

PESSOAS, VALORES E DIREITO

Entrevista: Stephan Kirste*

Lúcio Chamon Jr.**

Durante o mês de setembro, Belo Horizonte recebeu a visita do Prof. Dr. Stephan Kirste, da Universidade de Heidelberg, que promoveu um curso na Faculdade de Direito da UFMG nos dias 17, 18 e 19 sobre "As bases filosóficas e sociológicas do conceito de sujeito de direito". Este curso, promovido e organizado pelos Cursos de Pós-Graduação da FDUFG e pelo NIEPE – Núcleo interdisciplinar para a integração de ensino, pesquisa e extensão – foi coordenado pela Prof. Juliana Neuenschwander Magalhães. Gentilmente o Professor Kirste, após o término do curso, aceitou a realização de uma entrevista. As perguntas que se seguem dizem respeito tanto a questões ligadas ao tema do curso ministrado, bem como também a problemas da sociologia e filosofia da contemporânea. São tratados, além de temas referentes à teoria da interpretação, pontos específicos que dizem respeito tanto à obra de N. LUHMANN quanto à de J. HABERMAS.

LÚCIO CHAMON JR.: Há uma interessante questão que é sempre levantada: pode o embrião ser considerado um sujeito de direito enquanto, pelo menos no Brasil, o Código Civil estabelece, em um de seus dispositivos, que a personalidade se inicia com o nascimento com vida?

STEPHAN KIRSTE: Essa questão tem sido bastante discutida na Alemanha sob diferentes enfoques: sob o aspecto do Direito Penal, do Direito Público e do Direito Civil. No Direito Penal, essa questão envolve considerações concernentes ao aborto. Deve o aborto ser considerado como uma causação intencional de uma morte ou como algo menos severo? No Direito Público, entre outras questões,

* Doutor em Filosofia do Direito pela *Universität Freiburg*, professor de Filosofia do Direito, Teoria Geral do Estado e Direito Público na *Universität Heidelberg*.

** Professor de Sociologia Jurídica na Faculdade de Direito de Sete Lagoas (FADISETE).

isso pode ser discutido no contexto de standards éticos de pesquisas científicas: o uso de embriões e sua possível exploração e instrumentalização com o propósito de curar inúmeras doenças, além do desenvolvimento e teste de novos medicamentos. Finalmente, temos a tradicional questão do Direito Civil “quando uma pessoa se torna uma pessoa para o Direito Civil.” O §1º do BGB, salvo engano, diz que “a vida humana se inicia com o nascimento”.

Todavia isso não é sem exceção. Há uma exceção no que concerne a problemas ligados à herança. Isso se dá porque não é adequado alguém ser considerado capaz para herdar somente após o seu nascimento. Tome, por exemplo, o seguinte e dramático caso: os pais tiveram um acidente de carro e morreram, mas felizmente a criança foi salva por uma cesariana – ou casos similares em que os pais morrem antes do embrião nascer. Não deveria ser-lhe reconhecida a capacidade para herdar? Por outro lado, nós temos a necessidade de segurança jurídica – é um princípio do Estado de Direito. As questões são especialmente concernentes a isso.

Então, a questão vem sempre junto com outras do tipo “quando se inicia a gravidez?”, bem como “qual é o momento a partir do qual poderíamos dizer que agora o feto pode ser capaz de herdar?”.

Não estou recomendando um determinado caminho “certo” pelo qual o problema deva ser resolvido. Somente menciono aqui os três enfoques para pontuar que, em diferentes esferas jurídicas, pode ser que haja diferentes necessidades de dar ao embrião o *status* de sujeito de direito. A única resposta definitiva que a teoria jurídica pode dar, neste momento, é que o embrião torna-se sujeito de direito no instante, assim, juridicamente definido, quando o Direito positivo, por ele mesmo, o faz um sujeito de direitos ou deveres. Acerca dessa questão, a controvérsia pode ser decidida pela Lei Maior (*higher law*), mormente por previsões constitucionais. Do contrário, haverá tão-somente uma obrigação moral do legislador de conceder ao embrião tal posição. Naqueles países em que postulada está a dignidade humana em suas Constituições, há, portanto, uma decisão jurídica da questão: a dignidade humana concede a todo ser humano em potencial o direito de ser tratado como um sujeito de direito e não meramente como um objeto jurídico. Isso, todavia, não diz muito a respeito da extensão dos direitos reconhe-

