

INSTITUIÇÕES DE DIREITO: uma abordagem metodológica¹

Institutions of Law: a methodological approach

Marcelo de Castro Cunha Filho²

Marcos Vinício Chein Feres³

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo desenhar uma metodologia de pesquisa inovadora para a Ciência do Direito que articule a necessária relação entre regulação e emancipação social. Partindo da teoria da luta por reconhecimento de Axel Honneth e da ideia de viver plenamente o Direito de Zenon Bankowski foi possível encontrar um fundamento ético-moral latente na teoria das instituições que sirva de critério metodológico para a determinação do juridicamente válido. Este critério fundamenta-se na noção de autorrealização individual, alcançada por meio da troca de reconhecimento recíproco, e na ideia de raciocínio parabólico, extraída da proposta de Bankowski. Ambos os marcos teóricos complementam-se mutuamente para reformular a metodologia da Ciência do Direito, segundo um parâmetro ético mencionado inscrito na noção de instituição.

PALAVRAS-CHAVE: Metodologia jurídica; Direito como instituição; Luta por reconhecimento; Emancipação; Cultura Jurídica; Raciocínio Parabólico.

¹ Este artigo tem o apoio financeiro da FAPEMIG e do CNPq.

² Marcelo de Castro Cunha Filho, Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), mestrando em Direito e Inovação (UFJF), bolsista da FAPEMIG, Rua Dr. Gil Horta 15/ 1501, Centro, Juiz de Fora – CEP: 36016-400; Tel (32) 9935-5456 – e-mail: mcunhafilho@yahoo.com.br.

³ Marcos Vinício Chein Feres, Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Professor Associado da Faculdade de Direito (UFJF), Doutor em Direito Econômico e Pesquisador de Produtividade PQ 2 CNPq, Rua Professor Clóvis Jaguaribe, 36, apto 203, Bom Pastor – CEP: 36021-700 – Juiz de Fora (MG); Tel: (32) 9977-8017 – e-mail: marcos.chein@ufjf.edu.br.

ABSTRACT

This article aims to design a research methodology for an innovative methodology of Legal Science that articulates the necessary relationship between legal regulation and social emancipation. Stemming from Axel Honneth's theory of the struggle for recognition and Zenon Bankowski's idea of living lawfully, it was possible to find an ethical-moral premise in the theory of institutions, which can be considered a methodological criterion for determining the idea of legal validity. This criterion is based on the notion of individual self-realization, achieved through the exchange of reciprocal recognition, and the idea of parabolic reasoning extracted from Bankowski's idea of living lawfully. Both theoretical frameworks complement each other to reformulate the methodology of law, according to the ethical parameter aforementioned, which is embedded in the notion of institution.

KEYWORDS: Research Methodology; Law as Institution; Struggle for Recognition; Social Emancipation; Legal Culture; Parabolic Reasoning.

1 Introdução

Certamente, uma das discussões mais atuais na área da Ciência do Direito diz respeito à natureza institucional do sistema jurídico. Em contraposição à idéia de que o Direito possuiria caráter meramente regulatório, a suposição acerca da sua natureza institucional não advoga no sentido de se compreender esta ferramenta de integração social como se tratando somente de uma articulação explícita de regras e princípios, cuja principal finalidade seria restringir, permitir e obrigar condutas e comportamentos.

Muito embora o recurso aos três modais deônticos acima descritos seja característico do Direito moderno, não sendo, em hipótese alguma, dispensáveis para a construção de uma teoria sólida, a teoria do Direito como instituição alude, para além disso, à necessidade de se compreender todo o sistema jurídico dentro de um contexto de práticas interpretativas a respeito do que é certo ou errado, levando-se em

conta a influência da política, do contexto social e da moralidade para a tomada de decisão (MACCORMICK, 1998).

A mudança de perspectiva em relação ao paradigma meramente regulatório do Direito gera não somente repercussões teóricas para o campo da ciência jurídica. O novo ponto de partida, inaugurado pela teoria das instituições, gera também repercussões práticas que se refletem no trabalho de qualquer aplicador do sistema jurídico, seja ele, o emissor seja ele, o destinatário do comando normativo.

Qualquer que seja a intenção, o que se pretende obter com essa nova abordagem metodológica é um entendimento mais preciso acerca do que é o Direito e para que ele serve. A pergunta que tem intrigado juristas ao longo dos séculos ainda não parece ter sido respondida satisfatoriamente. Tampouco, pensa-se que, a partir da teoria do Direito como instituição, será possível se conceber de modo definitivo o que é o Direito e qual seu papel na sociedade moderna. No entanto, ainda é tempo de se debruçar sobre a nova perspectiva teórica de tal maneira que seja possível depreender dela o significado do Direito há muito negligenciado pelo paradigma regulatório.

Entre as estratégias de se explicar o Direito a partir dessa nova abordagem metodológica, encontram-se algumas contribuições de Neil MacCormick (1998; 2007). Os trabalhos do autor parecem ter conseguido dar uma maior sistematicidade ao tema das instituições. No entanto, suas ideias parecem se perder na descrição das estruturas formais institucionais, o que pode provocar um afastamento progressivo indevido do real sentido e significado de se articular uma teoria do Direito a qual leve em conta uma concepção coerente de justiça e valores partilhados socialmente.

Em virtude disso, faz-se necessária uma proposta teórica para tentar iluminar com mais clareza e profundidade o significado oculto das instituições e, conseqüentemente, do Direito. Esta guinada teórica encontra suporte no pensamento de Axel Honneth (2003), a respeito dos processos de transformação social, movidos através de uma luta por reconhecimento, e na ideia de viver plenamente o Direito de Zenon Bankowski (2007).

