

# dois pontos:

Revista dos Departamentos de Filosofia da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Federal de São Carlos

## Forma e matéria: a autorreflexão do direito entre Habermas e Menke

Gabriel Rezende

**Resumo:** Este artigo propõe uma leitura conjunta de *Facticidade e validade*, de Jürgen Habermas, e *Crítica dos direitos*, de Christoph Menke. Mais do que identificar os regimes de continuidade e ruptura que este texto estabelece em relação àquele, trata-se de compreender o modo como Menke pensa poder corrigir a teoria do discurso introduzindo, a um só tempo, uma ontologia do direito e dos direitos subjetivos modernos, e uma reflexão materialista sobre o não-direito. Para tanto, é preciso elucidar duas questões centrais. Em primeiro lugar, deve-se evidenciar as diferenças de abordagem entre Habermas e Menke quanto à reconstrução histórica do sistema de direitos. Em segundo lugar, deve-se elucidar as diferentes concepções de autorreflexão do direito com as quais trabalham os dois autores. Assim, torna-se possível responder afirmativamente à seguinte pergunta: há uma teoria crítica da vontade política?

**Palavras-chave:** ?

**Abstract:** This paper offers a joint reading of Jürgen Habermas's *Between Facts and Norms* and Christoph Menke's *Critique of Rights*. More than identifying the regimes of continuity and rupture that the latter establishes in relation to the former, the paper aims at understanding the way Menke tries to correct the discourse theory of discourse by introducing, at the same time, an ontology of law and modern subjective rights, and a materialist reflection on non-law. It is then necessary to elucidate two central issues. First, the difference in Habermas' and Menke's approaches regarding the historical reconstruction of the rights system. Second, the different conceptions of self-reflection of law with which the two authors operate. Thus, it becomes possible to answer affirmatively to the following question: is there a critical theory of political will?

**Keywords:** ?

### 1. Introdução

O livro *Crítica dos direitos*, publicado no ano de 2015, pode ser lido como uma paródia de *Facticidade e validade*. Certamente, o objetivo de seu autor, o filósofo Christoph Menke, não terá sido a imitação jocosa. Aqui, o termo “paródia” deve ser entendido no sentido que empregava Haroldo de Campos, isto é, como ““canto paralelo” (*pará*, junto, ao lado de; *odé*, ode, canto)”, verdadeira “releitura dialogal no tempo”” (CAMPOS, 1997, p. 48-49).

As evidências deste diálogo textual vão além dos momentos concretos em que Menke se engaja com o estudo e a análise de *Facticidade e validade*. Desde as primeiras páginas de *Crítica dos direitos*, o leitor e a leitora têm a impressão de serem transportados para o universo de investigações que tornaram célebre a obra de Jürgen Habermas. O fio condutor assim legado parece ser uma pergunta acerca do potencial crítico do direito moderno. Dito de outro modo, Menke, em ramificações por vezes oblíquas dos campos de leitura inaugurados por Habermas, estará interessado em investigar tanto a função do direito para a reprodução do capitalismo administrado, quanto as potencialidades emancipatórias que permitem à forma jurídica

dar fôlego ao projeto de uma teoria crítica da sociedade. Em última análise, a “auto-organização de uma comunidade jurídica” é tomada – ainda que isto vá pressupor mediações complexas – como condição para “formas de vida emancipadas [*emanzipierte Lebensformen*]” (HABERMAS, 1992, p. 12).

Para desenvolver tal projeto, contudo, Habermas e Menke não apenas adotarão estratégias distintas, senão também partirão de um conjunto divergente de pressupostos. É sobre o sentido dessa divergência que tratará o presente artigo. Sua hipótese de trabalho pode ser assim sumariada: a despeito de ambos autores afirmarem a irredutibilidade da forma jurídica e dos direitos subjetivos para a compreensão da sociedade moderna, há uma discordância de fundo quanto ao outro da forma e do direito, isto é, quanto à matéria que perfaz o não-direito. Chamemo-la a princípio de “vontade”.

No eixo metonímico, a palavra “vontade” servirá às nossas análises menos como terno técnico, e mais como polo atrativo de outros conceitos que serão mobilizados por contiguidade, especialmente em referência aos estudos de Menke: interesse, arbítrio (*Willkür*), vontade própria (*Eigenwillen*) são algumas das palavras que descrevem a relação da forma jurídica com seu exterior.

Antecipando a conclusão para a qual nos encaminharemos, a teoria habermasiana do discurso assume que isto que designamos, por ora, como vontade representa o substrato empírico de um processo de racionalização. De fato, o que interessa a Habermas são as condições procedimentais que operacionalizam estes interesses concretos visando a um índice de universalização. A pluralidade destas vontades primeiras, entretanto, precisa ser preservada, e esta seria a razão pela qual os direitos subjetivos, protetores de espaços de “liberdade de arbítrio [*Willkürfreiheit*]” (HABERMAS, 1992, p. 151), seriam inseparáveis da noção mesma de democracia.

Menke vai submeter este argumento a forte escrutínio. Para ele, é precisamente a preservação de um espaço intocado de arbítrio, zona protegida de liberdades ditas naturais, o que faz com que a forma burguesa do direito<sup>1</sup> seja caracterizada por aquilo que chama de “falsidade”, ou “erro ontológico” (MENKE, 2015, p. 166). *Crítica dos direitos* dedica-se, portanto, a duas tarefas: por um lado, elaborar uma crítica do modo como os direitos objetivos naturalizam uma vontade anterior à vida política; por outro, reconfigurar este mesmo espaço não mais como autorização de arbítrios pré-sociais, mas como “afecção sensiva” mediadora de toda determinação conceitual (MENKE, 2015, p. 388).

A fim de melhor elucidar a raiz da divergência entre Habermas e Menke, propomos organizar este artigo ao redor dos paralelismos existentes entre *Facticidade e validade* e *Crítica dos direitos*. Em uma primeira sessão, estudaremos, à luz do que será tratado como o “enigma de Marx”, as razões para a reconstrução histórico-conceitual do sistema do direito empreendida pelos autores. Sugeriremos que as diferenças de análise entre eles já prefiguram a divergência central a respeito de materialidade e forma dos direitos.

Na segunda sessão, apontaremos as peculiaridades do exame a que Habermas e Menke submetem a noção de autorreflexão, e o modo como a forma jurídica é mobilizada por cada um deles para descrever o potencial crítico do sistema de direitos. Focaremos, em particular, nos limites ao que se poderia compreender como uma solução aos dilemas da autonomia na modernidade.

---

<sup>1</sup> Estamos conscientes do duplo sentido do adjetivo “*bürgerlich*” quando qualifica o substantivo “*Recht*”. Optaremos por traduzi-lo, em geral, como “burguês”, porque toda a reflexão de Menke está centrada na compreensão da forma jurídica das revoluções burguesas. Não deve escapar ao leitor e à leitora que, neste ponto, há um jogo irredutível com a polissemia do termo, uma vez que a estrutura dos direitos subjetivos está fortemente ligada ao Direito Civil (*Bürgerliches Recht*), domínio central do Direito Privado.

## 2. Como evoluiu o sistema de direitos?

É curioso notar que *Factualidade e validade* e *Crítica dos direitos* se abrem com algo mais que uma referência a Marx. Habermas, logo nas primeiras páginas de suas “contribuições para uma teoria discursiva do direito e do Estado Democrático de Direito”, cita conferência que proferira sobre “Direito natural e revolução” em 1962 – posteriormente incluída no volume *Teoria e prática*. No trecho autocitado, lê-se:

Marx, com a crítica ideológica ao Estado de direito burguês, e com a dissolução das bases sociológicas dos direitos de natureza, descreditou de forma tão profunda a própria ideia de legalidade e a intenção do direito natural em si, para o Marxismo, que se desfez, desde então, aquilo que reunia direito natural e revolução. Os partidos da guerra civil internacional partilharam clara e desafortunadamente este espólio: um lado tomou o legado da revolução, o outro a ideologia do direito natural (HABERMAS, 1982, p. 117).

Um dos propósitos de *Factualidade e validade* seria, portanto, opor-se a esta partilha indevida entre as condições necessárias para a construção de formas de vida emancipadas e a autocompreensão, em termos de racionalidade prática, de comunidades políticas que se institucionalizam juridicamente. Avancemos mais neste raciocínio.