cidos ao embrião. Essa extensão é bastante dependente, por exemplo, da questão de como a vida humana é protegida nas Constituições e quando, de acordo com elas, a vida se inicia. Esse ponto mais intrincado refere-se, também, hoje em dia, às pesquisas realizadas com embriões ou nascituros.

Sob o meu ponto de vista, ele não só tem uma personalidade própria mas também é protegido pela norma que tutela a vida de maneira geral. Então, não é a proteção individual que lhe é dada, mas se trata do art.2º da Constituição da Alemanha provendo tutela à vida do embrião. Juntamente com outras esferas jurídicas, mas talvez somente com uma função subsidiária, o Direito Penal tenha que proteger, neste caso, a vida do nascituro.

LCJR.: Atualmente a questão sobre a clonagem é bastante discutida. DWORKIN e HABERMAS, por exemplo, escreveram sobre isso, em seus respectivos livros “Sovereign Virtue” e “Die postnationale Konstellation”¹, apresentando argumentos contra a clonagem. Nestas considerações, poderíamos entender que o embrião *in vitro* é um sujeito de direito? Como os filósofos alemães e o senhor entendem essa difícil questão?

SK: É realmente uma questão difícil, e, na Alemanha, ela é imensamente discutida. As posições dependem do pano-de-fundo filosófico e científico. A área ou campo de argumentos vai desde os mais conservadores, que têm suporte naqueles filósofos com uma bagagem teológica, especialmente da Igreja Católica, aos cientistas que trabalham em companhias e na pesquisa com embriões. Mas, aparte deste pano-de-fundo ideológico, a resposta à questão depende do conceito de vida, por um lado, e dignidade humana, de outro. Acredito que não pode ser argumentado que, pelo menos a partir do momento da fertilização, não haja proteção da vida.

A outra questão: a proteção da vida tem que estar relacionada com outros interesses? Falando em um contexto constitucional, os interesses e a liberdade da

1 Cf. tradução para a língua inglesa: *The postnational constellation: political essays*. Trad. Max Pensky. Cambridge, MIT, 2000.

pesquisa científica devem ser considerados, é claro, mas a necessidade de proteção da saúde pública deve ser também tomada em conta. A proteção da vida tem que ser balanceada com outros interesses. Outro aspecto ainda é o da dignidade humana. É uma enorme questão se a dignidade humana é somente um princípio objetivo ou um direito subjetivo, e se ele somente se inicia com o nascimento ou se se trata de um potencial que o embrião já possui. Ainda é questionado se a dignidade humana inicia-se a partir da fertilização ou de estágios posteriores a ela. É claro que cada e todos esses estágios têm sido bastante discutidos. Mas deve ficar claro, todavia, que essas questões, na moldura de uma Constituição, não podem ser discutidas meramente sob uma perspectiva utilitarista. Nos direitos fundamentais, e em certos princípios, as Constituições contêm respostas potenciais para essas questões, e as soluções concretas devem ser encontradas na base de um balanceamento e pesagem dos mesmos.