Em termos mais claros, pode-se formular a problemática deste trabalho por meio da seguinte indagação: qual é o pretendido efeito da prática institucional do Direito? Apresenta-se como hipótese a ideia de que as instituições, entre elas o

Direito, devem apresentar, além de um sentido meramente regulatório, uma possibilidade mais concreta de emancipação individual dentro de um contexto de práticas interpretativas, como se pode inferir da articulação das ideias de Axel Honneth e Zenon Bankowski.

Considerando a perspectiva teórica adotada, constata-se a necessidade de se introduzir um elemento ético-moral no estudo Direito que servirá tanto para diagnosticar problemas teóricos nos métodos investigativos quanto para orientar uma nova mudança de rumo no que diz respeito ao manejo prático do Direito.

A seguir, pretende-se abordar o conceito de direito a partir de uma metodologia teórico-descritiva, porém crítica, procurando-se elaborar o critério ético-moral acima aventado na estrutura jurídica, com base nas ideias de Honneth e Bankowski. Em suma, este artigo procura apresentar uma breve abordagem teórica de caráter francamente propositivo a respeito do conceito de Direito.

2 A emancipação individual como fundamento ético para a metodologia jurídica

De acordo com Axel Honneth (2003), o processo de formação das instituições guarda uma relação umbilical com as concepções de vida boa partilhadas na sociedade. No entanto, como as instituições, na contemporaneidade, se submetem a pressões de fundamentação pós-tradicionais, não se pode privilegiar, em seu âmbito, determinadas particularidades e formas de vida específicas. Em razão disso, Honneth se preocupa com uma análise meramente formal da vida ética para compor um quadro referencial que sustente teoricamente o processo de formação institucional.

O sistema de conceitos forjado por Honneth (2003) centra-se na superação das condições práticas que levam o indivíduo a alcançar a plena realização individual, independentemente das concepções morais de que ele partilha. Assim, pensa-se ser possível transpor uma concepção formal de vida boa para o estudo das instituições, sem que se perca o elemento ético pretendido, nem tampouco o distanciamento necessário de uma concepção moral unilateral. Através dos conceitos de autoconfiança, auto-respeito e autoestima, o filósofo pretende não somente vislumbrar um modelo institucional justo, mas pretende também pensar o processo de integração

social a partir do que ele realmente representa para a constituição da identidade humana e de sua plena realização.

A proposta do autor introduz um elemento teleológico para a análise do processo de socialização humana e, conseqüentemente, para a teoria das instituições. A conseqüência disso para a Ciência do Direito particularmente reside no fato de que, agora, não cabe ao intérprete das leis e dos precedentes precisar somente seu conteúdo maleável. Mais importante do que isso, faz-se, agora, necessário resgatar o conteúdo ético-moral inscrito no Direito com base no processo de constituição da identidade humana e no seu pleno desdobramento. Para tanto, deve-se tentar estabelecer, acima de tudo, algumas orientações básicas a respeito da pergunta “quem sou eu?”. É o que Honneth se propõe a fazer.

A investigação do filósofo começa com a certificação de traços históricos comuns presentes nas sociedades ocidentais, que o levam à constatação de que os indivíduos partilham características similares em relação ao processo de autorrealização e à construção de suas respectivas identidades. A principal característica identificada, que posteriormente se desdobra por entre todas esferas da vida social, é a dependência de uma acentuada intersubjetividade como fator de possibilidade da constituição do *Self* (HONNETH, 2003).

Partindo das propostas de Hegel e Mead, Honneth (2003) acredita que o processo de formação da identidade humana se dá de forma relacional, isto é, na medida em que a pessoa reconhece e é reconhecida pelo outro, em meio a tensões comunicativas, como ser autônomo e individuado. Este processo toma a forma de uma luta até que atinja a maturidade. É este o processo de luta por reconhecimento designado pelo autor.

De acordo com Honneth (2003), o processo de luta por reconhecimento começa desde a primeira infância, quando o recém-nascido ainda depende da confirmação concreta de suas carências emotivas e fisiológicas. Nesse momento, começa todo um processo de percepção da autonomia individual, que se torna a base de futuras ligações emotivas, como a amizade, a relação sexual, o casamento.

Já na infância primeva, afirma Honneth (2003), o bebê começa a tomar

conhecimento da sua autonomia em relação a seu cuidador, através de um conflito marcado pela passagem da simbiose à existência autônoma. O bebê, num primeiro momento, vê seu primeiro cuidador como uma extensão de sua onipotência, na medida em que se sabe atendido, em relação às suas necessidades, pela dedicação afetiva da mãe geralmente. No entanto, com o passar do tempo, a mãe, que até então também se via fundida com o recém-nascido, em virtude da sua identificação projetiva com o bebê na gestação, retoma gradativamente sua autonomia de ação (HONNETH, 2003, p. 166). Este momento gera normalmente uma desilusão para a criança, que começa, a partir desse movimento, a tomar consciência de sua autonomia.

Com ajuda de alguns conceitos da psicanálise, Honneth (2003) consegue identificar os primeiros traços da forma de uma luta por reconhecimento travada pelo bebê. É a partir dessa luta que a criança consegue tomar consciência da sua existência como um ser com direito próprio, isto é, com autonomia frente ao seu primeiro cuidador. Esta fase se dá se a criança aprende a conceber sua existência própria sem que a mãe deixe de lhe prover carinho e amor. É a experiência de uma etapa bem sucedida de tomada de consciência da autonomia do ser que funciona, para Honneth (2003), como a medida de autoconfiança necessária para a participação na vida pública.

A luta travada pela criança e o conseqüente processo de tomada de consciência da autonomia é, entretanto, somente a primeira etapa de formação da identidade humana. Como esta forma de obtenção da autorrelação prática é parcial e se dá ainda no berço, ela precede geneticamente as outras formas de luta por reconhecimento (HONNETH, 2003, p. 177).