### 2.1 O caráter enigmático das revoluções burguesas em relação à forma jurídica

A cisão entre direito natural e revolução está associada à interpretação que Marx fez dos processos revolucionários ocorridos ao final do séc. XVIII nos Estados Unidos da América e na França. Afinal, em *Sobre a questão judaica*, é o próprio Marx quem afirma que as revoluções burguesas têm um caráter esquizógeno, dissociando, por meio dos direitos, o homem (indivíduo egoísta, proprietário) do cidadão (membro de uma empreitada política comum). Isto implicaria uma diferença fundamental entre, por um lado, a “emancipação política”, definida como a separação abstrata entre Estado e base material da sociedade burguesa, e, por outro, a “emancipação humana”, que se dá quando o homem não mais separa “a força social na forma da força política [*die gesellschaftliche Kraft nicht mehr in der Gestalt der politischen Kraft von sich trennt*]” (MARX, 1982, p. 163). Uma vez que os direitos do homem, positivação dos direitos naturais, promoveriam aquela às custas da possibilidade desta, formou-se toda uma tradição de leitura que entendia a tarefa verdadeiramente revolucionária da emancipação proletária não como transformação, e sim como ruptura com a lógica dos direitos burgueses: “Não se trata, então, de atualizar os direitos do homem, mas de sair do direito como se saiu da religião” (BINOCHE, 1989, p. 112). De certa maneira, é contra esta linhagem dominante que Habermas escreve desde os princípios da década de 1960, culminando suas reflexões sobre direito e emancipação no projeto de *Factualidade e validade*.

Em *Crítica dos direitos*, Menke assume como ponto de partida algo muito similar à posição defendida por Habermas em “Direito natural e revolução”. Ele introduz, contudo, importante nuance que nos ajudará a melhor compreender o contraste que se estabelece com *Factualidade e validade*. Note-se que, segundo Habermas, Marx só pôde conceber os direitos do homem como um “enigma” porque errava ao reduzi-los a uma de suas singulares manifestações históricas, a liberal anglo-saxã, negligenciando completamente a vertente republicana francesa que se inaugura com Rousseau (HABERMAS, 1982, p. 116). Menke, a seu turno, proporá uma leitura menos ortodoxa. Para ele, o interesse da reflexão do jovem Marx de “Sobre a questão judaica” está menos no caráter afirmativo de sua tese do que na hesitação do próprio enigma – entendido como a aporia central do pensamento político moderno para a qual *Crítica dos direitos* pretende oferecer uma resposta.

Vejamos como o próprio Marx delimitou a questão:

É bastante enigmático que um povo que mal começa a se libertar, a demolir as barreiras entre os diversos membros do povo, a fundar uma comunidade, proclame solenemente a autorização do homem egoísta, apartado de seus semelhantes e da comunidade (*déclaration* de 1791). Este fato se torna ainda mais enigmático quando vemos que os emancipadores políticos chegam mesmo a reduzir a cidadania [*Staatsbürgerthum*] e a comunidade política a simples meio para a manutenção dos assim chamados direitos do homem; que, portanto, o *citoyen* é percebido como servidor do *homme* egoísta; que a esfera na qual o homem age como um ser comunitário é colocada abaixo daquela na qual ele age como ser parcial; que, finalmente, o homem como *bourgeois*, e não como *citoyen*, é tido como o homem propriamente dito e verdadeiro (MARX, 1982, p. 159).

Evidencia-se, assim, uma antítese. A revolução é o ato político por excelência; o momento de fundação de um corpo político que se autonomiza uma vez libertas as forças da sociedade burguesa do julgo do *ancien régime*. Mas a revolução é, igualmente, a declaração de direitos, a instituição de espaços não-políticos de puro egoísmo que serão elevados à condição de fundamento de toda a sociabilidade. Dito de outro modo: os direitos conduziriam à “degradação da política [*Degradierung der Politik*]” (MENKE, 2015, p. 8). Eis o enigma.

Para Menke, o caráter enigmático da questão não reside tanto na explicação causal da subordinação do público ao privado. Afinal, há em “Sobre a questão judaica” uma série de hipóteses explicativas que se referem ao modo de dominação tradicional e ao lugar da burguesia no regime feudal. Não por outra razão, Marx acreditava que “a solução desse enigma [era] simples” (MARX, 1982, p. 160). Ora, Menke sugerirá que a dificuldade central do problema não está no *porquê*, mas no *como* a revolução subordina a sociedade política à sociedade civil (não-política), no *como* se institui uma ordem de igualdade puramente formal por meio dos direitos. Para isto, nem Marx nem as gerações posteriores às revoluções burguesas (incluindo Habermas) teriam uma resposta convincente, pois que sua solução passa necessariamente pela forma dos direitos, ou pelos “direitos como forma [*Rechte als Form*]”. A hipótese de *Crítica dos direitos* é: “não se podem compreender o conteúdo, os fins e os efeitos da declaração burguesa de direitos sem entender como ela opera”. Ao que Menke ajunta: “a forma dos direitos precede seu conteúdo, sua finalidade e seu efeito, porque esta forma não é neutra” (MENKE, 2015, p. 9).

## 2.2 Do enigma de Marx à antinomia entre liberdade racional e liberdade de escolha

Apesar das diferenças de tratamento dispensadas por Habermas e Menke ao enigma da forma jurídica – o primeiro recusando a construção do enigma, e o segundo assumindo seu caráter aporético –, a relação entre direito e forma se mostrará central tanto para *Factualidade e validade* quanto para *Crítica dos direitos*. Esta consideração não deve nos fazer esquecer de que há antecedentes importantes de investigação sobre a forma do direito no pensamento ocidental, nomeadamente na tradição da teoria social. O ponto de referência incontornável é, sem dúvida, o Max Weber de *Economia e sociedade*, para quem o direito moderno era inseparável de um processo mais amplo de racionalização: “Formalmente, todo direito formal é pelo menos relativamente racional” (WEBER, 1956, p. 304).

O modo como essa tradição será reconstruída e mobilizada nos dá pistas importantes sobre a compreensão do significado atribuído à forma. Se seguirmos a sugestão de Menke de que o enigma da forma se transforma numa aporia constantemente reprimida, mesmo no interior da teoria crítica, é possível colocar em perspectiva a principal invectiva de Menke contra Habermas. Em *Crítica dos direitos*, ataca-se a forma excessivamente proceduralista e, portanto, pouco materialista, com que Habermas lidou com o enigma da forma jurídica. Para entender as razões desta conclusão, é necessário acrescentar um elemento à elaboração do enigma de Marx que estudamos na sessão anterior. A antinomia entre política e não-política no momento revolucionário pressupõe uma outra, aquela entre liberdade racional e liberdade de escolha.

No segundo capítulo de *Crítica dos direitos*, intitulado “Ontologia: o materialismo da forma”, Menke desenvolve as linhas mestras da antinomia entre liberdade racional e liberdade de escolha, detalhando-a

à luz da relação do direito moderno com sua pura exterioridade. Retomaremos este ponto nos próximos itens deste artigo; por ora, basta que saibamos que esta relação entre interno e externo é assumida como operação interna do direito, ou seja, como momento de autorreflexão do sistema jurídico. O uso da palavra “sistema” por Menke deve ser entendido sobre o pano de fundo da própria teoria dos sistemas: sistemas sociais são circuitos autossuficientes de comunicação funcionalmente diferenciados. Eles envolvem comunicações com capacidade de autorreferência que se distinguem de seu ambiente. Autorreflexão do direito significa, então, que o sistema funcional de comunicações exclusivamente jurídicas utiliza essas mesmas comunicações para referir-se, internamente, à diferença direito/não-direito.

A partir do enigma de Marx, vimos que as revoluções burguesas lançam as bases de um tipo de sociabilidade específico, no qual a legitimidade da comunidade política (e do direito, entendido no sentido objetivo) depende do influxo do não-direito, da manifestação hierarquicamente superior e protegida das liberdades privadas. Menke aponta que este estímulo vindo do exterior precisa ser, contudo, filtrado pelo sistema jurídico a fim de ser internalizado: ele precisa, portanto, ser convertido em comunicações jurídicas a partir da autorreferência do direito. Duas foram as maneiras dominantes, na modernidade, de compreender estes processos de internalização no qual o direito e sua base material realizaram-se em uma unidade: o contratualismo e o idealismo.

É desnecessário descer aos pormenores de cada uma dessas posições que, de resto, são bastante conhecidas. O contratualismo defende que o fundamento do direito é nada mais que aquilo que o próprio direito autoriza, a saber, o elã natural (*natürlichen Strebungen*) de autopreservação dos indivíduos (MENKE, 2015, p. 103 et seq.). Sua principal limitação consiste em não conseguir oferecer uma explicação consistente para o surgimento da normatividade, uma vez que o conteúdo do direito é deduzido de uma base instável: o interesse egoístico. Tem-se, portanto, a dificuldade de demonstrar como resistiria o caráter deôntico das normas se as partes do contrato passassem a entendê-lo como contrário à maximização de suas posições econômico-sociais.

