

# TENDÊNCIAS DA JURIDICIZAÇÃO\*

JÜRGEN HABERMAS

Tradução de Pierre Guibentif\*\*

*Tendências da juridicização*: a síndrome da reificação que se manifesta nas sociedades capitalistas avançadas deve-se, como expliquei, ao facto de os subsistemas regulados por *media*, a economia e o Estado, intervirem por meios monetários e burocráticos na reprodução simbólica da esfera da experiência (*Lebenswelt*). No entanto, segundo as nossas hipóteses, assistir-se-á a uma colonização da esfera da experiência apenas a partir do momento em que forem realizadas as seguintes condições:

— Os modos de vida tradicionais devem estar suficientemente desmantelados para permitir uma efectiva diferenciação das componentes estruturais da esfera de experiência (cultura, sociedade e personalidade).

— As relações de intercâmbio entre os subsistemas e a esfera de experiência devem ser reguladas através de papéis diferenciados (definindo a ocupação em postos de trabalho organizados, a procura dos agregados familiares, a relação dos clientes com as burocracias públicas e a participação formal no processo de legitimação).

— As abstrações reais, que possibilitam o dispôr da força de trabalho dos indivíduos ocupados e a mobilização dos votos dos eleitores, devem ser aceites pelos interessados contra compensações conformes ao sistema.

— Essas compensações devem ser, segundo o modelo do Estado Providência, financiados por excedentes do crescimento capitalista, e canalizados nos papéis de consumidores e clientes, papéis estes que constituem os lugares privilegiados de acolhimento das expectativas de realização de si próprio e de disposição de si próprio que foram subtraídas ao mundo do trabalho e ao espaço público (*Oeffentlichkeit*).

As afirmações sobre uma colonização interna da esfera de experiência encontram-se assim colocadas a um nível relativamente elevado da generalização. O que não é inabitual para reflexões em teoria da sociedade, como o demonstra também o exemplo do estrutural funcionalismo. Mas uma tal

---

\* HABERMAS, Jürgen, «Tendências da Juridicização», tradução de um capítulo de Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns — Band 2 — Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft* (Teoria da acção comunicativa — vol. 2 — Por uma crítica da razão funcionalista), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, pp. 522-547. A publicação deste texto foi devidamente autorizada por Verlag Suhrkamp.

As letras entre parênteses remetem para as notas do tradutor, em pé de página; os números entre parênteses remetem para as notas de Habermas, no final do texto.

\*\* Docente do ISCTE e investigador do CIES.

teoria, sempre exposta ao perigo da generalização excessiva, deve estar em condição, pelo menos, de indicar *que género* de *empíria* lhe corresponde. Quero, por isso, ilustrar num exemplo as evidências em relação às quais se poderia reexaminar a tese da colonização interna: trata-se da juridicização dos campos de acção dotados de uma estrutura comunicativa. Opto por este caso porque não apresenta problemas particulares, nem problemas metodológicos de fundo. O desenvolvimento do direito constitui um dos campos incontestados desde Durkheim e Weber — clássicos da investigação sociológica.

Admitamos que a reprodução simbólica da esfera de experiência não pode sofrer uma inversão dos seus pólos sem efeitos secundários (*Nebenefekt*) patológicos nos fundamentos da integração simbólica, e que precisamente este *trend* constitui o inevitável efeito secundário do êxito do compromisso social estabilizado nos moldes do Estado Providência. Nestas condições, deveríamos constatar, nos campos da reprodução cultural, da integração social e da socialização, uma assimilação aos campos de acção organizados. Ora chamamos relações sociais formalmente organizadas às que se constituem nas formas do direito moderno. Por isso é de esperar que a passagem da integração social à integração sistémica se concretize em processos de juridicização. Os efeitos de reificação que o nosso modelo permite prever deveriam verificar-se também neste plano analítico, e mais exactamente, como consequência sintomática *de um género* determinado de juridicização.

Analisarei esta juridicização específica no quadro do exemplo do direito da família e da escola. Constitui apenas o prolongamento tardio de um processo que acompanha a sociedade burguesa desde a sua emergência. A expressão «juridicização» refere-se de maneira geral ao facto, que se pode observar nas sociedades modernas, de o direito escrito ter tendência a aumentar. Este aumento corresponde a dois fenómenos: a *expansão* do direito, ou seja: a regulamentação jurídica de aspectos da vida social até agora submetidos apenas a normas sociais informais, e a *densificação* do direito, ou seja: a decomposição, por especialistas do direito, de hipóteses normativas jurídicas globais em hipóteses normativas mais especificadas<sup>1</sup>. O termo «juridicização» foi introduzido no debate científico durante a República de Weimar por Otto Kirchheimer, que, na altura, visava em particular a institucionalização do conflito de classes pelo direito tarifário e do trabalho, e, de maneira geral, a canalização de diferendos sociais e de lutas políticas em formas jurídicas. Esta passagem para o Estado social, que se exprimiu nos direitos de participação social consagrados pela Constituição de Weimar, e que foi seguida com maior atenção pela doutrina contemporânea do direito estadual (em particular por Heller, Smend e Carl Schmitt), apenas representa o último elo de uma corrente de surtos sucessivos de juridicização (*Verrechtlichungsschübe*). Esquemáticamente, podemos distinguir quatro processos sucessivos de juridicização. O primeiro leva ao *Estado burguês*, que se constituiu, no tempo do Absolutismo, na forma do sistema dos Es-

tados europeus. O segundo leva ao *Estado de Direito*, concretizado de maneira exemplar na forma da monarquia alemã no século XIX. O terceiro leva ao *Estado de Direito democrático*, que se expande na Europa e na América do Norte na sequência da Revolução Francesa. O derradeiro processo leva finalmente ao *Estado de Direito social e democrático*, conquistado pelo movimento operário no decorrer do século XX e foi codificado, por exemplo, no artigo 21.º do *Grundgesetz* da República Federal Alemã. São estes quatro surtos globais de juridicização que eu queria caracterizar sob o ângulo da disjunção entre sistema e esfera de experiência, e do conflito da esfera de experiência com a dinâmica própria de subsistemas autonomizados.

## O ESTADO BURGUESES

O desenvolvimento do direito na Europa, na fase do Absolutismo, pode ser compreendido, fundamentalmente, como a institucionalização dos *media* através dos quais poderão ser diferenciados os subsistemas economia e sociedade. O *Estado burguês* constitui a ordem política no âmbito da qual se processa a transformação da sociedade corporativa pré-moderna em sociedade capitalista de aquisição. Por um lado, o comércio entre proprietários individuais de mercadoria é regulamentado segundo um sistema de direito privado, pensado em função de pessoas jurídicas concebidas como actores seguindo estratégias e como partes de contratos. Como vimos, esta ordem jurídica é caracterizada pela positividade, a generalidade a formalidade, e foi construída com base no conceito moderno de lei, e no conceito de sujeito de direito, que tem a capacidade de concluir contratos, de adquirir, alienar e herdar propriedade. A sua função é de garantir a liberdade e a propriedade das pessoas privadas, a segurança jurídica e a igualdade formal de todos os sujeitos de direito perante a lei, e, por estes meios, a calculabilidade de todas as acções juridicamente regulamentadas. Por outro lado, o direito público confere ao poder de Estado soberano, que dispõe do monopólio da violência, o estatuto de única fonte de autoridade legal. O soberano é livre nas suas orientações, tanto face a conteúdos específicos como face a fins de Estado determinados; a sua definição é apenas instrumental, ou seja: refere-se unicamente aos meios do exercício legal da autoridade burocraticamente organizada. O meio da locação efectiva da autoridade torna-se o fim único.