A segunda forma de luta, qual seja, aquela pela conquista de direitos, se dá no nível cognitivo, ao contrário da primeira etapa, cujo sucesso depende afetivamente dos cuidados e do carinho, mas ao mesmo tempo da retomada de autonomia de ação da mãe. Para transpor a segunda etapa de reconhecimento, o indivíduo precisa, cognitivamente, saber quais obrigações tem de observar em face do respectivo outro. Muito embora os aspectos que distinguem esta segunda forma de interação da primeira sejam substancialmente distintos, o mecanismo que explica a realização do indivíduo como sujeito de direito depende do mesmo padrão de socialização que a

etapa primitiva exige, qual seja, o reconhecimento recíproco.

Esta segunda forma de reconhecimento, entretanto, nem sempre se deu de maneira regular no curso da história, tal como acontece na primeira etapa. Isso é devido à forma de atribuição de direitos, que é sempre um fator contingencial e depende das categorias de direitos adjudicadas ao longo do tempo (Id., 2003).

A estrutura da qual Honneth retira seu conceito de pessoa de direito nasce com o advento da modernidade. A passagem do tradicional ao moderno faz com que as categorias pós-convencionais da filosofia e da teoria política submetam o Direito a pressões de fundamentação racional de modo que ele se torna dependente de um acordo universalizável, celebrado por indivíduos livres. A atribuição de direitos, que antes se encontrava vinculada ao papel social assumido pelo indivíduo na comunidade, deixa de estar fundido com o *status* recebido e passa a se associar à capacidade abstrata que ele possui de consentir com normas morais (Id., 2003).

Desta distinção entre o tradicional, vinculado ao *status* social, e o moderno, vinculado à liberdade que um indivíduo tem de se autodeterminar, nasce a distinção na filosofia entre dois conceitos de respeito (Id., 2003). Um deles se refere exatamente à realização do indivíduo como sujeito de direito livre, isto é, apto a realizar escolhas morais sem que os estamentos sociais, ao quais ele se vincula, o obriguem a adotar determinado posicionamento. De acordo com essa acepção, o sujeito se vê respeitado se reúne as características que o habilitam a participar da tomada de decisão moral no que diz respeito à sua vida e à vida da comunidade (Id., 2003).

Honneth (2003) explica que a constituição de um indivíduo como ser moralmente imputável é determinada local e historicamente. A divisão entre direitos de liberdade individual, direitos políticos e direitos sociais é o exemplo utilizado pelo autor para demonstrar algumas das variações sofridas ao longo do tempo pelo que se entende como sendo imputabilidade moral. De acordo com o autor, as categorias de direitos mencionadas foram surgindo ao longo dos séculos como resultado de uma pressão que a ordem normativa sofria para incluir como participante aqueles impossibilitados de exercerem sua autonomia moral. Se, num primeiro momento, bastava que o indivíduo se visse respeitado, no que diz respeito à sua liberdade de

consciência e propriedade, posteriormente descobriu-se que era preciso adicionar a estes pressupostos os direitos políticos e, mais recentemente, os direitos sociais para que o sujeito tivesse condições práticas de assentir moralmente com a ordem normativa. Desta maneira, para que o indivíduo se veja respeitado atualmente, não basta que ele seja formalmente considerado como digno de respeito. É preciso que ele receba concretamente o nível de vida mínimo para isso (HONNETH, 2003).

À medida que novos pressupostos são incorporados à conquista do autorrespeito, tanto mais indivíduos devem ser contemplados com a qualidade de sujeitos livres, isto é, dotados de respeito próprio e capazes de assentirem moralmente com a ordem jurídica a ser estabelecida (Id., 2003)

O sistema conceitual que procura desnudar as características da autorrealização individual e, portanto, a conceituação formal de eticidade para Honneth (2003), não estaria completo sem uma terceira forma de reconhecimento intersubjetivo. É a categoria da estima social que ainda não se revelou como uma etapa independente no processo descrito.

De acordo com este padrão de reconhecimento, o indivíduo passa a alcançar a plena realização de si mesmo e, portanto, a conquista da sua identidade prática, quando se vê estimado concretamente pelas suas capacidades e contribuições individuais, tomando por base um sistema de valores socialmente partilhado. Aqui também se encontra presente o mecanismo de troca de reconhecimento intersubjetivo que mediou as etapas anteriores de conquista da autorrealização individual.

Se, por um lado, um indivíduo é ou não respeitado tendo em vista sua imputabilidade moral, por outro, a estima social comporta gradações, na medida em que o sujeito é reconhecido como mais ou menos valioso dependendo da adequação de seu modo de vida ou das suas crenças ao esquema de valores socialmente compartilhado (HONNETH, 2003).

O surgimento da autoestima como uma etapa de autorrealização individual independente surge, segundo Honneth (2003), a partir do mesmo processo histórico pelo qual o direito moderno se constituiu. Quando a atribuição de direitos individuais ainda restava acoplada ao papel social ocupado pelo indivíduo na sociedade, a forma de estima recebida pelo sujeito estava também inteiramente dependente do grupo ao

qual ele pertencia. A estima social era, portanto, monopolizada pelos grupos tradicionalmente dignos de admiração.

Quando, entretanto, o quadro referencial de conceitos da filosofia moderna e da teoria política começa a investir contra este esquema monopolizador de estima, elevando princípios axiológicos até então excluídos da autocompreensão cultural da comunidade, começa-se a dissolver o esquema de estima associado ao grupo (HONNETH, 2003).

Historicamente esta passagem está relacionada com a luta travada pela burguesia para obtenção do reconhecimento de suas formas e concepções de vida, que não contavam com assentimento de valor no estado tradicional até então. A honra vinculada ao grupo social ou ao estamento transforma-se, neste momento histórico, em reputação e prestígio, que passam a ser experimentados individualmente na modernidade.