Na minha opinião, a dignidade humana é um potencial da criatura que terá, ou tem, qualidades humanas básicas. Destarte, assim que se inicia a vida de um ser – do embrião – é a mesma protegida pelo art. 1º da Constituição da Alemanha acerca da tutela da dignidade humana. E isso tem que ser respeitado. Como eu disse anteriormente, não podem os embriões ser considerados objetos de pesquisa. E os pesquisadores também não podem, especialmente nos Estados Unidos, mas também cientistas alemães já começaram a fazer, criar e produzir embriões com o objetivo de servirem os mesmos a pesquisas que serão desenvolvidas mais tarde nas quais alguns são escolhidos e, talvez, outros jogados fora. Eles são seres humanos desde o primeiro instante da fertilização quando, independentemente, o potencial se inicia. Mas isso, é claro, é uma forte posição: outros argumentam contra no sentido de que não há independência – tratar-se-ia tão-somente de parte do corpo da mãe – no sentido de que o meu argumento apresentado seria metafísico. Bem, talvez pode até ser que seja, mas nossa Constituição tem formalmente transformado valores metafísicos em prescrições jurídicas. Mas é claro que essas suposições precisariam de algumas investigações mais profundas e explicações para adequadamente responder à sua questão.

LCJR.: E sobre as pessoas jurídicas? Como o Senhor entende o *status* de uma associação ou sociedade cujos membros a deixaram e somente restou

um dos membros (sociedades unipessoais), ou ainda quando outros membros morreram? Pode ser ainda considerada como uma pessoa jurídica?

SK: A resposta é claramente sim. O principal aspecto da pessoa jurídica é a independência da personalidade da própria pessoa jurídica frente a seus membros. Essa é a razão pela qual temos pessoas jurídicas unipessoais, como em certas sociedades. Em um contexto jurídico, há a necessidade de existir entidades que permaneçam, ainda que haja uma tremenda mudança de seus membros. Pense em algumas grandes associações. Se todas elas dependessem dos membros que as compõem, você teria que nomear todos os associados em uma petição judicial dirigida a um Tribunal, e, se houvesse alguma alteração nesse quadro, você teria que rescrever a petição. Isso seria, nitidamente, muito pouco prático, para não dizer impossível! Assim, há uma necessidade de endereçar suas reivindicações à pessoa jurídica, ainda que não sabendo quem está trabalhando nela ou quem são seus membros. Em situações econômicas complexas, com sociedades extremamente grandes, isso se torna ainda mais importante. Como um contratante, você quer saber quem é sua contra-parte, enquanto entidade responsável, e não quem, pessoal e individualmente, são seus membros. Você quer manter-se vinculado à pessoa jurídica ainda que seus membros mudem e apenas um permaneça. Quem assegura o conteúdo é a pessoa jurídica, e não os seus membros, e essa é a razão pela qual a resposta seja sim.

Ao menos na Alemanha, um problema diferente é, contudo, percebido. Nós temos um tipo de associação (associação desportiva, associação cultural, etc.) que precisa de sete pessoas quando de sua fundação. A questão é relevante no tocante ao fato de que se um dos membros deixar a associação pode ser o motivo para a liquidação da mesma. Essa é a mais básica "base natural" dessas associações. Assim, nós temos a idéia de que, sob esse prisma, não há uma independência completa.

Deve ser sempre lembrado que esse não é um tipo de "pré-condição natural". O Direito, por ele mesmo, realiza, institui esse requisito no interesse da segurança de transações jurídicas e da seriedade da iniciativa da própria associação. Mas, se o Direito não diz ser necessário sete pessoas para que se forme uma associa-

ção, o número de membros não importa. Em outras situações o número de pessoas por detrás da pessoa jurídica não tem qualquer importância. Parceiros dessa pessoa jurídica estão tão-somente interessados no patrimônio por detrás da mesma. Destarte, para fundar uma sociedade de responsabilidade limitada você tem que ter uma certa realização do capital, e os contratantes com esta sociedade estão (mais ou menos) segurados por essa quantia. Não importa quantas pessoas a compõem.

LCJR.: Aqui no Brasil, nós temos uma lei que disciplina a proteção do meio ambiente² e que institui a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Na França, a responsabilização também já é adotada. E na Alemanha? Há alguma possibilidade de condenar uma pessoa jurídica pelo Direito Penal? O senhor acha possível uma justificação em nível filosófico?