O idealismo principia como uma crítica à tese contratualista do elã natural, substituindo a procura egoísta de vantagens por uma noção filosoficamente carregada de liberdade como razão prática. Esta tese é, em geral, associada à noção de autonomia no idealismo alemão<sup>2</sup>, embora tenha sua formulação mais cristalina em Rousseau: “Poder-se-ia ajuntar ao desenvolvimento do estado civil, naquilo que precede, a liberdade moral, única capaz de tornar o homem senhor de si: pois a impulsão do só apetite é escravidão, e a obediência à lei autoprescrita é liberdade” (ROUSSEAU, 1966, p. 56). O erro do idealismo estaria em sua simetria especular com o contratualismo: não consegue ele explicar como a razão prática livre, a autonomia de dar a si mesmo sua própria lei, converte-se em direitos que nada mais são que a proteção da busca de apetites egoísticos. A tese idealista secreta uma aporia renovada. Sua leitura da unidade do direito e da base material torna visível algo que permanecia em estado de latência no enigma de Marx: há uma contradição insolúvel entre autonomia e escolha; entre a liberdade orientada pela razão prática e o elã natural.

---

<sup>2</sup> É o que parece ser o consenso da literatura secundária. Cf.: “Para o campo da filosofia moral, isto é inegavelmente verdade; do ponto de vista de Kant, Fichte e Hegel isto é verdade para a filosofia como um todo: *trata-se da liberdade [aus der Sicht Kants, Fichtes und Hegels trifft es auf die Philosophie als ganze zu: es geht um Freiheit]*” (MOHR, 2005, p. 144).

## 2.3 O idealismo de Habermas?

Eis a hipótese lançada por Menke: se há uma contradição inerente ao pensamento político moderno em sua tentativa de unificar liberdade de escolha e liberdade racional, a teoria habermasiana do discurso é paradigmal de uma das formas de se lidar com esta aporia. A proposta de Habermas consistiria em manter, sem horizonte de resolução, a tensão conceitual entre liberdade e escolha.

Para além das inúmeras ocorrências da palavra “*Spannung*” em *Factividade e validade*, e da centralidade que a noção de “tensão” ocupa em todas as principais demonstrações do livro, é possível afirmar que Habermas parte da constatação de que a aporia do direito moderno está ontologicamente associada às estruturas mais profundas da racionalidade comunicativa. Note-se, por exemplo, que o primeiro capítulo de *Factividade e validade* não é outra coisa senão uma meditação sobre a tensão entre “factividade e validade no interior da linguagem [*sprachimmanenten Spannung zwischen Faktizität und Geltung*]” (HABERMAS, 1992, p. 24 et seq.).

Aqui encontramos um acirramento inicial ao redor do problema da vontade. Na leitura proposta por Menke, Habermas comprehende a tensão entre facticidade e validade no direito a partir das homologias que traça entre os desenvolvimentos sociais do direito moderno e os desenvolvimentos filosóficos da razão prática. Disto resultaria não apenas a impossibilidade, mas a crescente implausibilidade, inscrita no projeto idealista (Kant sendo a referência primordial), de reunir livre-arbítrio (*Willkürfreiheit*) e vontade autônoma da pessoa (*autonomen Willen der Person*) (HABERMAS, 1992, p. 113). E ainda que este seja inegavelmente o caso, todavia Habermas não retirará a consequência extrema da exaustão do projeto moderno de emancipação. A seu juízo, livre-arbítrio e vontade autônoma vão se traduzir com sucesso em duas modalidades da vontade institucionalizada, isto é, em autonomia privada e autonomia pública.

Em Habermas, as autonomias privada e pública constituem uma tensão indissolúvel (o termo “aporia” não é por ele empregado) mantida por um regulador de tração que evita que forças de atração e repulsão se convertam em ruptura. Este mecanismo é a forma moderna do direito: o único mediador a se revelar apto, no curso global das transformações das sociedades pós-revolucionárias, a conduzir tal tarefa e garantir a integração social. De forma bastante simplificada, a autonomia privada garantida por direitos individuais é *conditio sine qua non* para o uso da razão livre de violência, sem o qual a autonomia pública é impossível; a autonomia pública, a seu turno, é condição de validação de direitos privados, uma vez que sem a produção de legitimidade esses direitos perdem o fulcro na comunidade política.

É neste ponto que os caminhos de Menke e Habermas separam. O autor de *Crítica dos direitos* vai apontar como carente de fundamentação a conclusão de que a autonomia pública só pode ser construída com a mediação promovida pela forma jurídica encartada com direitos privados. Ao fim e ao cabo, dirá Menke, nem o próprio Habermas é capaz de explicar a razão desta absoluta singularidade da forma jurídica, ou a imprescindibilidade de seu papel mediador. Não haveria, sobretudo, nenhum tipo de explicação normativa possível.

Habermas ver-se-ia obrigado a introduzir um argumento puramente funcional, afirmando que o efeito de charneira produzido pelo direito derivaria de um imperativo sistêmico do processo de diferenciação funcional da sociedade (MENKE, 2015, p. 108). A leitura de *Factividade e validade* parece validar esta interpretação. Veja-se: “Esta explicação é parte de uma elucidação funcional [funktionalen Erklärung], e não de uma fundamentação normativa do direito. Pois a forma jurídica não é de modo algum um princípio que se deixa “fundamentar”, quer epistêmica quer normativamente” (HABERMAS, 1992, p. 143).

Em termos de uma reflexão sobre a vontade, poderíamos afirmar que não haveria uma explicação normativa da capacidade do direito de estabilizar o livre-arbítrio (*Willkürfreiheit*) – corolário do elâ natural e da busca individual por posições privilegiadas – e a vontade autônoma da pessoa (*autonomen Willen der Person*) – entendida como coincidência entre vontade e razão universalizável.

## 2.4 A evolução do sistema jurídico em Habermas

Até aqui, vimos que a “forma jurídica” está no centro das propostas apresentadas por Habermas e Menke, porque ambos consideram que este conceito é fundamental para a compreensão do significado da emancipação nas sociedades modernas. Sabemos também que o modo como cada um dos autores delineia esta “forma” está predicated em um tratamento específico do que se chamou de “enigma de Marx” e, em seguida, de aporia entre liberdade racional e liberdade de escolha.

Esta orientação pela forma conduzirá a dois modos distintos de reconstruir a evolução do sistema jurídico, bem como determinará uma divergência em relação a seu ponto de cumeada, o direito burguês.

Se pensarmos – como Menke propõe – que Habermas está em verdade intentando construir a aporia moderna da reunião das vontades como livre-arbítrio e autonomia racional, então, em lugar das já costumeiras análises, na literatura secundária, das mudanças de perspectiva quanto ao direito entre a *Teoria da ação comunicativa* e *Factualidade e validade*, veremos um surpreendente somatório de estratégias complementares. E isto, precisamente, porque Habermas defende a existência de uma tensão indissolúvel entre o campo da realidade e o da idealidade na própria prática de formas de vida estruturadas comunicativamente.

Não admira portanto que, lido sob esta luz, o conhecido *Mudança estrutural da esfera pública*, publicado em 1962, represente um esforço de identificar as condicionantes sociais do surgimento de uma esfera pública crítica que, a seu turno, condiciona a experiência histórica da ideia de autonomia democrática<sup>3</sup>. De igual modo, a *Teoria da ação comunicativa*, nas famosas passagens onde Habermas reconstrói a evolução do sistema de direitos em analogia com o modelo de desenvolvimento ontogenético do psicólogo norte-americano Lawrence Kohlberg, mira a possibilidade de religar o aumento de complexidade sistêmico à “diferenciação estrutural do mundo da vida” (HABERMAS, 1987, p. 258).

