

Constitucionalidade, legalidade e legitimidade na União Européia e no Mercosul*

Colin B. Grant**

São as comunidades políticas capazes de formar uma identidade coletiva além do Estado-nação e assim preencher as condições de legitimidade para a democracia pós-nacional?

Jürgen Habermas, Die postnationale Konstellation

1. Observações preliminares: legalidade e legitimidade

O conceito da legitimidade se refere, na Idade Média, à defesa contra usurpação e tirania. Com a *positivização* da jurisprudência, no entanto, a legitimidade é sinônimo de poder fático (Luhmann, 1993: 27). Em meados do século XIX a legitimidade é concebida como a violência do Estado enquanto controle da violência. Esse tipo de controle torna-se a violência legítima.

Hoje a base transcendental (provindo da religião ou da metafísica) da lei natural é fundamentalmente desestabilizada no Ocidente, senão mesmo inexistente: a “ética e visão de mundo integrativos não existem em sociedades pluralistas.” (Habermas, 1998: 173). A legitimidade na era pós-metafísica é entrelaçada com relações de valor estabelecidas por meios culturais ou institucionais (Luhmann, 2000: 122, 123). Já Max Weber oferece uma concepção clássica da legitimidade moderna que continua relevante como ponto de referência na nossa era. Weber distingue a legitimidade (*Legitimität*) da validade (*Geltung*) pelo senso *binding* do primeiro conceito e pela “probabilidade que a ação sera governada legitimamente” (Weber, 1978: 31). Weber disse que a legitimidade pode

* Artigo submetido e aprovado para publicação em fevereiro de 2002. Este trabalho nos foi submetido em português, com exceção do capítulo 3, traduzido pela Redação. Em vários momentos, o autor faz citações em inglês, que assim conservamos.

** Professor PhD da Heriot-Watt University, Edimburgo, Escócia, diretor da área de pós-graduação em Estudos Europeus, Comunicação e Assuntos Internacionais.

ser conferida pelos atores sociais a uma ordem social (Weber, 1978: 36) por meio da tradição, da fé afetiva, da fé ligada a valores racionais, aos atos legais positivos. O tipo mais antigo da legitimidade é a tradição sagrada, porém no século 19 sua fonte principal é a legalidade positiva. Eis a definição clássica desta forma de legitimidade:

“Today the most common form of legitimacy is the belief in legality, the compliance with enactments which are formally correct [...]. In this respect, the distinction between an order derived from voluntary agreement and one which has been imposed is only relative. For so far as the agreement underlying the order is not unanimous, as in the past has often been held necessary for complete legitimacy, the order is actually imposed on the minority [...].” (Weber, 1978: 37 – ênfase no original).

Para Weber, então, a disponibilidade de submeter-se a um poder implica em si a crença numa autoridade legítima. A ordem legítima pode ser garantida por duas vias principais: 1. a garantia “subjetiva” (p. ex. a simples crença na validade de uma ação; 2. a “expectativa de efeitos externos específicos” (Weber, 1978: 33). Com a decoplagem da legitimidade de fontes metafísicas no processo da positivização das leis, os sistemas de autoridade e dominação precisam acoplar a legitimidade à legalidade:

“Experience shows that in no instance does domination voluntarily limit itself to the appeal to material or affectual or ideal motives as a basis for its continuance. In addition every such system attempts to establish and cultivate the belief in its legitimacy.” (Weber, 1978: 213)

Além dessa descrição da legitimidade moderna, Weber oferece um esboço sociologicamente descritivo e não normativo da legitimidade:

“Naturally, the legitimacy of a system of domination may be treated sociologically only as the probability that to a relevant degree the appropriate attitudes will exist, and the corresponding practical conduct ensue.” (Weber, 1978: 214)

Portanto, existem pelo menos dois discursos distintos na análise weberiana. Por um lado, a legalidade positiva da modernidade na qual a adequação formal é importante. Por um outro lado, a legitimidade parece como um instrumento ou uma função de um sistema de dominação (na formulação de Weber): *“without exception every sphere*

of social action is profoundly influenced by structures of dominancy” (Weber, 1978: 941). A dominação pode ser efetuada ou por uma “constelação de interesses” ou “em virtude da autoridade” (Weber, 1978: 942):

“The sociological character of the structure of any particular case of domination is determined by the kind of relationship between the master or masters and the apparatus, the kind of relationship of both to the ruled, and by its specific organizational structure, i.e. its specific way of distributing the powers of command.” (Weber, 1978: 953)