É por este primeiro surto de juridicização que se constitui a «sociedade burguesa», se utilizarmos esta expressão no sentido de que se reveste na filosofia jurídica hegeliana. A autocompreensão (*Selbstverständnis*) deste período exprimiu-se da maneira mais consequente no *Leviathan* de Hobbes. Neste contexto, isto não deixa de ser significativo, na medida em que Hobbes constrói a ordem social exclusivamente a partir da perspectiva sistémica de um Estado que estaria a constituir a sociedade burguesa; para

Hobbes, a esfera de experiência define-se negativamente — abrange tudo que se encontra excluído do sistema e entregue ao árbitro privado. A esfera de experiência é aquilo de que o burguês (cidadão/*Bürger*) é emancipado pelo direito privado e pela autoridade legal: a quinta-essência de condições de vida ligadas à corporação e dependente do *status*, condições de vida que encontraram a sua expressão particularista nos direitos corporativos da pessoa, da profissão, do comércio e da propriedade fundiária. Os vestígios destes estatutos anteriores são agora atribuídos a uma esfera do Privado, que, em rigor, apenas privativamente se pode caracterizar — por um mínimo de paz, que garanta a sobrevivência física, e pela libertação (*Entfesselung*) das necessidades empíricas de sujeitos autonomizados que concorrem ao acesso a recursos limitados segundo as regras do mercado. A esfera de experiência constitui uma reserva sem definição mais precisa, da qual economia e Estado extraem aquilo de que precisam para a sua reprodução: prestações de trabalho e disponibilidades à obediência<sup>2</sup>. A construção de Hobbes acerta exactamente o nível de abstracção onde as inovações do Estado burguês — os dispositivos jurídicos para a institucionalização de dinheiro e poder — podem caracterizar-se. Ao fazer abstracção do substrato histórico dos modos de vida pré-modernos, Hobbes antecipa na sua teoria o que mais tarde Marx virá a atribuir à realidade a título de abstracções reais. Sem esse substrato fornecido pela esfera de experiência, o Estado, na sua forma (*Gestalt*) absolutista não teria encontrado as suas bases legitimadoras; não podia funcionar. O Estado burguês, evidentemente, vai acelerar a decomposição deste substrato, de que tacitamente se alimenta, porém, os modos de vida tradicionais já ultrapassados, as condições de vida institucionalizadas que se vão diluindo, dão lugar às estruturas de uma moderna esfera de experiência, por enquanto marcada pelas situações de classe, estruturas que Hobbes não está em condição de captar, por adoptar exclusivamente a perspectiva sistémica do Estado burguês. Sob esta perspectiva, tudo que não seja constituído nas formas do direito moderno, aparece necessariamente como *informe* (*formlos*). Nem a moderna esfera da experiência, no entanto, nem os modos de vida históricos se encontram desprovidos de estruturas próprias. É precisamente a partir desta constatação que podem ser compreendidos os surtos ulteriores de juridicização: a esfera de experiência, posta à disposição do mercado e da autoridade absolutista volta progressivamente a manifestar as suas pretensões. Em suma, *media* como poder e dinheiro precisam de ficar *amarrados* numa esfera da experiência moderna; só por esta via é que o Estado burguês conseguirá uma legitimidade não parasitária, à altura dos níveis modernos de justificação. No termo da evolução, a esfera de experiência estruturalmente diferenciada, funcionalmente necessária aos Estados modernos, permanecerá como única fonte de legitimidade.

## O ESTADO DE DIREITO BURGUESES

O *Estado de direito burguês* encontrou no constitucionalismo alemão do século XIX uma forma prototípica, conceptualizada pelo constitucionalismo do *Vormärz*, tais como Karl von Rotteck ou Robert von Mohl<sup>3</sup>, e ulteriormente por J. F. Stahl<sup>4</sup>. Enquanto conceito analítico, no entanto, este termo refere-se a aspectos mais gerais de um surto de juridicização que não corresponde de maneira nenhuma ao desenvolvimento particular do direito na Alemanha<sup>5</sup>. Este segundo surto de juridicização consiste na regulamentação pelo direito constitucional de uma autoridade até agora limitada e ligada apenas pela forma legal e pelos meios burocráticos de exercício da dominação. Os cidadãos (*Bürger*) recebem agora direitos subjectivos públicos invocáveis contra o soberano, sem ainda, todavia, participarem democraticamente na formação da vontade deste soberano. Pela *instalação deste Estado de direito (Verrechtsstaatlichkeit)*, a ordem burguesa do direito privado encontra-se coordenada com o aparelho do exercício do poder, de tal maneira que o princípio de legalidade na administração pode ser interpretado no sentido de uma «autoridade da lei». Na esfera de liberdade do cidadão, a administração não intervirá, nem *contra*, nem *praeter*, nem *ultra legem*. As garantias da vida, da liberdade e da propriedade das pessoas privadas já não se apresentam apenas como efeitos laterais funcionais da institucionalização do comércio pelo direito privado; pelo contrário, através da ideia do Estado de direito alcançam o estatuto de normas constitucionais moralmente justificadas e marcam no seu conjunto a estrutura da ordem de dominação (*Herrschaftsordnung*).

Do ponto de vista da teoria da sociedade este processo também se deixa considerar sob duas perspectivas, a do sistema e a da esfera de experiência. O Estado absolutista assumia-se exclusivamente como advogado dos subsistemas que se tinham diferenciado através de dinheiro e poder, e considerava a esfera de experiência, remetida para o privado, como matéria informe; esta ordem jurídica encontra-se agora enriquecida por elementos pelos quais se reconhece a necessidade de proteger a esfera de experiência moderna da burguesia. Visto do exterior, este processo pode ser considerado como um primeiro passo na direcção de um Estado moderno, que se legitima pelo seu próprio direito, que se legitima *na base* de uma esfera de experiência moderna.

## O ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

O *Estado de direito democrático* surge pela primeira vez na Revolução Francesa e prende a atenção da Teoria do Estado desde Rousseau e Kant até aos nossos dias. Também aqui utilizo o termo no seu sentido analítico, aplicando-o ao surto de juridicização pelo qual se consagra no plano do di-

reito constitucional a ideia de liberdade já investida no conceito de lei desenvolvido nas doutrinas do direito natural. Democratiza-se o poder de Estado constitucionalizado; os burgueses (*Bürger*), agora cidadãos (*Staatsbürger*), são dotados dos direitos de participação política. As leis entram em vigor apenas quando beneficiam da presunção democraticamente consolidada de corresponder ao interesse geral e de que todos os atingidos as poderiam aceitar. A satisfação desta exigência vai derivar de um processo que ligará a legislação à formação parlamentar da vontade e ao debate público. Alcança-se a *juridicização do processo de legitimação* na forma do direito de voto igual e generalizado, e da liberdade organizativa para associações e partidos. Desta maneira agudiza-se o problema da separação dos poderes, ou seja, das relações recíprocas entre as instituições estatais diferenciadas: legislação, executivo e jurisdição. No âmbito do Estado de direito, este problema apenas respeitava as relações entre executivo e justiça.