O segundo capítulo de *Factualidade e validade* poderia, assim, ser lido como uma extensão da tese enunciada no capítulo 6 de *Teoria da ação comunicativa*, a saber: “na evolução social, é impossível estabelecer os níveis de integração superior [*höhere Integrationsniveaus*] antes que se formem as instituições jurídicas em que se incarnam uma consciência moral de nível convencional ou pós-convencional” (HABERMAS, 1987, p. 261). Habermas mostra estar interessado numa reconstrução histórica dos “tipos de direito [*Typen des Rechts*]”, na qual universalização e abstração são os resultados de um direito que se rationaliza e se diferencia da moral. A despeito da inegável inspiração weberiana, a posição de Habermas se distingue daquela de Weber por não se limitar a tratar a legitimação do direito como um apêndice da teoria da dominação. Isto nos oferece uma visão clara sobre a manutenção da tensão interna à forma jurídica. Afinal, o direito não equivale à sua função ou à sua prestação para o contexto alargado da dominação legítima: ele inaugura, antes, uma juridificação do poder político. Referindo-se a Parsons, Habermas acrescenta:

<sup>3</sup> É preciso relembrar que, no prefácio à nova edição de 1990, Habermas sugerirá que o interesse da tese desenvolvida no livro permanecia a despeito das limitações que, a seus olhos, teriam se tornado evidentes. Neste ponto, não se tratava simplesmente de sublinhar a aplicação excessivamente rígida da “institucionalização contraditória da esfera pública no Estado de direito burguês” (HABERMAS, 1990, p. 21), mas também apontar como a adoção do modelo de separação entre esfera pública e privada, advindo da tradição hegeliana e da teoria alemã do Estado, ficara aquém dos potenciais normativos de uma sociedade que releva esta cisão.

“O direito é, à luz do processo de institucionalização, uma ordem legítima que se torna propriamente reflexiva. Enquanto tal, ela perfaz o núcleo de um sistema comunitário que, a seu turno, é a estrutura nuclear da sociedade em geral” (HABERMAS, 1992, p. 99).

O elemento fundamental expresso na citação anterior nos parece ser a referência ao devir-reflexivo do direito. A reflexividade, característica maior do estágio pós-convencional ao qual se aludia na *Teoria da ação comunicativa* não significa simplesmente a capacidade do direito refletir sobre o próprio direito. Trata-se, para além, da possibilidade de afiançar a tensão entre facticidade e validade, ou a aporia entre autonomia pública e autonomia privada. Evolução significa, para Habermas, incremento em autorreflexão.

Há ao menos uma consequência decisiva inscrita nesta hipótese: de modo intencionalmente simplificador, poderíamos dizer que a complementação dos esforços teóricos de Weber e Parsons desagua, em Habermas, numa ressignificação das características formais do direito moderno à luz da autonomia dos cidadãos. O “princípio da positividade [*Satzungsprinzip*]” do direito – seu caráter posto, formal, modificável, convencional e tendencialmente orientado à universalização e à generalidade – se une a um “princípio da fundamentação [*Begründungsprinzip*]”. Em conjunto, eles formam a própria condição de possibilidade do equilíbrio, ainda que instável, entre o elã natural e a racionalidade prática, entre o livre-arbítrio e a vontade autônoma. Observe-se: um direito que está, em princípio, disponível para alterações exige que os participantes, em sua prática, retomem discursivamente as razões de modificá-lo ou de não o modificar. Em outras palavras, porque o direito é posto (modificável), os cidadãos precisam se ver como artífices das normas que os vinculam.

Uma vez que o direito se tornou a única técnica social capaz de manter a tensão entre facticidade e validade sob as condições de complexidade da sociedade moderna, fica claro o porquê de Habermas recorrer a reflexões históricas quanto às transformações dessa relação. No já referido capítulo 2 de *Facticidade e validade*, Habermas retoma criticamente a expansão dos direitos dos cidadãos de T. H. Marshall. Lê-se uma significativa complicação do modelo evolutivo linear em que as condições da sociedade capitalista conduziriam a uma progressão de direitos privados (à imagem do direito de propriedade) a direitos sociais, passando por direitos de participação política (MARSHALL, 1950). E isto não apenas porque Habermas refere a necessidade de se pensar as lutas sociais, ou a presença de novos direitos (resultados, por exemplo, da atuação dos movimentos feministas ou ecologistas). Evidencia-se, em verdade, um problema anterior, a saber, uma espécie de dificuldade compartilhada entre direitos privados e direitos sociais. Neste sentido, Estado Liberal e Estado Social também partilham um destino comum:

O Estado de direito e o Estado Social são também, em princípio, possíveis sem democracia. Mesmo ali onde as três categorias de direitos são institucionalizadas, estes direitos defensivos e de participação mantêm algo como um rosto de Janus. Os direitos liberais, que, historicamente, se cristalizaram em torno da posição social do proprietário privado, podem ser entendidos sob pontos de vista funcionais como a institucionalização de um sistema econômico orientado para o mercado, enquanto, sob pontos de vista normativos, garantem liberdades privadas subjetivas. De um ponto de vista funcional, os direitos sociais significam a instalação de burocracias do Estado Social; de um ponto de vista normativo, garantem pretensões reivindicatórias de uma participação justa na riqueza da sociedade. Certamente, tanto as liberdades subjetivas quanto a segurança social também podem ser usadas como a base legal para uma autonomia que torna possível o exercício efetivo dos direitos políticos. No entanto, estas são relações empíricas, e não conceitualmente necessárias. Pois direitos de liberdade e participação podem muito bem significar a renúncia privatista a um papel de cidadão que se reduz, por sua vez, ao relacionamento de um cliente com administrações provedoras e assistencialistas (HABERMAS, 1992, p. 105).

A hipótese das gerações de direitos deixa de lado tanto a dimensão de co-implicação existente entre direitos ditos formais e direitos materiais, quanto perde de vista uma tendência, comum a ambos, de resolver a aporia da forma jurídica em favor do que Habermas chama de uma “síndrome do privatismo da cidadania [*Syndrom des staatsbürgerlichen Privatismus*]”. O leitor de *Facticidade e validade* encontrará a recuperação da tensão entre livre-arbítrio e vontade autônoma no famoso capítulo 9, intitulado “Paradigmas

do direito". Ali, Habermas oferece uma visão ainda mais aprofundada do diagnóstico do direito moderno, afirmando que o local privilegiado para a compreensão da aporia dos direitos é, em verdade, o conjunto de pré-compreensões não tematizadas e compartilhadas pelos aplicadores do direito, por juristas e pelo corpo de cidadãos: os paradigmas, portanto.

É sabido que Habermas proporá uma variação em três momentos do direito pós-revolucionário, a saber, o paradigma do Estado Liberal, o paradigma do Estado Social, e o paradigma do Estado Democrático de Direito. Se este último é aquele em que os fragmentos de idealidade presentes na prática dos agentes revela a co-originalidade e a equiprimordialidade da autonomia pública e da autonomia privada, os Estados Liberal e Social representam formas diversas de se romper o nexo interno entre a autonomia racional e a liberdade de escolha. Ambos institucionalizam estruturas sociais nas quais o projeto comum do corpo de cidadãos revolve ao redor do funcionamento de um *status negativus*. A diferença está apenas em *como* garantir esta condição de liberdade negativa: com direitos formais ou com a materialização de prestações sociais. Esta é, portanto, a tese de Habermas quanto à evolução do direito, nomeadamente do direito moderno. Para ele, o Estado Liberal e o Estado Social "compartilham a imagem produtivista de uma sociedade econômica de cariz industrial e capitalista". Sociedade esta, ele ajunta, em que: "segundo uma interpretação, a expectativa de justiça social é preenchida pela busca privada do interesse próprio; e, segundo a outra, é destruída por ela" (HABERMAS, 1992, p. 491).

### **3. A autorreflexão como centro de orientação do direito moderno**

Em larga medida, o diagnóstico das crises do Estado Liberal e do Estado Social de Habermas e Menke coincidem. Seria mais exato, talvez, considerar que a leitura de Menke assume como ponto de partida um ponto específico da interpretação de Habermas: a ruptura da tensão entre facticidade e validade, entendida especificamente como a aporia moderna da liberdade racional e da liberdade de escolha – duas modalidades da vontade.

Apesar de bem identificar a ligação umbilical entre as soluções do Estado Liberal e do Estado Social (contra, sublinhe-se, certa literatura que via entre os dois paradigmas uma oposição perfeita), Habermas não teria ido ao âmago desta relação, restando ainda, segundo Menke, na superfície de uma crítica à imagem produtivista e privatista do mundo. E a razão para tanto poderia ser reduzida à seguinte proposição: Habermas não concebe corretamente o caráter reflexivo do direito moderno.