SK: Aqui a resposta é não. O ponto inicial tem que ser a razão da punição penal como um critério da responsabilidade penal. Não se trata, tão-somente, de uma compensação pelo dano causado, mas diz respeito à questão da culpa (guilt). Culpa requer autonomia, autonomia requer consciência, e a questão é como você pode construir a consciência de uma pessoa jurídica. Talvez, sob a luz da Teoria dos Sistemas Sociais, com o sistema autopoietico substituindo a questão da consciência por estruturas próprias do sistema – as operações autopoieticas –, talvez nessas bases você possa construir a culpa de uma pessoa jurídica. Mas você ainda terá que pensar se é isso aquilo que dizemos quando falamos da culpa em contextos de Direito Penal.

Há, ainda, um componente ético quando da condenação de um indivíduo por aquilo que ele fez. A sociedade rejeita o que você fez. Mas é isso algo que se pode impor à pessoa jurídica? No momento, eu não vejo qualquer perspectiva. Talvez, o Direito Penal, ou a noção de culpa, mudem. Digo, também os objetivos do Direito Penal são extremamente discutidos. Talvez, todo o Direito Penal mova a outros

2 Lei nº. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998.

objetivos, quem sabe, longe do velho conceito idealista de endereçamento a um sujeito racional – como na concepção idealista que considera o indivíduo como ser racional. Se você tem esse forte conceito de culpa, e nós o temos na Alemanha em razão do princípio da dignidade humana, não podemos, assim, pensar a punição de uma pessoa jurídica.

LCJR.: Vamos agora falar sobre a teoria da interpretação. Essa matéria é muito interessante, especialmente após uma olhadela na teoria de KELSEN. Podemos perceber que a teoria dele abre a possibilidade de encontrar novas interpretações para além da moldura normativa oferecida pela Ciência do Direito. As críticas de DWORKIN sobre isso são, em geral, direcionadas à hierarquia piramidal: para DWORKIN é preciso considerar não somente as regras, mas, também, os princípios, a fim de que possamos alcançar a resposta *correta*. Assim, para alcançar *essa* resposta, ele constrói a figura de um heróico super juiz: HÉRCULES. O senhor acredita ser possível trabalhar com a noção de um juiz como HÉRCULES?

SK: Não, definitivamente não. Há um longo caminho de KELSEN a DWORKIN. É um caminho de perda de critérios precisos para a distinção entre argumentação jurídica e argumentação moral. Em DWORKIN, a precisão é deixada a cargo de uma melhor resposta moral. Ele nega a possibilidade de uma distinção entre argumentos morais e jurídicos. O HÉRCULES tem que encontrar a melhor resposta possível, e isso inclui – porque DWORKIN decididamente “valora” o conteúdo mais que a forma – todos os argumentos morais possíveis e racionais. Na perspectiva de uma filosofia moral, HÉRCULES, talvez, seja uma figura interessante – ao menos no sentido de que ele nos lembra a importância de uma melhor solução moral para uma questão prática.

Mas, do ponto de vista jurídico, é uma atividade difícil para o juiz encontrar as melhores respostas. É claro que isso o juiz deve levar adiante considerando uma moldura juridicamente construída, e que, é certo, inclui não somente regras, mas, também, princípios. Mas, esses princípios, ainda que tenham uma grande varie-

dade de possibilidades para a aplicação e para o seu entendimento – para a concretização –, nesse contexto eles formam um sistema, e você tem que respeitar o sistema e as limitações do sistema como um todo. Então, a questão reside em como achar a melhor resposta no sistema jurídico: o sistema tem uma forma, e eu prefiro, com a tradição, manter-me no sentido da teoria kelseniana.

LCJR.: A teoria kelseniana propõe que a resposta a determinado caso não pode ser decidida por uma Ciência do Direito, mas somente em termos de política do Direito (Capítulo VIII da *Teoria Pura do Direito*). DWORKIN diz que nós não temos várias possibilidades, mas somente *a* ou *uma* possibilidade: a resposta correta...