Com a transformação da honra para a reputação, transforma-se também a forma de relação positiva que o indivíduo experimenta consigo mesmo. Esta relação traduz-se, de acordo com Honneth (2003), em uma confiança emotiva na posse de capacidades estimadas pelos demais membros da sociedade. Correspondentemente aos conceitos de autoconfiança e autorrespeito, surge, agora, o conceito de autoestima para representar a terceira e última etapa de processo de obtenção da autorrelação prática ou da autorrealização, em outros termos.

Analisadas em conjunto, as três etapas do reconhecimento recíproco constituem o que Honneth resolveu caracterizar como sendo a estrutura formal do processo de autorrealização individual e, portanto, o pressuposto de uma vida boa. Na medida em que os seres humanos recebem assentimento intersubjetivo com respeito às características ligadas ao amor, aos direitos e a seus valores pessoais, eles passam a se referir positivamente nas relações de autoconfiança, autorrespeito e autoestima respectivamente e conseguem, a partir daí, atingir a autorrelação prática.

Para o estudo das instituições, tem-se, com auxílio do sistema conceitual do filósofo, uma primeira indicativa do ideal que as instituições, em geral, devem perseguir. Se uma vida boa é dependente, no mínimo, de um esquema formal de troca de reconhecimento recíproco, a arquitetura das instituições deve ser pensada de

acordo com a necessidade de se favorecer um fluxo contínuo de troca de reconhecimento no que toca às dimensões afetiva do amor, cognitiva do Direito e emotiva da estima.

Assim, as práticas interpretativas a respeito do que constitui uma família, por exemplo, não se baseariam em rígidas regras costumeiras tão-somente, tal como já provou o paradigma institucional ao trazer para dentro da análise dos mecanismos de controle da sociedade todo um conjunto de valores moldados social e politicamente. Os fundamentos e as práticas interpretativas a respeito do que é uma família estariam, além disso, assentados numa concepção formal de vida ética capaz de proporcionar reconhecimento recíproco aos seus integrantes. Seria o amor o elemento capaz de reconhecer a natureza carencial e afetiva do indivíduo e, portanto, o elemento que lhe garantiria autoconfiança nesta etapa de realização individual (HONNETH; MARKLE, 2004). A forma como este amor seria expressado, por sua vez, é que dependeria das condições histórico-culturais das comunidades envolvidas (Id. 2004).

O mesmo aconteceria com o Direito e com a estima social. No primeiro caso, a pergunta a respeito do Direito e, conseqüentemente, do juridicamente válido deveria passar pelo mesmo critério pelo qual passou a família, a saber, a troca recíproca de reconhecimento. Ao se perguntar o que é Direito, o jurista deve pensar, tanto em nível legislativo quanto em nível judiciário, em todo um conjunto de práticas e expectativas interpretativas a respeito do que venha ser um sistema de direitos garantidor de autorrespeito. Somente quando a ordem jurídica e as instituições de Direito efetivamente garantirem a possibilidade real de o indivíduo participar da escolha do futuro da comunidade é que se pode dizer que houve reconhecimento pessoal por meio da instituição do Direito.

Igualmente na terceira etapa, a troca de reconhecimento recíproco pode ser regulada pelas instituições que garantem ao indivíduo a possibilidade de sentir-se estimado pelo grupo. Assim aconteceria com as instituições do trabalho, das associações e competições esportivas e artísticas, por exemplo. Nelas, deve-se garantir um mínimo de possibilidade de os indivíduos sentirem-se estimados por suas capacidades individuais.

Observa-se que, independentemente do modo como essas instituições são erigidas, a maioria delas é regulada pelo Direito moderno. Chama-se atenção aqui

para os conhecidos diplomas de direito de família, do trabalho, dos direitos políticos e de liberdades. Isso acentua a importância do Direito na construção de instituições legítimas, tendo-se em conta o fundamento ético aqui defendido.

A profundidade e extensão que o Direito alcança ao regular as relações de família, de emprego, eleitorais e outras demonstra a importância deste instrumento para a condução de um processo pacífico de integração social. Como já observado, a regulação jurídica, agora, contém uma finalidade ética, a qual prescreve que os indivíduos devem vislumbrar na instituição do Direito e, conseqüentemente, nas instituições reguladas por ele, um espaço de emancipação individual e não meramente um catálogo de regras que lhes possa garantir segurança e previsibilidade.

É através da concepção formal de vida ética de Honneth que se torna possível repensar o fundamento institucional do Direito particularmente, de sorte que seu sistema de direitos e deveres garanta um ambiente emancipatório livre de relações de dominação cultural, sexual, racial, econômica etc.

3 O desencadeamento da luta e o amor como formas de configuração institucional

Apesar de se ter uma descrição razoável do fundamento ético encontrado para a análise do Direito especificamente, o ideal até agora alcançado pode não explicar de modo satisfatório a maneira pela qual se pode dispor da funcionalidade das instituições em torno desse objetivo. Uma análise deste tipo requer, ainda, uma explicação mais detalhada sobre como a adoção desse sistema de pretensões normativas pode forçar a arquitetura das instituições a se abrir e abarcar aquelas relações cujo reconhecimento é denegado. Uma primeira explicação para este fato encontra-se na própria teoria de Honneth (2003) a respeito da luta por reconhecimento e será explicada mais adiante.

Mas, além disso, não se pode perder de vista o papel que o ser humano ocupa no processo de consolidação das instituições. Apesar de se ter partido de um ponto de vista liberal, qual seja, a realização da identidade dos sujeitos por meio da garantia de

uma vida boa estruturada em nível institucional, o foco exclusivo nas disposições institucionais e naquele que padece de sofrimento pode não atentar para um aspecto relevante do processo de formação institucional, a saber, o ser humano responsável pela criação e aplicação das determinações legais.