A fim de melhor elaborar o conteúdo desta crítica, retomemos por um instante a ideia de que o aparecimento da forma jurídica não pode ser explicado normativamente, mas apenas funcionalmente. Como vimos, essa posição defendida por Habermas em *Factividade e validade* permite ver nas características do direito moderno um conjunto de elementos que, por razões adaptativas, foram selecionados em suas prestações funcionais. Esses elementos são, em resumo, a positividade, a modificabilidade e a convencionalidade das normas jurídicas modernas. O direito passa a oferecer, assim, uma estrutura eficiente de manutenção da tensão entre facticidade e validade, compondo as condições de possibilidade tanto da autonomia pública (liberdade de autodeterminação racional) quanto da autonomia privada (liberdade de escolha). Habermas está, em outras palavras, afirmando não existir uma resposta, quer seja epistêmica quer seja normativa, à pergunta sobre o porquê de somente podermos ser livres, na modernidade, por meio do direito. Com isto, ele está também retirando de circulação a própria possibilidade de liberdade exterior à forma jurídica.

Para Menke, esta é uma opção de leitura incorreta, e revela uma série de outros erros que terminam por se encadear.

### **3.1 Nem explicação normativa, nem explicação funcional**

Coloquemos lado a lado o enigma de Marx e a aporia da autonomia: por que um povo que acaba de se libertar da opressão do antigo regime, operando uma revolução, ato político por excelência, opta por mitigar sua autonomia política em prol de liberdades senão irracionais, ao menos isentas de se justificar racionalmente? Afirmar que a solução do enigma, a forma jurídica moderna, é levada a cabo por imperativos sistêmicos de diferenciação funcional (pressão seletiva) equivale a sustentar uma hipótese, segundo Menke, idealista: a de que a tensão entre facticidade e validade depende do sucesso da manutenção de condições institucionais para a autonomia. Não por outro motivo, *Facticidade e validade* é um contributo a uma teoria proceduralista dos direitos e da democracia. Habermas, consciente da impossibilidade de unir liberdade de escolha e autonomia da vontade, está interessado em sustentar a tensão entre elas por meio de procedimentos. Trata-se de uma proceduralização da autonomia e, portanto, da vontade.

O problema, diz Menke, é que a forma do direito moderno está longe de se limitar às suas condições procedimentais, e também não se reduz às suas prestações para a sociedade. A forma jurídica é, antes, o resultado da autorreflexão do direito, entendida, com inegável influência da teoria dos sistemas, como reentrada da forma na forma. Em comentário a passagens de *Crítica dos direitos*, o jurista alemão Gunther Teubner assim elaborou a questão:

Apesar de dever a Jürgen Habermas muitos de seus *insights*, [Menke] propõe uma correção drástica à teoria do discurso. Em contraste com Kant, Habermas introduz os interesses empíricos dos participantes como material de partida do discurso racional – o qual universaliza os interesses em normas justificadas –, mas os deixa essencialmente não-analisados e se concentra apenas nas condições procedimentais da racionalidade comunicativa. Menke critica isso como mera proceduralização e, a seu turno, enfatiza uma nova materialização, uma orientação em direção àquilo que chama de “efetividade de pulsões e forças materiais [*Wirksamkeit materieller Triebe und Kräfte*], ao ‘natural, arracional [*Natürliche, Arationale*]” (TEUBNER, 2018, p. 358).

A análise de Teubner esclarece que, na proposta de Habermas, a vontade dos agentes, seu elã natural, suas preferências, seus interesses são assumidos como uma espécie de matéria incontornável mas não sujeita a elaboração ou tratamento. Trata-se de um material empírico sobre o qual, em princípio, nada pode ser dito, senão já no interior de procedimentos orientados para a universalização. A base material do direito permanece intocada.

Menke partirá de uma concepção diametralmente oposta no tópico. Em *Crítica dos direitos* vemos se desenhar a autorreflexão como o próprio do direito moderno. O direito autorreflexivo é aquele que reflete sobre a diferença entre o direito e o não-direito como uma operação do próprio sistema jurídico. Por este motivo, Menke afirma que além de a aparição da forma jurídica não se dar por razões normativas, também não se poderia creditá-la a razões funcionais. Ora, se a autorreflexão é a referência ao não-direito dentro do direito, isto quer dizer que um sistema jurídico que se torna reflexivo deve, necessariamente, elaborar sua base material. Veremos que é precisamente por isto que a categoria central da modernidade jurídica é o direito subjetivo.

A conclusão parcial deste raciocínio é a seguinte: porque Habermas não é suficientemente radical em sua concepção da autorreflexão do direito, seu projeto teórico se limita à proceduralização da autonomia e à correspondente “determinação conceitual”, deixando de fora a base material da sociedade e sua “afecção pré-conceitual” (MENKE, 2015, p. 158). Eis o que revelaria o subterfúgio da explicação funcional da forma jurídica.

### **3.2 Autorreflexão e evolução do direito**

Em trabalhos anteriores, Menke já indicava que a autorreflexão era o conceito filosófico chave de seu pensamento político<sup>4</sup>. Do conhecido *Direito e violência* colhe-se um trecho particularmente elucidativo quanto a esta categoria:

“Autorreflexivo” não significa, aqui, um direito que funda a si mesmo, mas sim um direito que se diferencia e que, ao fazê-lo, delimita o não-direito dele diferente [*an dem von ihm unterschiedenen Nichtrechtlichen bregrenzt*]. O direito autorreflexivo, portanto, não é diferente do não-direito; ele não permanece, simplesmente, na diferença, senão antes realiza sua diferença em relação ao não-direito como sua própria operação de diferenciação. A autorreflexão do direito consiste em repetir, no interior do direito, a contradição entre direito e não-direito por meio da qual o direito se produz. O direito autorreflexivo sabe – aquilo que o ordinário direito não-reflexivo do “procedimento legal normal” costumeiramente esquece – que ele criou o não-legal sobre o qual deve prevalecer (MENKE, 2011, p. 68-69).

Ainda que traga muitas inovações em relação a estes textos anteriores, *Crítica dos direitos* se apoia sobre todo um vetor de reflexões quanto às fronteiras entre o direito e seu *fora*. O outro do direito é uma preocupação recorrente na produção intelectual de Menke. Resta saber de que modo essa noção informa seu argumento, diferenciando-o do quadro que desenhamos para a proposta de Habermas.

É extremamente significativo que, ao invés de uma reconstrução histórico-funcional, ou de uma homologia entre o desenvolvimento ontogenético e o filogenético, Menke tenha optado por reconstruir o desenvolvimento do direito a partir de suas variações estruturais e formais. Servindo-se de uma proposta desenvolvida por Michel Villey, Menke aprofunda as diferenças entre os direitos clássicos do mundo antigo e o direito moderno a partir do surgimento da categoria do “direito subjetivo”. Esta diferença de abordagem revela, em realidade, que o problema a ser elucidado não é o conjunto de prestações que o direito possa oferecer à sociedade, mas sim o sentido de sua autorreflexão. *Crítica dos direitos* é, portanto, um grande ensaio sobre as variações da forma do direito.

Como se sabe, Michel Villey elaborou uma muito discutida hipótese segundo a qual a gênese do direito subjetivo teria ocorrido com o nominalismo franciscano medieval, mais exatamente com o pensamento de Guilherme de Ockham. Esta noção, posteriormente trabalhada pelos autores do direito natural racional, teria chegado aos pandectistas do séc. XIX e recebido um tratamento sistemático. De todo modo, ela seria desconhecida do mundo antigo, para o qual a estrutura de um direito que recompõe a totalidade do social distribuindo lotes, parcelas da justiça, seria completamente estranha ao direito subjetivo entendido como “poder da vontade [*pouvoir de la volonté*]” individual (VILLEY, 1964).

Menke é claro quanto ao fato de que só na modernidade torna-se possível dizer que o Direito (momento objetivo, norma), existe para a proteção dos direitos (momento subjetivo, pretensão individual oponível a outrem). Há “uma radicalmente nova determinação da forma da normatividade jurídica [*radikal neue Bestimmung der Form rechtlicher Normativität* ]”, afirma (MENKE, 2015, p. 39). Este é o resultado de uma potencialização da tendência reflexiva do direito. O direito moderno é, por assim dizer, hiper-autorreflexivo, alcançando a autorreflexão não apenas a sua condição de possibilidade, mas a sua própria essência. Nos termos empregados por Menke, a autorreflexão participa do estado ontológico do direito moderno; ela representa seu modo de existência. A modernidade, no campo jurídico, não é uma categoria simplesmente histórica, mas estrutural.