SK: Essa é a “questão da resposta correta” (right answer question). Não se pode falar que se tem uma única resposta correta. Penso eu que, ainda sob o aspecto da teoria hermenêutica de DWORKIN, você pode muito bem construir casos quando se têm possibilidades equivalentes. Assim, não há uma única resposta correta. Neste caso o juiz, à medida que apresenta argumentos racionais, respeitáveis e coerentes, tem, ou pode deparar-se, com possibilidades para decidir.

Mas eu posso dizer algo mais sobre a construção de HÉRCULES? O aspecto estranho dessa questão se encontra no perigo que significa esconder seu argumento sistemático por detrás de metáforas como HÉRCULES. São elas introduzidas como metáforas principais, a fim de realizar uma certa descrição e esconder argumentos sistemáticos por detrás das mesmas. Mas, de tempos em tempos, você retira argumentos da metáfora em si. Então, os argumentos sistemáticos não são apresentados, mas dizem respeito, em sua grande parte, a um subjacente senso comum ou a algumas evidências às quais geralmente são necessárias explicações. Eu adoro usar metáforas para ilustrar argumentos sistemáticos, bem como apelar a emoções, mas, uma vez que HÉRCULES não está restrito a essa função, eu realmente não poderia trabalhar com este homúnculo.

LCJR.: A teoria de ALEXY, por outro lado, propõe a consideração dos princípios sob uma outra óptica. Para ele, querendo desenvolver e melhorar a teoria de DWORKIN, os princípios seriam comandos de otimização e as regras, por sua vez, seriam comandos determinantes. Pode essa concepção ser adequada a um Estado Democrático de Direito? O senhor não acha que ela abre a possibilidade para a penetração de argumentos éticos?

SK: Novamente a resposta é não, e as razões são, geralmente, as mesmas que foram apresentadas na resposta anterior. Nós podemos fazer uma distinção entre os princípios, como comandos de otimização, e as regras sem que seja necessário abrir o sistema jurídico àquilo que é moral. Isso não é, certamente, a resposta que ALEXY daria. Ele concorda com DWORKIN, neste ponto, que os princípios abrem o sistema jurídico em direção à moral, mas é necessário fazer uma distinção entre concordar com ALEXY – que são os princípios comandos de otimização – e o outro aspecto da abertura da argumentação jurídica. O comando de otimização tem que levar em consideração outras prescrições, tanto do sistema jurídico, quanto da Constituição, e ele deve ser otimizado neste contexto. E, nesse sentido, nós temos uma longa tradição na Alemanha como, por exemplo, o professor de Direito Constitucional em Freiburg e ex-juiz da Corte Constitucional Alemã, KONRAD HESSE. Ele desenvolveu a idéia de “concordância prática”, que se refere ao sentido de que princípios constitucionais devem ser tomados em conta para que o resultado possa ser considerado ótimo para todos eles. E aqui nós podemos respeitar as limitações do sistema jurídico.

LCJR.: Sim, mas ALEXY diz, em um de seus livros, que os princípios podem ser considerados como valores e valores poderiam ser considerados como princípios. Às vezes, parece dizer que seria tão-somente uma diferença de nomenclatura. Acredito eu que, talvez, poderia ser problemático trabalhar com a noção de valores – princípios como valores. Estamos em uma democracia e temos vários valores na sociedade. E, nesse sentido, é que, quando lhe fiz a pergunta, tinha em mente a questão de possivelmente não se estar realizando um discurso jurídico, mas sim um discurso referente a

questões éticas. A questão é: se você trabalha com uma noção concernente àquilo que é o *melhor valor*, você não está lidando com um discurso acerca do que *deve-ser* para o Direito. O Senhor não acha que isso poderia ser problemático?