É importante enfatizar na abordagem sociológica de Weber três constatações. Em primeiro lugar, o deslocamento do conceito de legitimidade para a legalidade. No processo da positivização da jurisprudência a legitimidade é definida como uma forma de adequação *formal* à legislação positiva. Em segundo lugar, Weber destaca a conexão entre dominação e as estruturas organizacionais através das quais o poder é distribuído. Em terceiro lugar encontra-se uma interpretação não-normativa ou mesmo *funcionalista* da legitimidade. Nesta abordagem probabilística, a normatividade da legitimidade é substituída por efeitos ou funções. Se uma ação induz à conduta correta (de acordo com as leis), é legítima. Em seguida, três complexos de questões emergem: 1) Como conceber e situar a legitimidade entre *normatividade* e *positividade*? 2) Quais são os limites da abordagem *estrutural* do poder? 3) Quais são as *funções* da legitimidade?

2. Legitimidade pós-convencional/legitimidade e procedimento

As teorias de legitimidade mais recentes partem evidentemente do pressuposto de que a ordem da lei natural cedeu à uma ordem jurídica positiva (Habermas, 1997, 1998 e Luhmann 1998, 2000). No entanto, as mesmas teorias divergem de forma fundamental no que se refere à normatividade.

Como resposta à pergunta sobre a modelagem da legitimidade num mundo de contingências – “Como deve ser fundamentada a legitimidade de regras que podem ser alteradas a qualquer momento pelo legislador político?” (Habermas, 1998: 173), Jürgen Habermas invoca dois princípios: a soberania popular e os direitos humanos. Neste contexto, a legitimidade não se reduz à probabilidade de efeitos e tampouco a uma positividade não-normativa: “A legitimação de uma ordem de

Estado constituída por leis compõe todas as justificações e construções que devem realizar essa exigência de valor de reconhecimento.” (Habermas, 1998: 171 – tradução minha). Corrigindo a concepção clássica da lei como inerentemente legítima, Habermas admite que os dois princípios são, de fato, dificilmente conciliáveis. A legitimidade deriva da autonomia pública dos cidadãos manifesta nos direitos de participação e comunicação: “A conexão interna em questão entre os direitos humanos e a soberania popular é localizada no fato de que os direitos humanos institucionalizam as condições de comunicação para uma formação da vontade política racional.” (Habermas, 1998: 175). A esfera pública (cf. Habermas, 1962) é elevada ao status de um local de mediação entre Estado e sociedade civil ou sistema e mundo vivo. Esta concepção normativa da autonomia pública permanece extremamente problemática mesmo como ideal contrafáctico. Em primeiro lugar, a esfera pública em si corre o risco de uma hipostatização no sentido de que pode ser vista como uma ficção do discurso burgues (ver Grant, 2000: 66ff). Em segundo lugar, tanto a ‘sociedade civil’ como também o Estado ou demais sistemas de dominação como o comércio dependem da comunicação. Falei em outro lugar (Grant, 2000, 2001a, 2001b) da contingência da comunicação no sentido das instabilidades inseparáveis da comunicação. Esta contingência implica uma entropia (incerteza) na comunicação como também a necessidade de meios para introduzir estabilidade. Nesse sentido, a comunicação da autonomia pública é tão sujeita à entropia como os demais sistemas. Em outras palavras, nenhum cidadão dispõe *em liberdade* dos meios de comunicação pública:

“Agora não podemos ignorar que os cidadãos de um Estado não dispõem mais livremente da escolha de um meio com o qual estes exercem sua autonomia política. Os cidadãos participam na jurisdição somente como sujeitos da lei; eles não dispõem mais da livre escolha da língua que eles querem usar. Assim, o código jurídico precisa existir já como tal antes que as condições de comunicação possam ser institucionalizadas para uma formação discursiva da vontade na forma de direitos civis.” (Habermas, 1998: 176 – tradução minha).

E no entanto a autonomia privada e pública são indissolúveis; o conceito ocidental da legitimação repousa na simultaneidade dos direitos de liberdade e direitos civis. A normatividade da proposta habermasiana entra em choque com as instabilidades da comunicação

que reveste uma importância central nos seus escritos. Se a comunicação é sempre acompanhada pela entropia, a normatividade precisa de uma renovação quase constante. Essa renovação é impensável sem a autonomia não somente privada ou pública dos atores: é uma renovação que provém da autonomia cognitiva (ver Grant, 1998, 2000) de cada ator.