O que significa esta nova forma, este “direito dos direitos [*Recht der Rechte*]”? Ela reflete, inegavelmente, um incremento de autonomia do sistema jurídico, isto é, uma delimitação mais nítida quer seja em

<sup>4</sup> O que não quer dizer, por óbvio, que este conceito tenha permanecido estático em sua obra. Para uma formulação inicial, na qual Menke opõe a primeira e a segunda geração da teoria crítica, ver (MENKE, 2000).

relação a considerações ético-políticas, quer seja em relação a considerações de direito natural. O ponto enfatizado por Menke, entretanto, é diverso: o destino do jurídico na modernidade é a criação de sua própria normatividade. Em eco luhmanniano, não se está longe da autopoiése. Aqui é introduzida uma das principais teses de *Crítica dos direitos*: o modo próprio de auto-construção da autonomia do jurídico é o vir-à-luz da fronteira com o não-direito. Esta ideia se deixa melhor compreender assim: “A normatividade do moderno direito dos direitos tem a estrutura da legalização do natural [*die Normativität des neuzeitlichen Rechts der Rechte hat die Struktur der Legalisierung des Natürlichen*]” (MENKE, 2015, p. 33).

### 3.3 Os direitos subjetivos como forma do paradoxo da autorreflexão

A premissa deste argumento foi fortemente elaborada por Niklas Luhmann, em especial no conhecido artigo *Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft*. Avançou-se, ali, a ideia de que a introdução da categoria do direito subjetivo, impregnada da também moderna categoria da subjetividade, albergava algo de paradoxal. Se o fundamento do direito não seria mais algum tipo de ordem pré-estabelecida a partir da qual se operariam partições baseadas na equidade (tese do jusnaturalismo antigo), mas sim um poder individual de exigir obrigações dos demais indivíduos, então o âmago do direito passaria a ser composto por algo a ele externo, algo que se encontrava em seu ambiente, em sua externalidade: o sujeito. Esta “reconstrução da consciência jurídica [*Umbau des Rechtsbewusstseins* ]”, assume que o sujeito é o “necessário contraposto do sistema funcional [*notwendige Gegenüber der Funktionssysteme*]” (LUHMANN, 1981, p. 98). Aqui está o paradoxo: o direito traça uma distinção (forma) em relação a um não-direito que é, a um só tempo, externo e interno. De forma simplificada: o sujeito é exterior ao direito e encontra-se em seu ambiente; contudo, como categoria central deste direito, acha-se o direito subjetivo, entendido como proteção jurídica de liberdades externas, anteriores ao sistema jurídico.

A proposta de Menke vai além, contudo, daquela feita por Luhmann, porque ele não se limita a interpretar os direitos subjetivos como uma etapa de transição – coincidente com o direito natural moderno – em direção ao fechamento operativo do sistema jurídico. Para Luhmann, a ideia de que o direito deveria juridicizar liberdades naturais anteriores ao direito não passava de um momento de hegemonia do direito natural há muito superado. Onde Luhmann insistia que o sujeito havia perdido o caráter de fundamento do direito em face da contemporânea rotina procedural de tomada de decisões, Menke enxerga uma incontornável dimensão material que ainda hoje determina as relações sociais mediadas pelo direito.

Apesar de Menke não ter se preocupado em explicitar esta distinção em *Crítica dos direitos*, uma chave de leitura interessante para compreender seu argumento foi dada em artigo por ele publicado no ano de 2008, cujo título é *Subjektive Rechte: Zur Paradoxie der Form*. Neste texto, Menke propõe corrigir (ou completar) a reflexão luhmanniana sobre a forma moderna do direito com os aportes vindos do pensamento de Jacques Derrida. Assumindo-se que tanto Luhmann quanto Derrida são pensadores do paradoxo da autorreflexão no direito, existiria uma diferença entre eles quanto aos modos de determiná-lo. Na teoria dos sistemas, o foco estaria centrado na força de composição formal da autorreflexão: os direitos subjetivos são a forma do paradoxo. Já a desconstrução estaria preocupada em enfatizar uma espécie de paradoxo do paradoxo, a saber, a relação paradoxal entre o paradoxo da autorreflexão e a forma. Isto porque, para Derrida, o paradoxo da autorreflexão tanto constitui quanto dissolve a forma jurídica. Menke enxerga no aporte específico da desconstrução a destinação política do direito. Eis como a questão será posta:

De acordo com a compreensão desestrutiva, o paradoxo do direito é a consequência da força do normativo [*Kraft des Normativen*]. O paradoxo do direito consiste no fato de que o direito contém seu outro dentro de si. A teoria dos sistemas entende isso, esse guardar-em-si [*Insichenthalten*] o Outro, como uma operação cognitiva: como uma operação de auto-observação. A desconstrução, por outro lado, entende isto como uma força normativa, como a exigência de conter o Outro dentro de si, o que impulsiona o direito tanto em direção a si quanto para além de si mesmo. Porque a teoria dos sistemas não pensa o Outro na produção da forma como uma força, também não consegue entender a irredutibilidade do normativo e, portanto, a normatividade do paradoxo do direito. O

paradoxo do direito existe apenas no dirigir de sua força normativa contra o direito, na sua produção, no interior e contra o direito, a partir de um ato interruptivo (MENKE, 2008, p. 105).

A impressão de que essa análise seja excessivamente abstrata e, portanto, destituída de sentido, se dissolve ao observarmos como *Crítica dos direitos* retrabalha estas hipóteses. Segundo Menke, o próprio dos direitos subjetivos é sua capacidade de legalizar o natural. O erro dos que circunscrevem a legalização do natural ao jusnaturalismo moderno está em raciocinar nos termos de uma suposta preponderância da ordem natural sobre a ordem legal positiva. Menke mostra que, em verdade, o direito subjetivo dos modernos é concebido como um poder. Enquanto poder oponível a outrem (qualquer Outro indeterminado), o direito subjetivo não é o resultado de uma ordenação anterior, mas uma espécie de autorização para que, dentro do espaço jurídico-normativo, o sujeito se valha de suas forças para promover seu elã natural. Não seria outro o paradoxo da autorreflexão: o direito moderno é o direito que protege o não-direito, ou seja, a busca de vantagens individuais empreendida por um sujeito externo ao sistema jurídico. Menke escreverá: “Permissão do natural [*Erlaubnis des Natürlichen*] significa: autolimitação do direito em relação ao interior e, portanto, a partir do exterior” (MENKE, 2015, p. 77).

O valor modal deôntico por excelência deste direito moderno é a permissão. Menke utilizará, em verdade, duas palavras para descrever este processo de evolução do direito que toma sua forma dominante com as revoluções liberais. Por um lado, o termo “*Ermöglichung*” poderia ser traduzido como empoderamento – o que lembra a noção hohfeldiana de *power* (HOHFIELD, 2016) –, significando que o indivíduo vê para si criado um poder de construir (alterar) a ordem jurídica de acordo com sua vontade. Por outro lado, com maior ênfase numa espécie de governabilidade dos direitos, a “*Erlaubnis*” é a permissão, e diz respeito a uma autorização de perseguir os interesses próprios segundo um arbítrio individual. O elemento vontade, uma vez mais, é irreductível, mas aqui em um sentido diverso daquele empregado por Habermas. A forma jurídica, de acordo com o autor de *Crítica dos direitos*, é reprodução da diferença entre direito e vontade como operação interna do direito.

O que Menke chama de legalização é, a rigor, o processo segundo o qual a ordem jurídica empodera e autoriza as forças naturais, isto é, forças externas ao direito. O argumento de *Crítica dos direitos* é o de que esta posição é independente de eventuais manifestações teóricas ou momentos de dominação histórica das orientações jusnaturalistas ou juspositivistas. Afinal, o que está em jogo, não é a fundamentação do direito na moral, mas sim a autorização de um poder, concretamente considerado, de empregar os meios necessários para a satisfação de necessidades egoísticas.

### **3.4 Dos direitos burgueses como erro ontológico**

Se a crítica de Menke a Habermas fora a de que este teria deixado de lado considerações a respeito dos interesses subjetivos, das vontades empíricas dos agentes, resta-nos agora a tarefa de esclarecer o modo como este outro do direito pode se fazer objeto de crítica. Ao falar de materialização dos direitos, Menke não acredita estar reproduzindo a tradicional contraposição entre *hylê* e *morphê*, entre uma matéria entendida como puro substrato, e uma forma entendida como figura, ou figuração. Matéria e forma são tomadas, aqui, como elementos da autorreflexão. É a partir das noções de “forma da diferença” e de “re-entry”, propostas por George Spencer-Brown, que se deve entender a materialização de que trata Menke. Forma significa distinção: uma fronteira com dois lados. A materialização nada mais é, portanto, que uma re-entrada da forma na forma, a re-introdução, de um lado da distinção, da própria distinção.