Sob o ângulo da teoria da sociedade, este surto de democratização encontra-se na mesma linha como a instalação do Estado de direito, que o precede. Mais uma vez, a esfera de experiência moderna manifesta-se contra os imperativos de uma estrutura de autoridade que faz abstracção de quaisquer condições concretas de vida. Por esta via chega de certa maneira ao seu termo o processo que amarra o *medium* do poder numa esfera de experiência racionalizada, uma esfera de experiência que já se diferenciou além das fronteiras da burguesia.

O primeiro dos surtos de juridicização que constituíram a sociedade burguesa ainda se acha dominado pela ambivalência que Marx denunciava exemplarmente no caso do trabalho assalariado «livre». Lembremos a ironia desta liberdade: o trabalhador assalariado tinha de pagar a sua emancipação, isto é, a liberdade de circulação e a voluntariedade que fundamentavam o contrato de trabalho e o estatuto de membro da organização, por uma proletarização do seu modo de vida que a ordem jurídica ignorava. Os dois surtos seguintes de juridicização já são animados pelo *Pathos* dos movimentos burgueses de emancipação. Na linha da constitucionalização e da democratização de um poder burguês que reveste por enquanto a forma absolutista já se manifesta a vocação inequívoca da regulamentação jurídica para garantir as liberdades (*zeigt sich der... freiheitsverbürgende Charakter*). Sempre que o direito burguês formal opõe claramente as reivindicações da esfera de experiência contra a autoridade burocrática, perde o carácter ambivalente de liberdade concretizada ao preço de efeitos secundários negativos. *O Estado social*, instalado nos quadros do Estado de direito democrático, que não voltarei aqui a caracterizar, constitui um prolongamento de uma juridicização que garante as liberdades. Parece domesticar o sistema de acção económico em certa medida como os dois surtos de juridicização tinham domesticado o sistema de acção administrativo. As conquistas alcançadas no Estado social, em qualquer dos casos foram obtidas, respectivamente concedidas, na luta política com a intenção de garantir as liberdades. O paralelismo é evidente: num caso foi a dinâmica pró-

pria do processo económico de acumulação que é reconciliada com a lógica própria das estruturas de uma esfera de experiência que, também ela, se racionalizou.

## O ESTADO DE DIREITO SOCIAL E DEMOCRÁTICO

De facto, o desenvolvimento que leva ao *Estado de direito social e democrático* pode ser entendido como a constitucionalização de uma relação de forças implicada na estrutura de classes. Os exemplos clássicos são a limitação do tempo de trabalho, a liberdade de coalisão sindical e a autonomia tarifária, a protecção face ao despedimento, os seguros sociais, etc. Trata-se, nestes casos, de processos de juridicização que afectam uma esfera do trabalho que, até agora, estava submetida ao poder de disposição e de organização ilimitado dos proprietários privados dos meios de produção. Também aqui estamos perante uma juridicização que visa equilibrar uma relação de forças no âmbito de um campo de acção *à partida constituído juridicamente*.

As normas que delimitam o conflito de classes e que desenvolvem o Estado Social apresentam, tanto na perspectiva dos seus beneficiários como na do legislador democrático, a vocação de garantir as liberdades. No entanto, isto não vale univocamente para todas as regulamentações no Estado social. Desta forma, a política social estatal é afectada desde o princípio pela ambivalência entre a garantia e a confiscação das liberdades<sup>6</sup>. O primeiro surto de juridicização, constitutivo da relação entre capital e trabalho assalariado, sofria da ambivalência que resultava da contradição entre o sentido socialmente emancipatório das regras do direito privado burguês, por um lado e, por outro, os efeitos socialmente repressivos dessas regras sobre aqueles que estavam obrigados a oferecer a sua força de trabalho como uma mercadoria. A rede das garantias do Estado social pretende agora prevenir estes efeitos externos de um processo de produção baseado no trabalho assalariado. Todavia, à medida que se torna mais densa esta rede aparecem cada vez mais nitidamente ambivalências *de um outro género*. Os efeitos negativos deste último surto de juridicização não consistem em efeitos laterais, mas resultam *da própria estrutura da juridicização*. Agora são os próprios meios de garantia das liberdades que põem em perigo a liberdade do beneficiário.

Estes condicionalismos despertaram no campo da *política social estatal* uma larga atenção sob o título «Juridicização e burocratização como limites da política social»<sup>7</sup>. Invocou-se várias vezes o exemplo dos seguros sociais<sup>8</sup>: a consagração de uma pretensão jurídica a um rendimento pecuniário em caso de realização da eventualidade segurada (por exemplo a doença ou a velhice) constitui certamente um avanço histórico comparado com a tradição da assistência aos necessitados; no entanto, esta juridicização dos riscos da vida acarreta um preço considerável, pois exige *interven-*

ções reestruturantes na esfera de experiência dos beneficiários. Este preço resulta da efectivação burocrática e da realização monetária das pretensões derivadas dos direitos sociais. A estrutura do direito burguês torna necessária a formulação das garantias do Estado social nos termos de pretensões *individuais* correspondendo a hipóteses normativas gerais exactamente *especificadas*.

Pode acontecer que a *individualização*, ou seja, o facto de as pretensões serem atribuídas a um sujeito de direito, agindo segundo uma estratégia e prosseguindo o seu interesse privado, seja adequada às situações de vida regulamentadas, mais até que no caso do direito da família. A definição individualizante (por exemplo de protecção na velhice) não deixa, porém, de ter consequências negativas na representação que o beneficiário tem de si próprio, nas suas relações com o cônjuge, os amigos, os vizinhos, etc., e também nas disposições das comunidades de solidariedade em prestar auxílios subsidiários. Uma considerável pressão no sentido da redefinição das situações quotidianas resulta em particular da *especificação da hipótese normativa*, ou seja, no caso dos seguros sociais, da especificação da eventualidade a compensar pelas prestações: «entende-se normalmente por eventualidade segurada a 'vicissitude de vida contra a qual o seguro social deve constituir uma protecção'. Há compensação, caso exista pretensão à prestação. A juridicização das hipóteses normativas sociais introduz também nos assuntos da distribuição económico-social uma estrutura hipótese-consequência (*wenn-dann*) 'estranha' às condições, causalidades, dependências e necessidades sociais: a estrutura própria ao direito condicional. Esta estrutura não permite, no entanto, uma reacção preventiva face às causas da eventualidade a compensar (*Augsleichstatbestand*)»<sup>9</sup>. Além disso, a *generalidade* da hipótese normativa é adequada ao *processamento burocrático das prestações*, portanto à administração encarregada do tratamento do problema social que acompanha a pretensão jurídica. A situação a regulamentar, inserida no contexto de uma história de vida e de uma forma de vida concreta deve ser submetida a uma violenta abstracção, não só para ficar juridicamente subsumível, mas também para ficar administrativamente tratável. Nestes casos, as burocracias de administração social vêem-se obrigadas a proceder de maneira muito selectiva e de *escolher* as situações de carências sociais susceptíveis de serem adequadamente enfrentadas sob as hipóteses normativas de compensação juridicamente fingidas, pelos meios de uma autoridade burocrática procedendo pela via legal. Isto vai aliás no sentido de um tratamento centralizado e computarizado de situações de carências sociais por grandes organismos funcionando longe do lugar de intervenção; estes acrescentam à distância psicológica e social entre o cliente e a burocracia do Estado Providência a distância geográfica e o alongamento dos prazos.