Ainda que pareça ingênuo tratar de uma teoria do comportamento humano, não se pode ser mais tolo ainda para pensar que as instituições ganhariam vida própria e todo o sucesso ou insucesso das finalidades pretendidas já estariam imanentemente inscritas no teor institucional. O ser humano por detrás da máquina é responsável não só por colocá-la em funcionamento, como também o é por direcionar seu modo de operação. Nesse sentido, uma teoria consistente das instituições modernas não poderia prescindir de uma análise da cultura jurídica dentro da qual o fundamento ético atribuído ao Direito poderia florescer.

Neste artigo, entende-se que o fundamento ético das instituições e do Direito pode ser melhor refinado quando se assume que, além de um reconhecimento em nível institucional, aqueles que carecem de aceitação e assentimento social devem poder tocar individualmente todos aqueles que efetivamente contribuem para dar sentido e forma aos desejos institucionais, sejam eles aplicadores ou súditos dos comandos estabelecidos.

O primeiro recurso, do qual se pretende lançar mão para enfrentar os desafios propostos, encontra-se ainda na teoria de Honneth (1997; 2003) a respeito da luta por reconhecimento e será responsável por elucidar um primeiro aspecto relevante do processo de criação e transformação institucional. O segundo recurso utilizado se refere à teoria normativa de Bankowski e trata, segundo este trabalho, de um convite ao intérprete operador dos desígnios institucionais a se sensibilizar diante da particularidade das situações conflitivas de modo que, ao fim e ao cabo, o processo de luta por reconhecimento ceda espaço à concretização dos direitos emancipatórios. Veja-se a seguir todo o raciocínio.

De acordo com Honneth (1997), a cada etapa do reconhecimento frustrado corresponde uma perda na relação prática positiva que o indivíduo estabelece consigo mesmo. São essas as formas de rebaixamento e degradação que representam a força motivacional para o indivíduo assumir a luta por reconhecimento como forma de satisfazer as pretensões normativas que lhe proporcionam uma vida boa.

À etapa do reconhecimento forjado na fase infantil, qual seja, aquela que se dá por meio do amor e do contato afetivo com o primeiro cuidador, corresponde uma degradação por meio da violação da integridade corporal ou, então, da prática de maus tratos. Segundo Honneth (1997), a violência física contra a pessoa pode ser da pior espécie de desrespeito praticado. Além de gerar grande humilhação, a pessoa vítima de violência física pode chegar a perder o senso de realidade se a pressão é demasiado insuportável (HONNETH, 1997). Não só a dor física, portanto, pode contribuir para a perda de autoconfiança em si e no mundo, de acordo com o autor, mas também todas as consequências psíquicas dela advindas (Id., 1997).

No que tange à experiência do reconhecimento por meio do Direito, a forma de degradação correspondente diz respeito à exclusão da posse de alguns direitos, especialmente aqueles que concorrem fortemente para a capacidade de um indivíduo se tornar moralmente imputável, como os direitos fundamentais. Se o indivíduo é lesado quanto às suas expectativas de participar da formação da vontade pública em pé de igualdade com os demais membros da comunidade, então ele pode se ver frustrado quanto àquela parcela de autorrelação prática que o exercício desses mesmos direitos lhe garante, a saber, o autorrespeito (Id., 1997).

Por fim, pode-se ainda frustrar as expectativas de um indivíduo no que concerne seu sentimento de valor próprio. Isso ocorre se o horizonte de valores socialmente partilhado não permite a apreciação social das características ligadas ao modo de vida e às crenças particulares individuais. Desta negação de reconhecimento, decorre um sentimento de perda de valor próprio, isto é, de baixa autoestima (Id. 1997).

A referência às formas de rebaixamento e degradação do indivíduo no que se refere às etapas de formação identitária serve para identificar o mecanismo que liga as pretensões normativas de autorrelação prática à ação moral (Id., 1997). De acordo com Honneth (2004), as experiências de desrespeito moral, acima explicadas, aludem ao mecanismo psíquico que leva o indivíduo a reagir contra a agressão. Nesta reação está também inscrita uma forma de luta por reconhecimento (Id., 1997)

Através da luta, o indivíduo tende a forçar seu defrontante a uma antecipação das condições práticas que possibilitam o reconhecimento das características associadas à autorrealização pessoal (HONNETH, 2003). Nem sempre, é claro, é

possível saber se as experiências de degradação levam a uma luta. O próprio filósofo esclarece que para tanto é preciso superar a aceitação pacífica da violência e trazer para o campo cognitivo as conseqüências práticas sentidas pelas vítimas (Id., 2003). Além disso, a resistência só assume a forma de uma luta política manifesta a depender do entorno social e cultural do indivíduo, isto é, se a resistência encontrar ressonância entre outros indivíduos afetados pelas mesmas formas de degradação moral.

A deflagração de uma luta politicamente engajada seria um primeiro aspecto relevante do processo de criação e transformação institucional. A partir do conflito e das formas de patologia social, nos termos de Honneth (2003), tem-se um indício da articulação de uma luta cujo objetivo é ampliar a possibilidade de reconhecimento em âmbito institucional. Assim, pretende-se fazer com que as características ligadas à identidade pessoal das vítimas ganhem assentimento e concordância em meio aos mecanismos de controle social.

Certamente, a transformação do conteúdo institucional tem enorme importância no contexto de reconhecimento de grupos minoritários e, conseqüentemente, no processo de concretização e estabilização das democracias modernas. No entanto, a previsão, em nível institucional, de facilitação de relações de reconhecimento recíproco de nada adiantaria se todos os afetados pelas formas de rebaixamento não fossem efetivamente reconhecidos por aqueles que dão sentido e significado às instituições de Direito. Seriam essas pessoas aquelas que diretamente operam os mecanismos de controle institucional, assim como aquelas que indiretamente participam do processo de significação do conteúdo das instituições, como a sociedade civil, por exemplo.