O acoplagem da normatividade ao uso da razão na esfera pública como definição da legitimidade se choca contra suas próprias premissas: a legitimidade a seu entrelaçamento com a liberdade do sujeito de usar sua razão na esfera pública. Em termos pós-normativos e sociologicamente analíticos Niklas Luhmann liga a legitimidade ao conceito jurídico do procedimento. Sua abordagem reside numa *temporalização* do conceito da legitimidade na qual a verdade e a correção não revestem mais uma importância central. Por exemplo, no sistema engrenado num processo de diferenciação funcional (e não hierárquica) a comunicação do voto é pré-estruturada: “o leitor somente pode fazer um x no seu boletim eleitoral.” (Luhmann, 1993: 14). As exigências da diferenciação funcional de chegar a *decisões* não podem mais garantir a verdade como era presuposto na lei natural:

“Visto desta maneira, o objetivo de procedimentos ordenados juridicamente é tornar a redução da complexidade comunicável intersubjetivamente – que seja com a ajuda da verdade, que seja através da formação do poder legítimo para decisões.” (Luhmann, 1993: 26 – tradução minha)

Procedimentos são necessários para a execução de decisões exigidas para o funcionamento de sistemas. O sistema visa a redução da complexidade para diminuir a anarquia (ou, podemos dizer: entropia, no sentido de incerteza na comunicação). Dentro desta lógica de sistemas o conceito da legitimidade sofre mudanças: “Pode-se conceber a legitimidade como uma disposição generalizada de aceitar decisões, cujos conteúdos ainda são indeterminados, dentro de áreas de tolerância.” (Luhmann, 1993: 28 – tradução minha). A legitimidade assim concebida perde sua ligação tanto com a verdade metafísica como *também* com a normatividade oriunda do discurso da liberdade ou autonomia pública ou razão comunicativa e torna-se um *meio* para a efetuação de operações dentro de um sistema. Esse meio da legitimidade é um meio que introduz a contingência (de futuras decisões) dentro das fronteiras aceitáveis para a continuação do sistema – ou, na formulação de François Bourricaud um poder legítimo é “un pouvoir

qui accepte ou même institue son propre procès de légitimation.”¹
(em Luhmann, 1993: 30 tradução minha):

“A legitimidade repousa portanto não sobre um reconhecimento <da livre vontade>, ou mesmo sobre uma convicção de responsabilidade pessoal, mas, ao invés disso, sobre um clima social que institucionaliza o reconhecimento de decisões obrigatórias como uma evidência e as concebe não como uma consequência de uma decisão pessoal, mas sim como uma consequência da validade da decisão oficial.” (Luhmann, 1993: 34 – tradução minha)

Sistemas políticos, bem como sistemas comerciais ou jurídicos, existem dentro de ambientes que podem ser denominados sociedade civil, esfera pública, mundo vivo etc. O sistema interage com o ambiente sempre com o objetivo de manter a estabilidade do sistema. Informações ‘de fora’ não devem ameaçar essa estabilidade segundo a teoria dos sistemas (Luhmann, 1986, Maturana, 1994), mas devem ser processadas e guiadas pelas regras e decisões internos do sistema. Visto assim, a positividade da lei corresponde à “canalização e ao controle de influências sociais por meio da jurisdição.” (Luhmann, 1993: 59 – tradução minha). Em termos de instabilidades da comunicação que desenvolvi num outro lugar (Grant, 2002) vale constatar que o sistema permanece engrenado na comunicação que jamais pode ser decoplada da incerteza. Visto assim, “o sistema é uma “*dança*” extremamente precária que visa assegurar a distinção entre os sistema e seu ambiente” (Baecker, 2001: 63 – ênfase e tradução minhas). [Duas causalidades performam nesta dança: the external causal influence of the environment on the system and the ‘self-determination of the system by the constraints under which it is placed and/or which it is ready to accept’ (Baecker, 2001: 63). As noted, the introduction of such precariousness into the system concept is essential if hypostatizations are to be avoided and the system concept de-ontologised (ver, p. ex., Grant, 1998)].

Se, com Luhmann, concebermos a legitimidade como meio ou mesmo código de mediação entre um sistema político neste caso e seu ambiente, podemos igualmente conceber a legitimidade como operação interna do sistema para processar a contingência de informações. Desta maneira a legitimidade pode ser vista como “a possibilidade de representação pública de preferências” ou mesmo “a orientação a um

¹ Ver François Bourricaud (1961). *Esquisse d'une théorie de l'autorité*. Paris.

futuro desconhecido no qual valores opostos podem ganhar expressão” (Luhmann, 2000: 122, 124 – traduções minhas).

3. A auto-referência do sistema jurídico*

Esta pesquisa parte do pressuposto de que é incerta (ou contingente) a comunicação entre os sistemas jurídico-institucionais e a opinião pública. A dependência de comunicação tanto desses sistemas quanto da opinião pública resulta num complexo *feed back*, em que a legislação de direitos humanos pode ser colocada em qualquer lugar entre pressões públicas de ordem moral e exigências funcionais do sistema jurídico-institucional.