Para além disso, os riscos de vida são compensados, na generalidade dos casos, na *forma de indemnizações pecuniárias*. Pensemos, por exemplo, no atingir do limite de idade ou à perda do emprego; as modificações

típicas nas condições de vida e nos problemas induzidos por estes acontecimentos não se compadecem, regra geral, com redefinições consumistas. Compensa-se, então, esta inadequação das indemnizações conformes ao sistema pela instalação de postos de assistência terapêutica.

Mas isto não faz mais que reproduzir as contradições da intervenção do Estado social a um nível mais elevado. A forma do tratamento administrado, sob indicação administrativa, por um perito entra na maioria dos casos em contradição com o objectivo da terapia, que é promover a independência e a autonomia do cliente: «O processo da instalação de serviços sociais alcança consistência própria, alimentada em particular pela competência profissional do agente, pelas condições gerais (*Rahmenbedingungen*) da acção administrativa, pela situação biográfica e actual, pela capacidade e disposição em cooperar de quem solicita e respectivamente se submete à intervenção do serviço. Naturalmente, estes serviços sofrem também dos problemas gerais da solicitação diferenciada em função da categoria social e, nos casos aqui em análise, dos problemas de filtragem pelos tribunais, pelas instâncias de execução das penas e por outros serviços, e da localização e concepção adequada do serviço no quadro da rede das organizações burocráticas do Estado Providência. No entanto, estas formas de apoio psíquico, psico-social e emancipatório desenvolvem na prática modos de funcionamento, critérios de racionalidade e formas organizativas estranhas à administração burocraticamente estruturada»<sup>10</sup>.

Os efeitos paradoxais dos serviços sociais, e, de maneira geral, de uma terapeutocracia que se estende desde a execução das penas — passando quer pelo tratamento médico dos doentes mentais, dos drogados, dos casos de perturbação comportamental, quer pelas formas clássicas do trabalho social e pelas novas formas de ajudas de vida (apoio pastoral, formações de grupos religiosos, baseados na psicoterapia e na dinâmica de grupo) — até à protecção da juventude, o sistema público de formação, o sistema de protecção da saúde e às medidas de prevenção geral, demonstram com particular nitidez a ambivalência do último surto de juridicização, que introduziu o Estado Providência. Na medida em que o Estado Providência intervém além da pacificação do conflito de classes que atravessa a esfera da produção, e que estende uma rede de relações de clientela sobre os campos da vida privada, aparecem cada vez mais prementes os efeitos laterais patológicos de uma juridicização que significa simultaneamente uma burocratização e uma monetarização de campos nucleares da esfera de experiência. É aqui que assenta a *estrutura dilemática* deste tipo de juridicização: por um lado, as garantias estabelecidas pelo Estado Providência prosseguem o objectivo da integração social; mas por outro lado, favorecem a desintegração desses relacionamentos de vida que uma intervenção social em moldes jurídicos vai substituir por mecanismos de comunicação, de coordenação das acções e remodelar em função dos *media* poder e dinheiro. É neste sentido que R. Pischas fala da crise da política social estatal como de uma crise da integração social<sup>11</sup>.

## CARACTERÍSTICAS DO DIREITO MODERNO

Ao abordar a análise empírica destes fenómenos importa clarificar os critérios pelos quais distinguir os aspectos de garantia da liberdade dos de confiscação da liberdade. Numa perspectiva jurídica depara-se primeiro a distinção clássica entre garantias de liberdade (*Freiheitsrechte*) e direitos de participação (*Teilhaberrechte*); poder-se-ia formular a hipótese de que a estrutura do direito formal burguês se torna dilemática exactamente a partir do momento em que este é mobilizado não apenas para a delimitação negatória do âmbito do arbítrio privado, mas também para garantir positivamente a participação na administração e nos benefícios de instituições. Nesta hipótese, todavia, deveríamos observar uma inversão da garantia para a confiscação das liberdades não só a partir do quarto surto de legalização, que leva ao Estado Providência, mas já a partir do terceiro, o surto democratizante de juridicização. De facto, podemos observar indícios de uma considerável limitação das possibilidades de uma espontânea formação das opiniões e formação discursiva das vontades *pela organização do exercício das liberdades do cidadão*: através da segmentação do papel de eleitor, da concorrência entre *élites* governativas, da formação vertical da opinião em aparelhos partidários burocraticamente esclerosados, da autonomização das corporações (*Körperschaften*) parlamentares, da alienação das redes de comunicação. No entanto, tais argumentos não permitem derivar os aspectos de confiscação das liberdades a partir da *forma* dos direitos de participação, mas apenas a partir dos meios burocráticos da sua *implementação*. Não parece que se possa negar aos princípios do sufrágio universal, das liberdades de reunião, de imprensa e de opinião, princípios esses que, nas condições da comunicação de massa, devem ser interpretados como direitos de participação, o seu carácter de garantia da liberdade.

Existe outro critério, este de natureza mais jurídico-sociológica, e que pode ser investido de um sentido em teoria da sociedade, que parece levar mais longe: trata-se da distribuição das normas jurídicas entre normas que podem ser legitimadas no sentido do positivismo ou pelo procedimento, e normas susceptíveis de uma justificação material. Quando a legitimidade de uma norma jurídica é questionada, basta em muitos casos a referência à produção formalmente correcta de uma lei, de uma decisão judiciária ou de um acto administrativo. O positivismo jurídico deriva da constatação deste facto, o conceito de uma legitimação pelo procedimento, sem no entanto se aperceber que este modo de legitimação não é auto-suficiente mas que apenas designa a necessidade de justificação dos poderes de Estados legitimadores<sup>12</sup>. Mas perante a massa variável e permanentemente crescente do direito positivo, os modernos sujeitos do direito, na dúvida, satisfazem-se com uma legitimação pelo procedimento, porque uma justificação material não só é impossível, mas nem faz sentido na perspectiva da esfera de experiência. Isto vale em particular para todos os casos em que o direito é mobilizado como *meio organizador para subsistemas a regulação*

*mediática* que, de qualquer das maneiras se autonomizaram dos contextos normativos da acção orientada pela comunicação. Exemplos significativos deste fenómeno representam a maioria das matérias do direito económico, comercial, empresarial e administrativo. Nestes casos, o direito é de tal maneira combinado com os *media*, direito e poder que acaba por assumir ele próprio o papel de um *medium* de regulação. O *medium direito*, todavia, permanece ligado ao *direito como instituição*. Entendo por *instituições* de direito as normas jurídicas que não se deixam satisfatoriamente legitimar pela referência ao procedimento. Os casos típicos são as bases do direito constitucional, os princípios do direito penal e do processo penal bem como a regulamentação das hipóteses penais que se relacionam com a moral, tais como assassínio, aborto, violação, etc. Quando, na prática quotidiana, se chega a pôr em questão a validade *destas* normas, já não basta a referência à sua legalidade. Precisam de uma justificação material, *porque pertencem às organizações legítimas da própria esfera de experiência* e porque constituem, juntamente com as normas informais de acção, o pano de fundo da acção comunicativa.