Em virtude disso, faz-se preciso mais do que plasmar em nível institucional relações de assentimento e reconhecimento sociais. É preciso investir verdadeiramente numa cultura jurídica que saiba lidar com as tensões e os conflitos sociais que atravessam a construção da identidade dos indivíduos integrantes do tecido social.

O vício legalista, do qual padece a cultura jurídica ocidental, certamente não lograria atingir esse resultado. Como legalismo entende-se aqui um apego exagerado às regras e às formalidades mesmo sabendo que elas possuem um sentido ético latente que permitiria flexibilizá-las.

De acordo com Zenon Bankowski (2007), um dos problemas éticos da contemporaneidade diz respeito ao apego a determinadas formas de vida socialmente inventadas que agasalham o ser humano com segurança. O medo da incerteza parece ser tão grande e genuíno que o indivíduo cuidou de se cercar de um aparato ideológico sofisticado que o ajude a se eximir da dúvida, da indecisão e, portanto, da responsabilidade das suas ações. Isso não significa que o legalismo nega uma rede de valores partilhados socialmente, assim como o paradigma regulatório antes aventado o faria. O legalismo é, antes de mais nada, uma atitude ética cuja orientação está em afastar progressivamente a conduta social de uma reflexão contínua de forma a alcançar segurança e estabilidade. Isso é conseguido através da autonomização das regras estabelecidas (BANKOWSKI, 2007).

Nesse mesmo sentido, podem ser concebidos o sistema moral de Kant, segundo Bankowski (2007), e também o fundamento das religiões monoteístas ocidentais, segundo Erich Fromm (1960). No primeiro caso, o imperativo categórico informa qual a atitude universalmente válida deve ser tomada. A justificativa para a ação reside na certeza de que o que é certo fazer é certo tão-somente porque o é, isto é, em conformidade com as regras do imperativo categórico. No segundo caso, Deus é o substituto do imperativo categórico e passa a ser o resseguro individual. Em qualquer caso, não há dúvida nem possibilidade de culpa, uma vez que as regras hipotéticas ou divinas foram cumpridas. O indivíduo encontra, portanto, uma ilha de segurança que lhe permite agir com confiança.

Essa mesma atitude é denunciada por Bankowski (2007) no que tange a forma de se encarar o Direito e as instituições. Aqui, a certeza, travestida de legalismo, também se torna a fonte de um problema moral, mesmo quando o teor institucional indica uma espécie de conformidade com o fundamento ético baseado na ideia de emancipação e luta por reconhecimento. Bankowski (2007) demonstra o efeito deletério que o legalismo no Direito pode gerar recorrendo frequentemente a uma analogia com um caixa eletrônico.

De acordo com esta comparação, o caixa eletrônico é visto como a certeza e o usuário do serviço como a contingência e a particularidade. Ao recorrer ao caixa, o indivíduo somente poderá sacar dinheiro se preencher uma série de condições exigidas pelo banco. Caso uma dessas condições não seja satisfeita, o caixa não

permite a operação e ao usuário é negado o dinheiro. O efeito ruim desse sistema é que, no caso, não importa o quão necessitado o indivíduo esteja do dinheiro, nem se o saque pode servir como garantia de um investimento altamente rentável. Tudo que tem relevância para o caixa são as regras, o cartão, o dinheiro. O indivíduo se perde nas regras do banco e, em geral, ele nem sequer é notado.

De forma análoga, a confiança excessiva nas regras do Direito gera um problema de ética da alteridade que não é facilmente contornável (BANKOWSKI, 2007). Nesse caso, tudo o que importa para o Direito são as categorias abstratas de direitos adjudicadas ao indivíduo. Este, às vezes, não é nem ao menos chamado a se pronunciar em alguns processos, como exemplifica Bankowski (2007). O sujeito, aqui, está perdido nas regras e não tem importância alguma para o Direito, porque, afinal de contas, tudo o que interessa é a segurança da lei. A particularidade e a contingência não são bem-vindas nesse modelo.

A adoção dessa atitude em relação ao Direito não parece corresponder ao objetivo de se erigir um sistema cuja concepção de vida boa daqueles que o sustentam seja o seu fundamento. Da análise das formas de patologia social e luta por reconhecimento de Honneth, decorre a constatação de que somente mediante o movimento de um reconhecimento recíproco pode o ser humano alcançar a autorrealização. Mas como seria isso possível se, agora, o indivíduo mais do que nunca se tornou invisível aos olhos da lei?

Bankowski (2007) argumenta que não é através do abandono do legalismo que se contorna o problema. Apesar dos efeitos negativos que pode gerar, a instituição de regras que permitam ordenar a incerteza do mundo, a contingência e, inclusive, o reconhecimento de características ligadas à emancipação individual, têm seu devido lugar na construção de uma sociedade melhor. As regras e seu efeito estabilizador previnem o caos e a desordem. Isso se mostra novamente no exemplo utilizado do caixa eletrônico. Se, em todo o caso, ao perceber a dor e o sofrimento de um usuário ante a negativa do caixa eletrônico, o gerente do banco se compadecesse e emprestasse a quantia sem qualquer critério, o banco poderia eventualmente falir. Assim poderia também acontecer com o Direito, caso às regras não fosse dada a devida importância. A submissão total ao outro e à particularidade geraria, para

Bankowski (2007), o mesmo problema da ética da alteridade acima mencionado. Agora, no entanto, com os pólos invertidos.

Apesar de parecer contraditório, a inversão dos pólos, a que se alude quanto ao fato de se ignorar a lei e dar atenção exclusiva à particularidade do caso, pode também gerar a zona de segurança e conforto que não permite a adoção de outra resposta. O resseguro do amor, em contraposição à lei, é também fonte de sofrimento porque não permite considerar o outro lado da balança. Bankowski (2007) ilustra de maneira brilhante a perversidade desta hipótese, a partir da tragédia grega de Antígona e Creonte.