SK: Temos essa discussão, na teoria jurídica alemã, de maneira bastante considerável, e isso está conectado com as questões que você levantou anteriormente. CARL SCHMITT, por exemplo, referiu-se à “tirania dos valores”, e temos, também, outro bastante famoso constitucionalista, também de Freiburg, E.W. BÖCKENFÖRDE, que, também, argumenta fortemente contra a integração dos valores no seio de uma argumentação jurídica.

Não, eu não compartilho dessas dúvidas. A Constituição, definitivamente, contém valores, ainda que na parte concernente aos princípios clássicos dos direitos fundamentais básicos. Eles contêm valores em um sentido enfático, e não é necessário, para tanto, abrir a Constituição àquilo que é moral. Isso porque esses valores têm que ser interpretados no contexto de uma dada Constituição, mas não no contexto de uma argumentação moral. Assim, respeitadas devem ser as limitações sistemáticas oriundas da Constituição. Podem, destarte, ser os valores meios de limitar o alcance de possível entendimento, ainda que sejam valores.

LCJR.: A propósito, há uma grande discussão sobre as diferenças entre o *Welfare State* e o Estado Democrático de Direito. O senhor acha que há tantas diferenças ou o Senhor acredita que se trata tão-somente de pontos singulares e pequenas distinções?

SK: Bem, não estou bem certo acerca do que você entende por *Welfare State*. Talvez haja entendimentos diferenciados entre os Estados Unidos, e talvez na América do Sul, e a discussão centro-européia. Quando falamos do *Welfare State*, nós nos referimos ao Estado de Polícia do final do Século XVIII, prevenindo não somente desde tudo o que o povo poderia pensar – mas, também, demonstrando-se extremamente limitador das ações possíveis e da mobilidade social –, até ques-

tões que dizem respeito a como se vestir adequadamente. Atrás disso, há a figura e a concepção do monarca como o Pai da comunidade do Estado. Isso não tem como ser combinado com uma concepção democrática de autogoverno do povo. Para este são necessários procedimentos para garantir que tudo, no contexto social, seja democraticamente legitimado. Não acredito que essa seja a concepção estadunidense, então, sua questão vai em uma direção diferente.

Sob outras bases, não há contradição entre o princípio do *Welfare State* e o princípio Democrático. Na Alemanha tivemos, após a 2ª Guerra Mundial – quando as ordens econômicas e sociais tiveram que ser re-estabilizadas –, o conceito da teoria do mercado social, em que se pode perfeitamente permitir a fundação de uma justiça distributiva democrática. O *Welfare State*, nesse sentido, e na minha opinião, é uma questão de justiça distributiva. E, se você toma justiça distributiva em um sentido procedimental, não há qualquer contradição entre ambos.

LCJR.: De volta à questão da interpretação. KLAUS GÜNTHER disse, em seu livro “Der Sinn für Angemessenheit”³ que há um problema quando adotamos a teoria de ALEXY. Para GÜNTHER, “A concepção alexyana dos princípios como comandos de otimização desvia nossa atenção para o perigo que pode surgir quando, por exemplo, um modelo valorativo é projetado dentro de uma teoria acerca da estrutura normativa”. Nesse sentido, HABERMAS, em “Faktizität und Geltung”⁴ segue a doutrina desenvolvida por GÜNTHER. Assim, ambos consideram a importância das partes na argumentação jurídica, embora aceitem tão-somente argumentos jurídicos como capazes de determinar a resposta jurisdicional. O que o Senhor pensa acerca da posição desses autores? – que, é claro, apresentam diferenças. É o “juízo de adequabilidade” apropriado ao momento atual? (Is the “sense of appropriateness” appropriate to the present moment?)

3 Cf. tradução para a língua inglesa: *The sense of appropriateness: application discourses in Morality and Law*. Trad. John Farrell. Albany: State University of New York, 1988.