### O DIREITO COMO MEDIUM

Caracterizámos o direito moderno por uma combinação de princípios de produção e de fundamentação. Esta estrutura possibilita simultaneamente um prolongamento positivista das vias de fundamentação e confere uma ênfase moralizante à problemática da fundamentação para o plano dos princípios. Agora podemos ver de que maneira a desarticulação entre sistema e esfera de experiência corresponde a esta estrutura jurídica. O direito mobilizado como *medium* de regulação encontra-se aliviado da problemática da fundamentação e relacionado apenas através de um procedimento formalmente correcto com o *corpus* do direito, este sim necessitando de uma legitimação material. As instituições de direito, em contrapartida, pertencem à componente social da esfera da experiência. Assim como as outras normas comportamentais que não são cobertas pelo poder estatal de sanção, podem ser, em determinadas circunstâncias, moralizadas. Uma modificação das bases legitimadoras, porém, não atinge imediatamente a subsistência das normas jurídicas, mas pode constituir a ocasião de uma alteração legal, em casos limites revolucionária, do direito vigente. Na medida em que o direito como um *medium* complexo articulado com dinheiro e poder, estende-se a campos de acção formalmente organizados que foram constituídos como tal imediatamente nas formas do direito formal burguês. Instituições de direito, em contrapartida, não têm força *constitutiva* mas apenas uma função *reguladora*. Inserem-se num contexto político-cultural e societal mais lato, num *continuum* com normas consuetudinárias e enformam campos de acção com estruturas comunicativas; conferem a campos de acção informalmente preconstituídos uma forma

obrigatória (*verbindlich*) sob a sanção do Estado. Deste ponto de vista, os processos de juridicização podem também distinguir-se segundo este critério: uns prolongam as anteriores instituições da esfera de experiência e enformam juridicamente campos de acção socialmente integrados; outros apenas condensam relações jurídicas constitutivas dos campos de acção sistematicamente integrados. Na aplicação deste critério, a questão do modo adequado de legitimação apresenta-se como um primeiro teste. As matérias jurídicas tecnicizadas e desligadas da questão moral que crescem no seguimento das complexidades dos sistemas económicos e administrativos devem ser avaliadas a partir de imperativos funcionais e quanto à sua correspondência com normas superiores. Historicamente, o crescimento contínuo do direito escrito caberá provavelmente na sua maior proporção nesta categoria e constitui assim o indício de um recurso mais intensivo ao *medium* direito. Por outro lado, os grandes surtos de juridicização são caracterizados por novas *instituições de direito*, que se reflectem inclusivamente na consciência jurídica da prática quotidiana. Questões de uma avaliação normativa apenas se colocam em relação a esta segunda categoria de juridicização.

O primeiro surto de juridicização tinha um carácter de garantir as liberdades na medida em que o direito privado burguês e uma autoridade burocrática exercida com os meios da legalidade acarretaram uma emancipação em relação às relações pré-modernas de poder e de dependência. Os três surtos de juridicização subsequentes garantiram um suplemento de liberdade na medida em que limitaram as dinâmicas políticas e económicas, que tinham libertado a institucionalização jurídica dos *media*, dinheiro e poder, no interesse dos cidadãos e dos sujeitos privados de direito. A evolução progressiva para o Estado de direito social e democrático dirige-se contra aquelas relações de poder e de dependência modernas que surgiram com a empresa capitalista e com o aparelho burocrático de dominação, ou seja, com os campos de acção organizados da economia e do Estado. A dinâmica própria destes sistemas de acção realiza-se também nas formas organizativas do direito, mas de tal maneira que o direito reveste aqui o papel de um *medium* de regulação e não intervém como complemento da componente institucional da esfera de experiência.

No seu papel de *medium*, o direito vigente pode ser mais ou menos funcional; mas fora do horizonte de uma esfera de experiência, não faz sentido questionar o carácter de garantia ou de restrição das liberdades assumidas por regulamentações jurídicas. A ambivalência entre garantia e confiscação das liberdades não pode ser formulada nos termos de uma dialéctica entre direito como instituição e direito como *medium*, porque a alternativa entre garantia e confiscação das liberdades só existe na perspectiva da esfera da experiência, isto é, só em relação com instituições de direito.

Até aqui, partimos do pressuposto de que o direito é mobilizado como *medium* apenas no âmbito dos campos de acção formalmente organizados,

ficando indiferente, enquanto *medium* de regulação, perante a esfera de experiência e as questões da justificação material que só surgem no seu horizonte.

Este pressuposto, no entanto, perde a sua validade face ao intervencionismo do Estado social. A política social estatal é obrigada a utilizar o direito justamente como um *medium*, para regular as situações de carências que surgem no âmbito dos campos de acção com estrutura comunicativa. Claro que os princípios da participação e da compensação social são consagrados como instituições do direito constitucional, como por exemplo a liberdade de coligação, instituições que prolongam naturalmente as ordens legítimas da moderna esfera de experiência. Mas o direito social distingue-se do direito tarifário, por exemplo, através do qual a liberdade de coligação é concretizada, num ponto importante: as medidas do Estado social, que consistem geralmente em prestações pecuniárias de compensação, não intervêm (como é o caso das convenções colectivas sobre salários e vencimentos) num campo de acção *de qualquer das maneiras* formalmente organizado; pelo contrário, regulam situações de carências que, enquanto situações na esfera da experiência pertencem a um campo de acção com estrutura comunicativa. Daí que os efeitos de reificação que se verificam na política social estatal me pareçam merecer esta explicação: as *instituições de direito* que garantem a compensação social só podem ser efectivadas através de um *direito social utilizado enquanto medium*. Na perspectiva da teoria da acção a explicação do carácter paradoxal desta estrutura de direito é a seguinte: enquanto *medium*, também o direito social é concebido em função de campos de acção que apenas são constituídos nas formas organizativas jurídicas, e que são integrados só por mecanismos sistémicos. Porém, simultaneamente, o direito social estende-se até situações de acção inseridas em contextos informais da esfera de experiência. Neste contexto, a política social não tem outro valor senão o de simples ilustração. A tese da colonização interna enuncia que os subsistemas economia e Estado se tornam cada vez mais complexos, por causa do crescimento capitalista, e que penetram cada vez com maior profundidade na reprodução simbólica da esfera de experiência. Jurídico-sociologicamente, esta tese deve verificar-se em todos os campos onde se gastaram os tradicionais amortecedores da modernização capitalista, e onde sectores centrais da reprodução cultural, da integração social e da socialização são abertamente puxados para o caudal da dinâmica económica e logo da juridicização. Isto não vale apenas para os campos temáticos da protecção do ambiente, da segurança das centrais nucleares, da protecção dos dados pessoais, etc., que foram encenadas com êxito aos olhos da colectividade. A tendência para a juridicização de zonas da esfera de experiência até agora informalmente regulamentadas generaliza-se, na proporção em que são captados identificavelmente pelas leis da economia de mercado e pelas definições do consumo de massas, campos como os lazeres, a cultura, o repouso e o turismo, na medida em que as estruturas da família burguesa se adaptam visivelmente aos

imperativos do mundo do trabalho ou que a escola se apropria manifestamente das funções de distribuir as perspectivas profissionais e de vida etc.