Na visão do autor, Antígona, ligada exclusivamente ao amor, foi incapaz de enxergar as leis como ponto de partida necessário para a ordenação social, ao passo que Creonte, ligado ao legalismo cívico, interpretava todos os aspectos da vida social, inclusive a sexualidade, a partir da lei da cidade. Devido ao conflito gerado entre Antígona e Creonte e a impossibilidade de ambos conseguirem enxergar os fatos além de suas representações radicais do amor e do legalismo respectivamente, a tragédia termina com o suicídio de Antígona, que não pôde enterrar seu irmão, conforme a lei cívica. Mas também termina com o fim trágico de Creonte, que perde seu filho, Hemon, marido de Antígona, em razão do suicídio da esposa.

A solução para o dilema entre o legalismo e o amor encontra-se, desta feita, numa forma de meio-termo, isto é, dando a devida atenção às regras sem perder de vista a particularidade e a contingência do caso. Essa atitude, localizada na zona intermediária, não significa a procura por uma síntese de ambos os lados, no sentido Hegeliano (BANKOWSKI, 2007). Tampouco conduz a uma eterna oscilação entre a previsibilidade e a contingência. A atitude designada por Bankowski (2007), situada no meio termo, alude à necessidade de se viver a tensão entre um e outro. Significa sair da segurança de ambos os lados e viver a tensão existente entre eles. Em outras palavras, quer dizer que o lugar da segurança cede espaço para o conflito. É este o conflito entre Direito e amor, aduzido por Bankowski (2007). Somente ao se encontrar este espaço, pode-se viver a legalidade e não o mero legalismo. Esta é a forma encontrada de se viver plenamente o Direito, segundo Bankowski (2007).

O único critério para se viver plenamente o Direito é prestar atenção no caso e na narrativa, a partir da estrutura legal. Nesse momento, Bankowski (2007) aduz a um

tipo específico de raciocínio a ser desenvolvido na interpretação do Direito e do seu contexto institucional. Esta especificidade do pensamento do autor é denominada raciocínio parabólico. A partir do texto de parábolas, Bankowski (2007) consegue reconstruir o texto de legislações rígidas de modo que a surpresa da narrativa e do caso concreto o leve a transcender o texto da lei sem, no entanto, desconsiderá-la.

O raciocínio parabólico constitui-se, para Bankowski (2007), numa estratégia interpretativa que trabalha a relação entre Direito e amor, segurança e incerteza, legalismo e contingência. Sua intenção não é a de fornecer uma definição rígida a respeito dos conceitos jurídicos ou da estrutura legal, tal como num sistema dedutivista. O raciocínio parabólico convida o intérprete das normas e dos textos legais a uma jornada sem destino preestabelecido. A viagem, na qual o intérprete embarca constitui-se em uma exploração do caso particular, das contingências e das reviravoltas que podem surgir no meio do caminho.

O segredo para seguir em frente na trajetória está na habilidade de prestar atenção na narrativa e deixar com que ela fale com voz própria. Ao contrário do que possa parecer, o enfoque nas narrativas, nesse caso, não conduz a uma adesão total ao amor ou à contingência e à conseqüente supressão do domínio da lei e da segurança jurídica. Prestar atenção, dentro do contexto do raciocínio parabólico, significa estar aberto ao novo e à possibilidade de se surpreender com a história.

Essa é uma nova maneira de contar como a criatividade pode injetar sangue novo nas estruturas tradicionais e estáticas da lei sem, no entanto, romper com suas prescrições (BANKOWSKI, 2007). Afinal de contas, só se pode deixar surpreender aquele que conhece o padrão e a regularidade. Em outras palavras, só se pode saber quando a narrativa dá um sinal de alerta quando se aprende a examiná-la a partir de suas continuidades.

Através do pensamento de Bankowski (2007), a teoria de Honneth ganha maior espaço no contexto institucional. Bankowski ressalta, através da busca pelo particular e pelo contingente, a importância de sair do resseguro individual e da zona de conforto para lançar-se em busca do outro não reconhecido. E isso se dá mesmo quando a concepção formal de vida boa aqui formulada já encontra respaldo institucional. Mesmo nesses casos pode-se observar uma autonomização das regras e dos procedimentos, o que levaria o indivíduo a perder-se novamente em meio ao

ostracismo da lei, muito embora a previsão de mecanismo institucionais estejam aptos a auxiliá-lo na conquista de sua emancipação.

Apesar de a teoria da luta por reconhecimento fornecer um paradigma consistente para a abordagem metodológica do Direito e das instituições, ela precisa ser suplementada pelo raciocínio crítico de Bankowski, de modo a não se tornar critério de legitimação de instituições aparentemente justas, porém, desgarradas de seu ideal ético em virtude de uma cultura jurídica irrefletida.

A partir da tentativa de reconstrução da cultura jurídica predominante no mundo ocidental, pretende-se fixar as bases de uma metodologia crítica cujo fundamento ético reside na proposta de reconhecimento recíproco. Dessa forma, ganha-se não somente em conteúdo moral, que antes era ignorado pelo paradigma regulatório do Direito. Agora, acima de tudo, encontra-se no fundamento ético articulado para a metodologia institucionalista uma possibilidade real de emancipação e desenvolvimento pleno das características ligadas à identidade dos indivíduos.

4 Conclusão

A presente pesquisa teórica cuidou de investigar os fundamentos institucionais do Direito moderno, de modo a se criar um instrumento metodológico consistente de investigação para a Ciência do Direito. A metodologia buscada deveria, para o propósito desse artigo, se sustentar não somente num juízo acerca da sistematicidade do objeto, mas, sobretudo, no seu fundamento ético latente.