4 Cf. tradução para a língua espanhola: *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

SK: KLAUS GÜNTHER e JÜRGEN HABERMAS – como é bem sabido – trabalharam juntos no projeto de “Faktizität und Geltung”. ALEX Y trabalha com um “outro” HABERMAS, um HABERMAS “anterior”. ALEX Y deduz sua teoria do discurso mais da “Theorie des kommunikativen Handelns”⁵ que de “Faktizität und Geltung”. Qual a diferença? A diferença é a relação entre argumentação jurídica e argumentação moral. HABERMAS, em “Faktizität und Geltung”, delineia uma forte linha entre as duas. Esse é definitivamente o ponto que ALEX Y não segue. Nesse ponto, ALEX Y é mais próximo de DWORKIN que de HABERMAS.

A façanha de KLAUS GÜNTHER foi permitir o desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica de HABERMAS no que diz respeito aos discursos de aplicação. No discurso de aplicação, você tem princípios ou regras abertos, e você tem necessidade de preencher as lacunas com um adequado material normativo. Sobra, portanto, um resto de incerteza e, nesse sentido, “O juízo de adequabilidade” pode ser, efetivamente, apropriado! (*And in this sense “The sense of appropriateness” could be, indeed, appropriate!*)

LCJR.: Há uma grande diferença, por exemplo: DWORKIN trabalha com a figura do HÉRCULES. HABERMAS e KLAUS GÜNTHER dizem: Não, é impossível trabalhar com HÉRCULES, temos que trabalhar com as partes no procedimento. E, nesse sentido, diferentemente de DWORKIN, afirmam que não existe “a” ou “uma” resposta correta, mas sim uma resposta adequada ao procedimento levado a cabo...

SK: Você tem que se limitar, respeitar o Direito, ainda que, em certa medida, você possa encontrar uma melhor resposta no campo moral...

LCJR.: Uma pergunta sobre a teoria de LUHMANN. Para ele, sociedade é comunicação, e cada sistema social tem um código próprio e específico

⁵ Cf. a também tradução para o espanhol de Manuel Jiménez Redondo: *Teoría de la acción comunicativa*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987.

(v.g., Direito/não Direito; verdadeiro/não verdadeiro). Nesse sentido, diz que o Direito é aquilo que o Direito diz que é Direito – é a noção de sistema autopoietico. Em certa medida, podemos observar certa similaridade com as teorias positivistas. Para KELSEN, o Direito é aquilo criado e feito de acordo com a norma superior. Nesse sentido, é nítida a maior complexidade da teoria de LUHMANN. Mas o senhor não acha que há uma ponte que mantém KELSEN e LUHMANN lado a lado?

SK: Definitivamente, sim, há várias pontes. Bem, isso poderia ser fortemente argumentado pelos teóricos da Teoria dos Sistemas. Ambas são teorias positivistas, e a maior diferença é que KELSEN se refere a um sistema normativo, enquanto LUHMANN fala de sistemas de comunicação (communicative systems). E isso significa que os sistemas de comunicação são compreendidos por operações: operações produzem a diferença entre Direito/não Direito. Não é como em KELSEN, com critérios pré-determinados, mas é, tão-somente, aquilo que se dá em razão da comunicação orientada juridicamente. Se a comunicação é, faticamente, orientada pela distinção Direito/não Direito, poderá, portanto, ser distinguida como uma operação jurídica. Nessas bases, então, há uma diferença fundamental. LUHMANN, eu penso, poderia muito bem entender e integrar KELSEN. KELSEN teria dificuldades em entender e integrar as distinções de LUHMANN porque ele provavelmente diria que não se trata de uma argumentação jurídica. E, em um certo sentido, ele estaria certo. Dessa perspectiva normativa, o sistema jurídico é um sistema normativo e LUHMANN não tem nada que ver com ele, KELSEN.

Por outro lado, alguém poderia dizer que há um propósito das operações tomadas no interior do sistema jurídico. Mas o que é isso? Ter-se-ia que conectar uma certa operação a outra prévia operação jurídica, e isso pode ser orientado, tem sido orientado, pelo código. E o código poderia ser reinterpretado como uma distinção normativa. Assim, teríamos, como orientação para a comunicação, a *norma fundamental (basic norm)*. É nesse sentido que ambas teorias necessitam da idéia de uma norma fundamental para preencher a lacuna criada. KELSEN, por exemplo, nunca precisamente definiu o *status* formal da norma fundamental – ele a chamou de “hipotética” e mais tarde de “fictícia” –, mas, nessa direção, poderíamos, talvez, preencher a lacuna entre LUHMANN e KELSEN.