A estrutura da juridicização é caracterizada no direito da escola e da família por ambivalências semelhantes às que marcam o direito social. Este problema já foi analisado em relação a diversos aspectos do desenvolvimento do direito da escola<sup>13</sup> e do direito da família<sup>14</sup> na R. F. A., e domina o debate entre especialistas da política legislativa. Nestes dois casos, a juridicização significa em primeiro lugar a *efectivação dos princípios do Estado do direito*, a realização das garantias fundamentais dos filhos frente aos pais, da mulher em relação ao marido, do aluno perante a escola e os pais, dos professores e alunos em relação à administração escolar estatal. Sob os lemas da «igualdade de direitos» e do «bem dos filhos», desmantela-se a posição autoritária do pai que continua, no entanto, consagrada pelo *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil da R. F. A.) entre outros no direito patrimonial — em favor de uma redistribuição mais igualitária das competências e das pretensões aos outros membros da família. A juridicização desta relação de poder patriarcal na família, derivada da natureza e fundamentada pela economia, corresponde, do lado da escola, à constitucionalização da relação de poder específica que existiu entre escola e burocracia estatal até aos anos 50. As áreas nucleares do direito da família (conclusão do casamento, dever de alimentação, regimes matrimoniais, divórcio, cura parental e tutela) foram reformados pela jurisprudência e pelo legislador, enquanto a juridicização da escola, portanto a regulamentação do vácuo jurídico delimitado pela soberania escolar estatal, foi primeiro impulsionada pela jurisprudência e efectivada pela burocracia cultural pela via administrativa<sup>15</sup>. A burocracia teve de se esforçar para assegurar que os programas de ensino e as outras medidas escolares revestissem, na medida em que são relevantes para o futuro do aluno ou para os desejos dos pais, uma forma que permita um ulterior exame judicial. Só nos últimos tempos é que a justiça chamou a atenção do legislador para a necessidade deste se empenhar em traçar limites legais à proliferante juridicização burocrática<sup>16</sup>.

### EFEITOS NEGATIVOS DA JURIDICIZAÇÃO

O alargamento da protecção jurídica e a efectivação dos direitos fundamentais nos âmbitos da família e da escola exigem uma alta diferenciação das hipóteses normativas específicas, das excepções e dos efeitos jurídicos. Por este meio, estes campos de acção são abertos a intervenções burocráticas e a verificações judiciárias. Família e escola não são de maneira alguma campos de acção formalmente organizados. Se fossem *à partida* constituídos na forma jurídica, a densificação de normas jurídicas poderia levar a uma redistribuição de dinheiro e poder sem passagem a um outro princípio de integração social. Na realidade, todavia, existem nestas áreas

da esfera de experiência *antes de qualquer* juridicização normas e contextos de acção que existem — isto constitui uma necessidade estrutural — a comunicação como mecanismo coordenador da acção. A juridicização destas áreas não significa portanto a densificação de uma rede de qualquer das maneiras já constituída de regulamentações formais, mas a complementação jurídica e a re-informação (*Ueberformung*) de um contexto comunicativo de acção, não por instituições de direito, mas por direito enquanto *medium*.

A formalização das relações na família e na escola significa para os participantes uma objectivação e uma desmundialização (*Entweltlichung*) da convivência familiar e escolar formalmente regulamentada. /542/ Enquanto sujeitos de direito, relacionam-se entre si em atitudes objectivantes e orientadas para o êxito. Simitis descreve o papel complementar que assume o direito nos campos de acção socialmente integrados: «O direito da família *completa* um sistema de regras de comportamento social já consolidado pela moral; neste sentido é estritamente complementar»<sup>17</sup>. O mesmo se aplica à Escola. Como no caso do processo familiar de integração social (*familialer Vergesellschaftungsprozess*), o processo pedagógico do ensino *pré-existe* de certa maneira às normas jurídicas. Estes processos de formação, familiar e escolar, que se desenrolam através de acção comunicativa, têm de ser capazes de funcionar independentemente de regulamentações jurídicas. Ora quando a estrutura da juridicização exige verificações administrativas e judiciais e que não *completam* apenas contextos socialmente integrados por instituições de direito, mas que os remodelam (*umstellen*) para adaptá-los ao *medium* direito, é então que surgem disfuncionamentos. Esta é a explicação em teoria social dos efeitos negativos da juridicização, que foram realçados no debate jurídico e juridico-sociológico.

### PARADOXOS DA JURIDICIZAÇÃO NO CAMPO DA FAMÍLIA...

Simitis e os seus colaboradores examinaram empiricamente a estrutura dilemática de um caso de juridicização no campo da família no caso do direito da curadoria parental<sup>18</sup>. Este grupo de trabalho concentrou-se na prática de decisão dos tribunais de tutela. A protecção constitucional do bem dos filhos só pode ser efectivada através da atribuição ao Estado de possibilidades de intervenção dos privilégios parentais até à data considerados como intocáveis. Foi a dialéctica desta juridicização que inspirou Simitis na sua pesquisa: «Por mais imprescindíveis que sejam as prestações estatais, não acarretam apenas vantagens para os diversos membros da família; antes pelo contrário, fundamentam simultaneamente uma crescente dependência. A emancipação dentro da família processa-se ao preço de uma nova ligação. Para se constituir enquanto pessoa, cada membro da família vê-se na necessidade de recorrer à intervenção do Estado. O que se apresenta à primeira vista como o instrumento da dissolução das estruturas de do-

minação internas à família, revela-se, numa análise mais aprofundada, como veículo de uma outra forma de dependência»<sup>19</sup>. A pesquisa demonstra que os juizes de tutela entrevistados tomam as suas decisões sem dispor de uma base suficiente de informação, e que se orientam, à custa do bem «psicológico» dos filhos, de maneira preponderante em função do «bem físico». As carências psicológicas que foram detectadas na prática decisional dos juizes não dependem tanto de uma preparação insuficiente dos juristas na matéria para esta tarefa, mas muito mais de uma judiciarização (*Justizialisierung*) de situações que precisariam *de um outro tipo* de tratamento: «Muito raras são as iniciativas [...] que tendem a estabelecer ou impulsionar melhores possibilidades de resolver os conflitos. As razões deste fenómeno podem ser atribuídas aos próprios pais, mas também à sua posição, tal como definida pelo direito processual e como vivida na realidade, posição que faz deles tendencialmente 'objectos' de uma negociação entre juiz e ofício de protecção da juventude (*Jugendamt*), e, portanto, mais 'sujeitos ao processo' que 'parceiros do processo'»<sup>20</sup>. Isto sucede em praticamente todos os casos «pese embora o pouco que o juiz consegue aproveitar os seus meios especificamente jurídicos, quer para estabelecer com a criança a comunicação que o processo exige, quer para compreender os factores mais importantes para o seu desenvolvimento»<sup>21</sup>. O próprio *medium* direito fere as estruturas comunicativas do campo de acção agora juridicizado.

É nesta perspectiva que se deve entender a recomendação de política legislativa que advoga uma limitação ao mínimo das intervenções estatais necessárias para a protecção jurídica dos filhos: «...de entre as possíveis soluções, deverá optar-se pela que concede ao juiz a menor margem de decisão. Daí que a regulamentação jurídica já não possa, como era o caso até agora, favorecer uma intervenção judiciária cada vez mais estendida. Deve, antes pelo contrário, tender a desjudicializar o conflito»<sup>22</sup>. A substituição do juiz pelo terapeuta não constitui, no entanto, um remédio; o assistente social não passa de um *outro* perito, e não liberta o cliente da burocracia do Estado Providência da sua posição de objecto. A transformação do direito da tutela num procedimento terapêutico apenas aceleraria a assimilação do direito da família ao direito da protecção da juventude: «Neste para-direito da família, é um serviço estatal, o ofício da juventude (*Jugendamt*) que domina o discurso. Aqui, a educação processa-se sob vigilância estatal e os pais têm de prestar contas. A linguagem de alguns textos de comentário, principalmente entre os mais antigos, manifesta este objectivo mais claramente que as próprias disposições regulamentares. A intervenção estatal compensa a quebra na normalidade»<sup>23</sup>.

