não se reduza a uma simples e pura dimensão empírica. A metodologia adequada para a execução deste desenvolvimento teórico é aquela que Honneth desenvolve em *Umverteilung und Anerkennung* e que é denominada dialética moral do geral e do particular (*moralische Dialektik von Allgemeinem und Besonderem*):

*Como he dicho, el progreso en las condiciones del reconocimiento social tiene lugar en las dos dimensiones de la individualización y la inclusión social: o bien se abren al reconocimiento mutuo nuevas partes de la personalidad, de manera que aumente el grado de individualidad socialmente confirmada; o se incluyen más personas en las relaciones de reconocimiento existentes, de manera que aumente el círculo de sujetos que se reconozcan (...) Dentro de cada esfera, siempre es posible establecer una dialéctica moral de lo general y lo particular en movimiento: se han hecho reivindicaciones a favor de una determinada perspectiva (necesidad, situación vital, contribución) que aún no ha encontrado [na sua aplicação prática até o respectivo momento atual] una consideración adecuada al apelar a un principio general de reconocimiento (amor, derecho, éxito)<sup>40</sup>.*

<sup>40</sup> Honneth, Axel, *Redistribución como reconocimiento*, p. 145-146 (=Honneth, Axel, *Umverteilung als Anerkennung*, p. 220, ver, também, a esse respeito, p. 170). A passagem acrescentada à citação faz parte da versão original do texto e, por algum motivo desconhecido, não foi considerada na tradução em espanhol.

## Teoria Tradicional e Teoria Crítica da Constituição

Os atores sociais que apreendem na sua atividade a dimensão interpretativa e/ou a dimensão institucional da Constituição precisam, portanto, compreender a si mesmos como participantes de um processo de aprendizagem do Reconhecimento, a fim de que estejam em condições de compreender e trazer à tona a normatividade da Constituição. Se eles, porém, não atuarem dessa forma, se eles, por conseguinte, se renderem ao chamado do canto da Teoria Tradicional, não lhes restará senão que atuar de forma *voluntarista*. Isso significa, infelizmente, em última análise, que eles estarão optando por atuar de forma *arbitrária*. Que a arbitrariedade, porém, não pode mais ser tolerada, em hipótese alguma, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, já é lição clara! Aliás, é uma das primeiras lições que aprendemos no processo de aprendizagem social do Reconhecimento.

## BIBLIOGRAFIA

Alexy, Robert/Krawietz, Werner. *Metatheorie juristischer Argumentation*. In: *Schriften zur Rechtstheorie*. Heft 108. Berlin: Duncker & Humboldt, 1983.

ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1991.

\_\_\_\_\_. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1996.

\_\_\_\_\_. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg/München 1994.

\_\_\_\_\_. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

\_\_\_\_\_. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg/München, 1994.

Allen, Danielle S. *Talking to Strangers. Anxieties of Citizenship since Brown v. Board of Education*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2004.

Giovani Agostini Saavedra

Ávila, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Ed. Forense, 2004.

Barzotto, Luis Fernando. *Amizade e Justiça*. In: *Anais do II Colóquio Sul-Americano de Filosofia do Direito*. Porto Alegre. 16/17. Novembro. 2006.

Cavell, Stanley. *Knowing and Acknowledging*. In: *Must We Mean What We Say*. Cambridge 1976. p. 238-266.

\_\_\_\_\_. *The Uncanniness of the Ordinary*. In: Sterling M. McMurrin (Org.), *The Tanner Lectures of Human Values*. Bd. VIII. Salt Lake City. 1988.

D'Avila, Fabio R. *Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal*. In: Andrei Schmidt (Org.). *Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Döbert, Rainer/Habermas, Jürgen/Nunner-Winkler, Gertrud (Org.). *Entwicklung des Ichs*, Köln, 1980.

Dworkin, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, 1978.

\_\_\_\_\_. *Law's Empire*. Cambridge, 1986.