Seria, então, a forma moderna dos direitos caracterizada pela autorreflexão um sinônimo do direito burguês, do *Bürgerliche Recht*? A resposta a esta pergunta não é simples. Apesar de afirmar que o direito burguês foi a única manifestação conhecida do direito moderno (o direito socialista de matriz soviética é deliberadamente colocado de lado), Menke aponta nele uma falsidade de essência, um erro ontológico.

Isto nos dá a oportunidade de aprofundar o ponto de dissenso com Habermas. Embora o direito moderno se caracterize pela autorreflexão, sua manifestação histórica no direito burguês implicou um velamento existencial. Na visão de Menke, o direito burguês é simplesmente falso, é um mero aparecer que contradiz sua essência.

Aqui a crítica de Menke atinge igualmente Habermas e o estado da arte da filosofia política liberal. Pois o erro estaria, para empregar a famosa expressão de Wilfrid Sellars, num “mito do dado”: o natural, isto é, o não-direito é tomado de forma empírica (aqui, positivista) como um objeto de pura apreensão. Um dado imutável em relação ao qual o direito nada mais pode fazer senão introjetá-lo proceduralmente. O positivismo da forma legal é o mito do dado que se cristaliza na pureza dos direitos subjetivos.

*Crítica dos direitos* sugere, portanto, que existe uma outra forma de conceber a autorreflexão. Em outras palavras, o problema do direito moderno não estaria situado em seu caráter autorreflexivo, mas nas estruturas historicamente dominantes que transformaram a reentrada do externo no interno em algo absoluto, e que compreenderam “o material efetivo do processo de autorreflexão da forma como um dado positivo [*positiv Gegebenes*]” (MENKE, 2015, p. 167). O direito burguês é uma má metafísica da vontade. Menke multiplicará o emprego de termos que se organizam entorno dessa ideia, especialmente o “arbítrio [*Willkür*]” e a “vontade própria [*Eigenwillie*]”, para mostrar que a versão dominante dos direitos subjetivos naturaliza interesses particulares como se eles fossem uma exterioridade inultrapassável. O sujeito se torna uma “instância [*Instanz*]” de “autoridade [*Autorität*] pelo simples fato de que sua vontade própria é autorizada, é transformada em fato jurídico fundante do qual decorre toda a normatividade do direito.

Os direitos ditos negativos, portanto, sob o manto de proteger vontades naturais, criam espaços de discricionariedade preenchidos arbitrariamente pelos sujeitos. Menke propõe, aqui, um argumento distinto daquele mobilizado por Habermas. Em lugar de entender os clássicos direitos de liberdade burgueses como proteção de um espaço interior, espécie de “concha [*Hülle*]” a partir da qual é possível brotar o sujeito ético (HABERMAS, 1992, p. 482), *Crítica dos direitos* avança a tese de que os direitos subjetivos escondem a verdade da autorreflexão. Escondem, sobretudo, o caráter mediado da vontade, isto é, o fato de que o arbítrio não é um dado natural trazido ao direito, mas um empoderamento criado com o concurso da ordem jurídica. O direito burguês produz uma imagem da vontade na qual não existem ligações, conexões, articulações, cruzamentos ou transformações. Tudo se passa como se, por um passe de mágica, a vontade pura do indivíduo tivesse livre curso nas ordens jurídicas modernas.

Estaria aí a raiz da dominação moderna exercida por meio do direito; esta seria a razão pela qual o direito se faz forma privilegiada do exercício de dominação tipicamente moderno. Se a vontade é infensa às mediações do direito da comunidade política, o direito subjetivo é a autorização do exercício de poderes naturalizados.

### 3.5 Os contra-direitos como resposta

Como já pudemos assinalar, Menke entende que a forma autorreflexiva do direito é irredutível, o que o leva a rejeitar a lógica tradicionalmente atribuída a Marx de uma igualdade sem direitos. Mas, ao mesmo tempo, seu *Crítica dos direitos* é uma forte invectiva contra o modo dominante de se conceber os direitos subjetivos. Ora, se não se trata nem de abandonar a forma dos direitos nem de permanecer na forma burguesa, a proposta de Menke só pode ser entendida como uma espécie de desvelamento das potencialidades inscritas na autorreflexão. Em contraposição ao que defende Habermas, Menke sugere que esta solução depende de uma outra ontologia da vontade.

Vimos na seção anterior que a gênese do projeto de *Crítica dos direitos* passa por uma leitura complementar entre as reflexões de Luhmann e Derrida. O contributo da desconstrução, neste contexto, tem que ver com uma dimensão intrinsecamente política do paradoxo da autorreflexão, cuja força não é simplesmente formativa, mas também dissolutiva. Menke dará a isto o nome de “novo direito”, e o pensará a partir do que chama de “contra-direitos [*Gegenrechte*]”.

Partindo de uma interpretação algo heterodoxa das famosas passagens sobre o levante dos escravos na *Genealogia da moral*, Menke pretende aportar uma correção de curso à versão dominante da crítica aos direitos. Dizemos “algo heterodoxa” porque Menke não afiança simplesmente a ideia de que a luta por direitos (subjetivos) equivaleria a uma moral da fraqueza, uma moral do escravo que se furta de avançar com força sua própria ideia de bem, e termina por fundar um simples direito de se ver tratado com consideração (NIETZSCHE, 1921). Seria preciso, assim prossegue o raciocínio, rejeitar tanto a moralidade típica do direito burguês, segundo a qual igualdade significa igualdade de consideração, ou equivalência de proteção a uma vontade não afirmativa; quanto a moralidade senhorial do comunismo, segundo a qual deve existir uma identidade entre “participação [*Teilnahme*]” e “co-determinação [*Mibestimmung*]”, isto é, uma normatividade da pura afirmação.

Por que essa rejeição comum da passividade burguesa e da afirmatividade comunista? Ainda que a apresentação do argumento em *Crítica dos direitos* se preste a equívocos, há um fio condutor que não pode ser negligenciado. Menke está se contrapondo a uma versão específica do problema, aquela que ele atribui a Marx e sua solução simples do enigma homônimo. Se comunismo significa igualdade como igualdade de participação social, isto é, o ser-parte da vontade social em oposição à vontade própria burguesa, então a política significa a politização do social. Lido a partir do esquema do levante dos escravos, isso representaria a pura afirmação do poder enquanto afirmatividade do social. A moralidade senhorial do comunismo, para Menke, seria esta passagem do escravo ao senhor como pura afirmação da vontade, respeitada uma importante nuance: isto se daria no plano do social, e não do indivíduo. Aqui, não haveria espaço para os direitos, entendidos como pretensões iguais a esferas de determinação da vontade própria. Não haveria, portanto, autorreflexão do direito. O problema, prossegue Menke, é que, eliminadas as bases normativas das revoluções burguesas, a “solução simples” de Marx torna impossível explicar a própria política, transformando-a em senhorio não-mediado, em um direito universal de criar seus próprios valores distribuído a todos os participantes sociais. Não se superaria, aqui, a oposição entre escravo e senhor.

*Crítica dos direitos* elabora um contraponto a estas duas posições que, em muitos sentidos, se assemelha à posição de Habermas em relação aos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social (ênfase em dimensão privadas, unilateralidade da noção de autonomia, perda ou da capacidade de autodeterminação pública ou da autodeterminação privada). Mas se o ponto de partida da crítica é semelhante, a solução é certamente muito diferente.

As leitoras e os leitores de Adorno reconhecerão, aqui, uma série de motivos comuns. Menke sugere que a matéria dos direitos, o outro da forma, a vontade como materialidade seja vista como um momento de mediação da autorreflexão. Isto o conduz a reler o levante de escravos como uma nova lógica da afecção, ou melhor, como uma nova lógica da passividade. Em linguagem fenomenológica, seria possível dizer que ele está a pensar as dimensões políticas da “síntese passiva”, retirando da noção de autonomia a precedência (neokantiana) da atividade do juízo e da síntese conceitual.

Em outras palavras, Menke recusa a ideia de que a solução para o “mito do dado” e para o problema da absolutização burguesa da vontade se dê por algum mecanismo de racionalização por universalização *à la* Habermas. Ao contrário, sua proposta é a de insistir numa “passividade do sensível” que, do ponto de vista político, imanta a autorreflexão do direito como “força, agitação ou negatividade” (MENKE, 2015, p. 381).