O que há de significativo neste projecto paradoxal da desjudiciarização dos conflitos familiares juridicizados é a intuição que o fundamenta. A juridicização de campos de acção com estruturas comunicativas não deve ultrapassar a efectivação dos princípios do Estado de direito, a institucionalização jurídica da constituição *externa*, quer da família, quer da escola. Em vez da utilização do direito enquanto *medium*, devem ser instalados

processos da regulação dos conflitos que sejam adequados às estruturas de uma acção orientada pela comunicação, tal como processos discursivos da formação de vontade e processos de negociação e de decisão orientados pelo consenso. Esta exigência deveria ser aceitável em relação a campos privados tal como o da família e corresponde, de qualquer forma, à linha das orientações educacionais próprias das camadas médias (*mittelschichtspezifisch*). É nos campos públicos, como o da escola, que uma tal exigência de desjuridicização e desburocratização encontra resistências<sup>24</sup>. A exigência de um reforço pedagógico do ensino e de uma democratização das estruturas decisórias não é necessariamente compatível com a neutralização do papel de cidadão<sup>25</sup> e ainda menos com o imperativo sistémico da economia de desligar o sistema escolar do direito constitucional à formação e de o curto-circuitar com o sistema ocupacional. A actual polémica sobre as orientações fundamentais da política escolar pode desta forma ser compreendida como a luta por ou contra a colonização da esfera da experiência. Mas quero aqui limitar-me ao nível analítico da juridicização; no campo escolar, os efeitos desta não são tão ambivalentes como no da família.

### ... E NO CAMPO ESCOLAR

A protecção jurídica dos alunos e dos pais contra medidas pedagógicas (reprovação, resultados de provas, etc.) ou contra actos da escola ou da administração do ensino limitando os direitos constitucionais (penalidades de ordem) tem como preço uma intervenção em profundidade da justiça e da burocracia nos processos de ensino e de aprendizagem. Por um lado, os órgãos estatais encontram-se sobrecarregados pela sua responsabilidade em matéria de política e de direito escolar, tal como o são os tribunais de tutela pelas suas competências em cuidar do bem dos filhos. Por outro lado, o *medium* direito está em contradição com a forma da acção pedagógica. A socialização escolar é subdividida num mosaico de actos administrativos susceptíveis de serem atacados. A assunção da influência-informação da educação sob o *medium* direito produz «a reunião abstracta das partes do processo pedagógico enquanto sujeitos de direito individualizados num sistema de *performance* e concorrência. O carácter abstracto consiste no facto de as normas do direito escolar se valerem sem contemplação das pessoas abrangidas e dos seus interesses e necessidades; separam-nas das suas experiências e dissolvem os seus contextos de vida»<sup>26</sup>. Isto não deixa de pôr em perigo a liberdade pedagógica e a iniciativa do professor. A obrigação em consolidar os resultados de avaliação para garantir a sua isenção face aos tribunais, e a sobrerregulamentação dos *curricula* levam a fenómenos tais como a despersonalização, o freio à inovação, o dismantelamento das responsabilidades, o imobilismo, etc.<sup>27</sup>. Frankenberg analisa as consequências da juridicização do trabalho pedagógico com vista a determinar como os professores, enquanto visados pelas normas (*Normadressaten*), percebem as regras jurídicas, e como reagem em relação a estas.

Entre a forma jurídica — através da qual a justiça e a administração escolar exercem as suas competências — e um mandato pedagógico — que só pode cumprir-se através de uma acção orientada pela comunicação — existem diferenças estruturais, que Frankenberg soube bem diferenciar: «Como características dominantes da dimensão político-jurídica do trabalho pedagógico, podemos reter: 1.º, a discrepância entre norma de comportamento e situação concreta de acção; 2.º, uma 'dupla cobertura' do 'mandato pedagógico' estatal pelo 'poder de orientação' da administração escolar e pelo poder de concretização dos tribunais administrativos; 3.º, a delimitação vaga do espaço de manobra pedagógica do professor; 4.º, as ameaças abertas ou veladas de sanções em caso de comportamento contrário às normas. Junta-se assim à impossibilidade de conseguir uma visão de conjunto sobre o complexo normativo do direito escolar, a não previsibilidade dos mandamentos normativos relevantes para a prática pedagógica»<sup>28</sup>. Essas diferenças estruturais não deixam de inquietar os professores de provocar reacções que Frankenberg descreve como forma de ultrapassar ou, pelo contrário, de não esgotar o espaço de manobra pedagógico, isto é, a sobreadaptação ou a insubordinação jurídica velada.

A efectivação dos princípios do Estado de direito no âmbito da relação específica de poder que constitui a escola elimina vestígios de uma dominação estatal absolutista; mas a reinformação normativa deste campo de acção comunicativamente estruturado efectiva-se nos moldes da regulamentação de tipo Estado Providência e intervencionista. Uma vez controlada por justiça e administração a escola transforma-se imperceptivelmente numa instituição de assistência à existência (*Daseinsfürsorge*), que organiza e distribui a formação escolar como uma prestação social. Como no caso da família, resulta deste fenómeno a exigência de política legislativa de desjudiciarizar e, principalmente, de desburocratizar o processo pedagógico. O quadro de uma constituição escolar conforme aos princípios do Estado de direito, que transforme «o direito privativo do Estado num direito autenticamente público» não deveria ser preenchido pelo direito enquanto *medium*, mas por processos de resolução dos conflitos orientados pelo consenso, por processos de decisão, portanto, que contemplem as partes do processo pedagógico como capazes de representar os seus interesses e de tratar elas próprias dos seus assuntos»<sup>29</sup>.

A partir da análise da estrutura paradoxal da juridicização em áreas como a família, a escola, a política social, etc., torna-se fácil decifrar o sentido das exigências que se manifestam em todos estes casos. Trata-se de preservar o resvalar de áreas de vida que necessitam funcionalmente de uma integração social que passe por valores, normas e processos de comunicação, na órbita dos imperativos sistémicos dos subsistemas economia e administração, numa altura em que estes subsistemas crescem por dinâmica própria; trata-se de conseguir remodelá-los pelo direito enquanto *medium* de regulação para serem conformados a um princípio da integração social (*Vergesellschaftungsprinzip*) para eles disfuncional.

NOTAS<sup>a</sup>

<sup>a</sup> Constatam das presentes referências apenas os elementos indicados por Habermas. Acrescentou-se a tradução dos títulos dos textos citados.

Nas notas de Habermas, os números entre barras remetem para a numeração original das notas. Na *Theorie des Kommunikativen Handelns* as notas são numeradas por partes do livro: as notas traduzidas são desta maneira as notas 49 a 76 do VIII Parte da *Theorie des Kommunikativen Handelns*: «Schlussbetrachtung: Von Parsons über Weber zu Marx». (Conclusão: De Parsons, por Weber, a Marx).

<sup>1</sup> /49/ VOIGT, R. «Verrechtlichung in Staat und Gesellschaft» (Juridicização em Estado e Sociedade), in: VOIGT (dir.), *Verrechtlichung*, Frankfurt a. M., 1980, p. 16.