Para tanto, partiu-se da premissa de que a Ciência moderna do Direito já superou o paradigma regulatório. O entendimento que se creditava ao Direito a mera função de regular e estabilizar expectativas e condutas sociais sem qualquer menção a um conteúdo ético-moral, foi substituído pelo viés institucionalista. Segundo esta proposta, a abordagem metodológica do Direito não pode prescindir de uma análise das condições sociais, econômicas e políticas para apresentar qualquer juízo acerca do juridicamente válido.

Dado o viés institucionalista, questionou-se, a partir das teorias de Axel Honneth (2003) e Zenon Bankowski (2007), qual seria esse fundamento ético que orientasse posições interpretativas acerca do que é correto ou errado num contexto sociopolítico determinado.

Da teoria de Honneth (2003), a respeito da luta por reconhecimento, conseguiu-se extrair uma orientação ético-moral para o Direito fundada no processo de realização e emancipação individual. Este processo é mediado, de acordo com Honneth (2003), por uma acentuada intersubjetividade e troca de reconhecimento recíproco com relação às características formais ligadas à constituição da identidade humana, a saber, o amor, o Direito e a estima social.

Sendo assim, o recorte metodológico proporcionado por esta análise se concentra na identificação de mecanismos institucionais facilitadores de um fluxo contínuo de troca de reconhecimento recíproco em relação aos aspectos já levantados. Ressalta-se a importância do Direito na confirmação de todo este processo, uma vez que ele possui não só o papel de regular as relações de pertencimento à comunidade, como os direitos políticos, mas estende seus mecanismos institucionais a quase todas as outras instituições sociais, como a família e a sociedade civil.

A disposição de instrumentos institucionais, segundo a lógica de troca de reconhecimento recíproco, pode ser estimulada por meio da própria luta articulada por aqueles que, em lugar de encontrarem nas instituições de Direito um espaço de emancipação, encontram a denegação de reconhecimento de sua autonomia e individualidade. Contudo, o sucesso da luta por reconhecimento e a consequente previsão de mecanismos institucionais emancipatórios não basta para efetivamente dar às vítimas do rebaixamento social uma possibilidade real de emancipação. De nada adiantaria plasmar em nível institucional o reconhecimento das características vinculadas à identidade dos sujeitos se os próprios instrumentos institucionais forem operados segundo uma lógica legalista.

A defesa exagerada das regras e de sua aplicação automática pode gerar o mesmo efeito danoso ao processo de integração social que a violência inicial pode causar. A manutenção desse ponto de vista acaba por desconsiderar aquele que carece de reconhecimento em meio às regras e aos procedimentos, pois, afinal, tudo o que

importa para o viés legalista seriam as categorias abstratas de direito, mesmo sabendo-se que elas são imbuídas de um conteúdo ético que permita flexibilizá-las.

Dessa maneira, como forma de estabelecer uma metodologia de pesquisa para a Ciência do Direito com base no conteúdo ético das instituições proposto, deve-se repensar a cultura jurídica do legalismo. Bankowski sugere que esse ponto de vista não deve ser descartado em virtude de suas deficiências. O filósofo do Direito acredita que a cultura do legalismo deve ser reformulada segundo o paradigma da legalidade.

Esta forma de se pensar o Direito e as demais instituições transcende a cultura do legalismo, ao trabalhar a relação entre as categorias abstratas de direitos e as particularidades e as contingências das situações. A partir do que Bankowski (2007) chama de raciocínio parabólico, torna-se possível lançar-se ao alcance do outro e da particularidade dos casos sem perder de vista o domínio da lei e da segurança.

A partir das relações entre Direito e amor, legalismo e contingência, ambas consubstanciadas na ideia de raciocínio parabólico, tem-se um bom motivo para abandonar do apego exagerado às regras, para, a partir daí, deixar-se tocar pela particularidade dos casos. Em outras palavras, aceita-se o convite de Bankowski para mover-se em direção àquele cujo reconhecimento é denegado para, assim, transformar a guarida institucional num verdadeiro espaço, onde a vida ética vale a pena ser vivida.

Esta é a posição encontrada a fim de dar conta de se estabelecer uma metodologia inovadora para a Ciência do Direito cujo fundamento resida numa atitude crítica em relação ao espaço ético-moral que o Direito e as instituições por ele reguladas devem preencher.

Referências

BANKOWSKI, Zenon. *Vivendo Plenamente a Lei*. Tradução: Lucas Dutra Bortolozzo, Luiz Reimer Rodrigues Rieffel, Arthur Maria Ferreira Neto. Revisão: Cláudio Michelin Jr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

FROMM, Erich, *Psicanálise e Zen-Budismo*. Tradução: Octavio Mendes Cajado. Em: FROMM, Erich (Org.). *Zen-Budismo e Psicanáise*. São Paulo: Cultrix, 1960.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução: Luiz Repa. Apresentação: Marcos Nobre. São Paulo: Editora 34, 2003.

HONNETH, Axel; FARRELL, John. Recognition and Moral Obligation. *Social Research*, Vol. 64, nº 1, p. 16-35, 1997. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40971157>>. Acesso em: 10 agosto 2013.

HONNETH, Axel; MARKLE, Gwynn. From Struggles for Recognition to a Plural Concept of Justice: An Interview with Axel Honneth. *Acta Sociologica*, Vol. 47, nº 4, Recognition, Redistribution and Justice, Dec., 2004. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4195052>>. Acesso em: 28 agosto 2013.

MACCORMICK, Neil. Norms, Institutions and Institutional Facts. *Law and Philosophy*, Vol. 17, nº 3, Maio, p. 301-345, 1998. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3504883>>. Acesso em: 28 agosto 2013.

MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law*. New York: Oxford University Press Inc., 2007.