Está em questão uma contra-metafísica da vontade. E isto se revela numa teoria alternativa do juízo. Ao invés de simplesmente racionalizar o substrato afetivo pré-conceitual, o “novo direito” institucionaliza modalidades de livre-curso desta potencialidade. De fato, pode-se falar de uma afirmação da passividade. Deve-se cuidar, entretanto, para não validar um retorno aos espaços negativos de proteção do arbítrio do direito burguês. Afinal, o novo direito não tem sua distinção em relação ao direito burguês assegurada de antemão. Tudo se passa como se a diferença entre os dois se desse sempre retrospectivamente, e tivesse que ver não com alguma segurança estrutural, mas com uma modalização. O novo direito é também fruto da autorreflexão moderna da forma; é ele também, neste sentido, um direito moderno. O novo direito, contudo, multiplica o paradoxo da autorreflexão, potencializando as contradições internas ao sistema jurídico. Contra-direitos são uma prática permanente do que Menke chamava em *Direito e violência* de “*Recht wider willen*” (MENKE, 2011, p. 102): um direito constantemente voltado contra si mesmo, em guerra contra si próprio. Um direito que explora suas contradições, porque não pode recorrer nem a uma externalidade dada, nem a uma positivação da vontade. A negatividade da afecção pré-conceitual não é, portanto, um dado externo, e sim o resultado do agir social compartilhado dos indivíduos. A força a-racional é um momento de mediação, pois é também força autorreflexiva, ou seja, reprodução do par interno-externo dentro do direito.

Para Menke, a única forma de se pensar a autonomia é, por fim, considerá-la como autoimunidade do sistema jurídico.

#### 4. Conclusão

O ponto de partida do presente artigo havia sido a ideia de um diálogo textual entre *Factualidade e validade* e *Crítica dos direitos*. As evidências deste diálogo, argumentávamos, não residia apenas nas inúmeras passagens em que Menke explicitamente se referia a Habermas como o fiador da necessidade de se pensar, lado a lado, a noção de emancipação e a forma moderna dos direitos. Para mais além, percorremos indícios que sugeriam que o livro *Crítica dos direitos* fora pensado como uma correção ao que Menke entendia ser o ponto cego da teoria do discurso: a ausência de tematização adequada do substrato material do direito, a saber, as forças, os desejos, os interesses ou, em uma palavra, a vontade dos participantes das interações político-sociais.

Ante o chamado “enigma de Marx” e a antinomia entre liberdade racional e liberdade de escolha, Habermas vira na forma jurídica moderna a possibilidade de manutenção de uma tensão irresolúvel entre os interesses privados e a formação legítima da autonomia pública. Para ele, a evolução histórica do sistema de direitos havia provado que os direitos subjetivos, entendidos como garantia de um espaço institucional de arbítrio do indivíduo, eram a *conditio sine qua non* para o surgimento de juízos normativos legítimos no seio de uma esfera pública. Entretanto, enquanto condição, este arbítrio protegido só poderia ser controlado por mecanismos procedimentais de universalização. A vontade, em si, não é objeto da teoria do discurso, representando apenas uma condição necessária sobre a qual nada se poderia falar. Os direitos subjetivos garantem uma pluralidade de fundo a ser organizada proceduralmente.

Menke acredita que uma teoria crítica dos direitos não pode excluir de antemão a dimensão material dos direitos. Com seu “novo direito” dos “contra-direitos” está em questão a possibilidade de desfazer a noção moderna de fundamentação dos direitos em liberdades anteriores à vida social – a isto chamou-se de o “mito do dado” em referência a Sellars. Menke não está preocupado com o conteúdo ou o fundamento do direito, mas com os processos de internalização da exterioridade do direito.

Se *Factualidade e validade* pode ser visto como uma profunda descrição do papel de mediação do direito moderno entre duas modalidades da vontade – a vontade como elã natural egoístico e a vontade como

orientação para o racional –, *Crítica dos direitos* sugere que existe um erro ontológico no direito burguês: a ilusão de que o direito subjetivo corresponda à limitação da vontade alheia pela vontade própria, sem necessidade de justificação.

Para Menke, o direito burguês desconsidera que a vontade é um momento de mediação e, por essa razão, não pode ser encarada como pura externalidade. A vontade é melhor descrita como um processo de subjetivação próprio ao sistema jurídico, e fruto de sua autorreflexão. *Crítica dos direitos*, contudo, resiste à tentação concorrente de estabelecer a vontade como vontade *do social*, ou seja, como vontade do corpo coletivo de cidadãos. É nesta abertura que vem se inserir o novo direito.

A proposta de Menke é que o novo direito seja aquele em que os impulsos do arbítrio individual circulem não apenas como produtos sociais, mas como força de criação e desconstrução. E neste ponto, encontra-se sua destinação política como síntese passiva, como afecção. Os contra-direitos são a liberação do paradoxo da autorreflexão: afetos que circulam por indivíduos que são, a um só tempo, parte e não-partes da comunidade política. Neste sentido, Menke sugere uma leitura afirmativa da revolta nietzschiana dos escravos, entendida como imbricação entre passividade e atividade. O escravo insurgente, figuração desta hipótese, é aquele que “demanda a não-participação”. Aqui, o momento de autonomia participativa estaria dirigido, a título de verdadeiro contra-direito, à possibilidade de não participar da empreitada política. Menke vê nisto a potência de um direito alérgico a si mesmo; de um sistema jurídico que dá livre curso às suas contradições e se volta contra sua própria identidade. Estaria aí, pensa ele, a possibilidade de um direito emancipatório.

Ainda que a hipótese dos contra-direitos possa abrir vias interessantes de investigação, o objetivo deste artigo não foi exatamente o de evidenciar uma suposta superação da teoria do discurso. Tampouco esteve em nosso horizonte a ideia de produzir uma arbitragem entre *Facticidade e validade* e *Crítica dos direitos*. Parece mais frutífero, neste momento, imaginar que a fortuna de uma teoria crítica dirigida ao aparato institucional das sociedades modernas está inescapavelmente ligada à autorreflexão do sistema jurídico. E, ao dizer isto, estamos afirmando que o outro do direito, aí incluídas suas condições materiais e de formação da vontade, compreende uma dimensão irredutível da teoria crítica.

## **Referências bibliográficas**

- BINOCHE, Bertrand. *Critiques des droits de l'homme*. Paris: Presses Universitaires de France, 1989.
- CAMPOS, Haroldo de. *O arco-íris branco: ensaios de literatura e cultura*. Rio de Janeiro: Imago, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Theorie und Praxis: sozialphilosophische Studien*. Frankfurt-am-Main: Suhrkamp, 1982.
- HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Vol. 2. Frankfurt-am-Main: Suhrkamp, 1987.
- HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt-am-Main: Suhrkamp, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt-am-Main: Suhrkamp, 1992.
- HOHFELD, Wesley N. *Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning by Wesley Newcomb Hohfeld*. New York: Routledge, 2016.

LUHMANN, Niklas. Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft. In: LUHMANN, Niklas. *Gesellschaftsstruktur und Semantik*. Vol. 2. Frankfurt-am-Main: Suhrkamp, 1981, p. 45-104.

MARSHALL, T. H. *Citizenship and Social Class: And Other Essays*. Cambridge: University Press, 1950.

MARX, Karl. Zur Judenfrage. In: *Marx-Engels Gesamtausgabe*. Berlin: Dietz, 1982. v. 1-2, p. 141-169.

MENKE, Christoph. Critique and self-reflection: the problematization of morality. *Constellations*, v. 7, n. 11, p. 100-115, 2000.

MENKE, Christoph. Subjektive Rechte: Zur Paradoxie der Form. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, v. 01, p. 81-108, 2008.

MENKE, Christoph. *Recht und Gewalt*. Köln: August-Verlag, 2011.

MENKE, Christoph. *Kritik der Rechte*. Frankfurt-am-Main: Suhrkamp, 2015.

MOHR, Georg. Moralphilosophie im Deutschen Idealismus – zur Einführung. In: SANDKÜHLER, H. J. (Ed.). *Handbuch Deutscher Idealismus*. Stuttgart: J.B. Metzler, 2005. p. 144-145.

NIETZSCHE, Friedrich. *Nietzsches Werke, Band VII: Jenseits von Gut und Böse Zur Genealogie der Moral*. Stuttgart: Alfred Kröner Verlag, 1921. v. 1

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Flammarion, 1966.

TEUBNER, Gunther. Zum transsubjektiven Potential subjektiver Rechte: Gegenrechte in ihrer kommunikativen, kollektiven und institutionellen Dimension. In: FISCHER-LESCANO, A.; FRANZKI, H.; HORST, J. (Eds.). *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018. p. 357-375.

VILLEY, Michel. La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam. *Archives de philosophie du droit: Le droit subjectif en question*. v. IX, p. 163-187, 1964.

WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft : Grundrisß der verstehenden Soziologie*. 4<sup>a</sup> ed. Tübingen: Mohr, 1956. v. 2