<sup>2</sup> /50/ PRESUSS, U. K. «Der Staat und die indirekten Gewalten» (O Estado e os poderes indirectos), comunicação apresentada ao *Hobbes-Colloquium* em Berlim, X, 1980, pp. 12-14. Ver também a investigação pioneira de Franz NEUMANN, realizada nos anos 30 e recentemente editada em tradução alemã: NEUMANN, F., *Die Herrschaft des Gesetzes* (O domínio da lei), Frankfurt a.M., 1980.

<sup>3</sup> /51/ BOLDT, H., *Deutsche Staatslehre im Vormärz*, (A doutrina alemã do Estado no Vormärz), Düsseldorf, 1975.

<sup>4</sup> /52/ MAUS, I., «Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaates» (Desenvolvimento e mudança funcional da teoria burguesa do Estado de direito) in: TOHIDIPUR, M., (dir.), *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Vol. I, Frankfurt a.M., 1978, pp. 13 e segs. Citemos a célebre definição: «O Estado tem de ser Estado de direito, eis o lema e também a verdade do rumo do desenvolvimento nos últimos tempos. Tem de traçar as vias e os limites da sua eficácia bem como determinar exactamente a esfera de liberdade dos seus cidadãos nos moldes do direito e garanti-la inquebrantavelmente. Na efectivação (evidentemente forçada) dos princípios morais pela força do Estado, portanto pela intervenção directa, não ultrapassará a esfera do direito. O conceito do Estado de direito não significa que o Estado seja o mero gestor da ordem jurídica, sem finalidades administrativas, estritamente à protecção dos direitos dos indivíduos. Não significa de maneira alguma o objectivo e conteúdo do Estado, mas apenas a forma e o carácter de os realizar.» (STAHL, F. J., *Die Philosophie des Rechts (A filosofia do direito)*, Vol. 2, Darmstadt, 1963, pp. 137 e segs.).

<sup>5</sup> /53/ BOECKENFOERDE, E. W., «Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriff» (Origens e evolução do conceito de Estado de direito), in: BOECKENFOERDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, (Estado, Sociedade, Liberdade), Frankfurt a.M., 1976, pp. 65 e segs.

<sup>6</sup> /54/ GULDIMANN, T., RODENSTEIN, M., ROEDEL, U., STILLE, F., *Soziale Politik als soziale Kontrolle*, (A política social como controlo social), Frankfurt a.M., 1978.

<sup>7</sup> /55/ Bibliografia sobre este assunto em REIDEGELD, E., «Vollzugsdefizite sozialer Leistungen» (Os défices de execução das prestações sociais), in: VOIGT, *ob. cit. supra* nota (1), pp. 275 e segs.

<sup>8</sup> /56/ VON FERBER, Chr., *Sozialpolitik in der Wohlstandsgesellschaft* (A política social na sociedade do bem-estar), Hamburgo, 1967.

<sup>9</sup> /57/ *ob. cit. supra* nota (7), p. 277.

<sup>10</sup> /58/ *ob. cit. supra* nota (7), p. 281.

<sup>11</sup> /59/ «No campo onde se encontram o Estado de direito e o Estado social, um planeamento social (*Sozialgestaltung*) activo, uma política social que se concretiza em organização estatal da liberdade, ameaça esmagar a pretensão do indivíduo em ajudar-se a si próprio. Neste contexto, o sistema estatal de prestações não se limita a dissolver a distribuição dos mandatos entre Estado e Sociedade. Marca pela concepção das prestações sociais modelos de *vida na sua integralidade*: quando a vida do cidadão, a partir do nascimento até a morte — como se vê no caso da protecção dos sobreviventes — se encontra garantida, na forma jurídica, contra todos os azares da vida, o indivíduo adapta-se a estes invólucros sociais da sua existência; leva uma vida liberta de problemas materiais, mas ao mesmo tempo marcada por uma excessiva protecção estatal bem como pelo medo de a perder». (PITSCHAS, R., «Soziale Sicherung durch fortschreitende Verrechtlichung» (Segurança social através de uma crescente juridicização), in: *ob. cit. supra* nota (1), p. 155).

12 /60/ Ver *supra in*: HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*; Vol. I, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1981, pp. 358 e segs.

13 /61/ LAASER, A., «Die Verrechtlichung des Schulwesens» (A juridicização do sistema escolar), *in*: Projektgruppe Bildungsbericht (dir.), *Bildung in der BRD* (A formação na RFA), Hamburgo, 1980; RICHTER, I., *Bildungsverfassungsrecht* (O direito constitucional da formação), Estugarda, 1973; RICHTER, I., *Grundgesetz und Schulreform* (Lei fundamental e reforma escolar), Weinheim, 1974.

14 /62/ SIMITIS, S., ZENS, G. (dirs.), *Familie und Familienrecht*, (Família e direito da família), Vols. 1 e 2, Frankfurt a.M., 1975. Cf. FINGER, P., *Familienrecht*, Königstein, 1979; BEITZKE, G., *Familienrecht*, Munique, 1979.

15 /63/ Sobre o aumento das intervenções da jurisprudência na regulamentação do sistema escolar, ver LAASER, *ob. cit. supra* nota (13), pp. 1348 e segs.

16 /64/ Sobre a legislação escolar, ver LAASER, *ob. cit. supra* nota (13), pp. 1357 e segs.

17 /65/ SIMITIS, ZENS, *ob. cit. supra* nota (14), Vol. 1, p. 48.

18 /66/ SIMITIS, S., *et al.*, *Kindeswohl* (O bem da criança), Frankfurt a.M., 1979; ZENS, G., *Kindesmisshandlung und Kindesrecht*, Maus tratos aos filhos e direito de menores), Frankfurt a.M., 1979.

19 /67/ *ob. cit. supra* nota (17), Vol. 1, p. 40.

20 /68/ SIMITIS *et al.*, *ob. cit. supra* nota (18), p. 39.

21 /69/ *ob. cit. supra* nota (17), Vol. 1., p. 55.

22 /70/ *ob. cit. supra* nota (17), Vol. 1, pp. 51 e segs.

23 /71/ *ob. cit. supra* nota (17), Vol. 1., p. 36.

24 /72/ Neste contexto, REUTER (L.R.) fala de uma «reconstrução do mandato pedagógico na responsabilidade pedagógica das instituições de formação». Ver «Bildung zwischen Politik und Recht» (A formação entre a política e o direito), *in*: *ob. cit.* nota (1), p. 130.

25 /73/ SCHEUNER, U., *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie* (O princípio da maioria na democracia), Opladen, 1973, pp. 61 e segs.

26 /74/ FRANKENBERG, G., *Elemente einer Kritik und Theorie des Schulrechts* (Elementos para uma crítica e uma teoria do direito da escola), Munique, tese de doutoramento, 1978, p. 217.

27 /75/ *ob. cit. supra* nota (24), pp. 126 e segs.

28 /76/ *ob. cit.* nota (26), pp. 227 e segs.

29 /76/ *ob. cit. supra* nota (26), p. 248. É também nesta perspectiva que se orienta um projecto de lei de um *Land* que a Comissão para o direito escolar apresentou ao *Deutscher Juristentag* (Congresso alemão dos juristas): ver *Deutscher Juristentag, Schule im Rechtsstaat* (A escola no Estado de direito), Vol. 1, Munique, 1981.