LCJR.: Qual seria o “problema” da teoria de LUHMANN? A noção de “operações circulares”?

SK: Primeiramente gostaria de dizer que a abstração é a base da teoria luhmanniana. É uma grande teoria porque achou o mecanismo básico para explicar todos os sistemas sociais. E, portanto, ela proporciona também os instrumentos para que possamos entender como o Direito funciona. Embora enfatize as necessidades sistêmicas dos sistemas, do mecanismo objetivo, LUHMANN descarta intencionalmente tanto o ser humano, enquanto tal, bem como a consciência. Em certa medida, você pode entender isto: vida e consciência são sistemas diferentes, são os sistemas biológico e psíquico – um idealista diria também acerca de “sistemas espirituais”. O problema não é fazer uma distinção entre esses sistemas, mas o fato de que ele não tem um lugar para a criatividade individual, bem como para as necessidades individuais. E esse é o ponto que não posso seguir. É bastante característico que os sistemas jurídicos, no entendimento por ele alcançado, não tenham um princípio. Todavia, apesar de não possuírem um início, os sistemas sociais operam a si próprios. E enfatizar o início é enfatizar a criação do nada? É justamente aqui quando a criatividade humana entra em cena. Diria, então, que LUHMANN não considera o impacto que as invenções humanas têm na fundação dos sistemas, na fundação dos interesses que os sistemas têm que respeitar e, ainda, o impacto de manter os sistemas funcionando com (going with) esses problemáticos aspectos.

LCJR.: A última questão: HABERMAS e LUHMANN. O senhor pensa que HABERMAS lançou mão de muitas das construções de LUHMANN? O senhor acredita que da “*Theorie des kommunikativen Handelns*” a “*Faktizität und Geltung*” houve muitas recepções das idéias referentes à Teoria dos Sistemas?

SK: Estranho seria se não tivessem. O método de “*Faktizität und Geltung*” me parece muito mais realista, reduzindo o caráter das instituições dele a tipos ideais com não tanto impacto normativo. Ambos tiveram, desde os fins dos anos '60 a

97, uma grande discussão que foi imensamente frutífera para a teoria sociológica bem como para a filosofia social. E HABERMAS, pelo menos em “Faktizität und Geltung”, incluiu os resultados que ele pôde colher dessa discussão. Isso talvez, por exemplo, possa ser refletido numa certa inclusão da noção de diferenciação dos sistemas sociais. Acredito que a noção de relativa independência dos sistemas jurídicos e morais tem que ver com o debate dele com LUHMANN. Mas aparentemente o ponto mais problemático em “Faktizität und Geltung” não é LUHMANN, mas KANT. Essa é nossa maior surpresa em “Faktizität und Geltung”.

LCJR.: O senhor acha que ele importa a noção de procedimentalização da filosofia kantiana?

SK: Ele não a importa completamente. HABERMAS desconstrói fortemente a concepção individualista, e reconstrói uma concepção discursiva, mas a construção geral tem fortes semelhanças com KANT, definitivamente.

ASBTRACT

Doctor Stephan Kirste, from the University of Heidelberg, came to Belo Horizonte in September to present a course, at the Law School of the UFMG, about “The philosophical and sociological basis of a concept of the legal person”. This course was coordinated by Professor Juliana Neuenschwander Magalhães. Kindly, Professor Kirste, after the end of the course, accepted the invitation to answer the questions to this interview. It is about some themes that were subject of this course, as well as about problems of the contemporary sociology and philosophy. Points concerning the theory of interpretation and the theories of N. LUHMANN and J. HABERMAS were also worked in this interview.