\_\_\_\_\_. *A matter of principle*. Oxford, 1986.

\_\_\_\_\_. *Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. New York, 1994.

\_\_\_\_\_. *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*. Cambridge, 1996.

\_\_\_\_\_. *Sovereign Virtue: The Theorie and Practice of Equality*. Cambridge, 2000.

Gutmann, Amy (Org.). *Multiculturalism and The Politics of Recognition*. New Jersey, 1992.

Hegel, G. W. F. (1976). *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, in: *Werke in 20 Bänden*, Org. Karl Markus, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

## Teoria Tradicional e Teoria Crítica da Constituição

Heidegren, Carl-Gorän, Honneth, *Antropology, Social Theory, and Politics: Axel Honneth's Theory of Recognition*, in: *Inquiry*. 2002, vol. 45, n.º. 4, p. 433-446.

Holanda, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006 (Edição Comemorativa – 70 anos).

Honneth, Axel/Joas, Hans. *Soziales Handeln und menschliche Natur. Anthropologische Grundlagen der Sozialwissenschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1980.

Honneth, Axel. *Kritik der Macht*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988.

\_\_\_\_\_. *Geschichte und Interaktionsverhältnisse. Zur strukturalistischen Deutung des Historischen Materialismus*, in: Jaeggi, Urs/Ders. (Hg.) *Theorien des Historischen Materialismus*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1977, p. 405-449.

\_\_\_\_\_. *Luta por Reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*, São Paulo: Ed. 34, 2003.

\_\_\_\_\_. *Redistribución como reconocimiento. Respuesta a Nancy Fraser*. In: Fraser, Nancy/Idem. *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*. Madrid, 2006.

\_\_\_\_\_. *Umverteilung als Anerkennung. Eine Erwiderung auf Nancy Fraser*. In: Fraser, Nancy/Idem. *Umverteilung oder Anerkennung. Eine politisch-philosophische Kontroverse*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.

\_\_\_\_\_. *Verdinglichung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2005.

\_\_\_\_\_. *Kampf um Anerkennung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.

Levinson, Sanford. *A Multiple Choice Test: How Many Times Has the U.S. Constitution Been Amended? (A) 14; (B) 26; (C) 420+-100; (D) All of the Above*. In: Brint, Michael; Weaver, William (ed.), *Pragmatism in Law and Society*, Oxford: Westview Press, 1991.

Luhmann, Niklas & De Giorgi, Raffaele. *Teoria della società*. Mailand, 1996.

Luhmann, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas: lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*. Mexico, 1996.

Giovani Agostini Saavedra

\_\_\_\_\_. *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1987.

\_\_\_\_\_. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona, 1997.

\_\_\_\_\_. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.

\_\_\_\_\_. *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1999.

\_\_\_\_\_. *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.

\_\_\_\_\_. *Rechtssoziologie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1987.

Neves, Marcelo. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasillien*. Berlin, 1992.

Ricoeur, Paul. *Parcours de la reconnaissance*. Paris, 2004.

Souza, Jessé. *Die soziale Konstruktion der peripheren Ungleichheit*. Habilitationsschrift.

\_\_\_\_\_. *A Modernização Seletiva. Uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília, 2000.

\_\_\_\_\_. *A Construção Social da Subcidadania. Para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica*. Belo Horizonte e Rio de Janeiro, 2003.

Streck, Lenio Luiz. *A Atualidade do Debate da Crise Paradigmática do Direito e a Resistência Positivista ao Neoconstitucionalismo*. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, nº 4, 2006, p. 223-263.

Theunissen, Michael. *Sein und Schein. Die kritische Funktion der Hegelschen Logik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1980.

Zaccaria, Giuseppe (Hrsg.). *Übersetzung im Recht / Translation in Law*, in: *Ars Interpretandi, Yearbook of Legal Hermeneutics* 5, 2000.