Assim, a questão colocada por nossa pesquisa é essa: Como, nas sociedades do Ocidente, os sistemas jurídico-institucionais (nesse caso a Corte Europeia de Direitos Humanos – CEDH), dão-se conta do risco inescapável inerente a qualquer comunicação, enquanto ao mesmo tempo elaboram o quadro normativo e preservam a legalidade e legitimidade essencial à sua sobrevivência? Em outras palavras, qual a natureza da interação entre o nível de fechamento (*closure*) que esses sistemas requerem para seu funcionamento e o de abertura, agora requerido em termos de aceitação por parte da sociedade? Qual é o tipo de conexão comunicativa entre um sistema de legislação de direitos humanos e a pressão da opinião pública e por debate?

Modelos teóricos

Todo e qualquer sistema social carece do apoio da comunicação, uma vez que sem essa a sociedade é inconcebível (para dois relatos radicalmente opostos, ver Habermas e Luhmann). Contudo, esse apoio está na dependência da seleção da informação, que é função da relevância atribuída à comunicação em questão. Em outras palavras, desde que há uma conexão entre a sobrevivência de um sistema num sentido funcional (Humberto Maturana) e sua referência a si mesmo, auto-referência é necessária à estabilidade (ver os relatos cibernéticos de Heinz von Foerster). Leigos na esfera pública (*lay persons*) (Habermas) são confrontados por essa auto-referenciabilidade que muitas vezes é compreendida como fechamento ou exclusão do pro-

* Capítulo traduzido por Ailton Benedito de Sousa.

cesso legal, visto como um reino arcano. Dois modelos básicos conceitualizam as relações entre esses sistemas e o público. De acordo com a visão funcionalista da comunicação, o acesso público é por norma excluído pelo fechamento funcional dos sistemas (Dirk Baecker) enquanto que os relatos discursivos conferem considerável poder a atores autônomos no mundo vivo e suas interações nos sistemas (Habermas, Dryzek e Grant, 2000b para uma crítica sobre o modelo discursivo de democracia).

Abertura-fechamento e outros

Estendidos até um determinado nível, em geral os sistemas têm sido descritos como “operacionalmente fechados” (Luhmann). Sua abertura é importante, contudo, para fins de legitimidade (no que tange à simulação), entendida essa legitimidade segundo o conceito clássico de acesso público, inclusão e, mesmo, transparência, uma vez que embora o fechamento seja necessário para a efetiva ação de administrar os sistemas, estes devem interagir com seus ambientes através da comunicação. Sistemas jurídico-institucionais são dependentes da comunicação desde que o direito, a lei, sem comunicação seria inane (involved) e incapaz de gerar legitimidade (no sentido de Rawls e Habermas). Sistemas que não mantêm comunicação com seu ambiente (por exemplo, as ditaduras) tendem a perder legitimidade com o tempo. Esta é somente uma parte de uma dupla dependência comunicativa (ver Luhmann e Grant 2001b), desde que a comunicação é em si mesma contingente ou prenhe de riscos (Luhmann), incertezas (Berger) e de porosidade ou capilaridade (ver especialmente Grant 2000^a, 2000b, 2001b). Mesmo a partir de relatos cépticos, de acordo com os quais os sistemas simplesmente simulam a abertura, a própria simulação continua contingente, dependente. De que modo os sistemas se dão conta desse risco e generalizam sua aceitação frente a tanta instabilidade potencial (*vis-à-vis* de outros subsistemas, atores e organizações, por exemplo, neste contexto, o Parlamento Europeu (PE), os governos nacionais, as pessoas leigas e as ong’s)?

Objetivo principal

O alvo a ser atingido é levar uma contribuição crítica ao debate sobre a construção em termos de comunicação do consenso social, provocada em grande parte pelos escritos teóricos de Jürgen Habermas

e a concepção teórica sistêmica de fechamento inspirada em Niklas Luhmann. Em termos teóricos, o projeto envolverá uma crítica da idealidade contrafactual* subjacente à concepção de Habermas, e um refinamento da relação fechamento/abertura em Luhmann em termos comunicacionais. Como resultado, esta pesquisa operará com um modelo interdisciplinar da teoria da comunicação social, o qual, em termos gerais, considerará instabilidade, risco e dependência mais seriamente (ver em anexo lista de publicações). Mais especificamente, o projeto examinará a construção comunicativa da normatividade jurídica a em uma análise da Corte Européia de Direitos Humanos – CEDH, no contexto de seus atos de comunicação com seu entorno – atores sociais, governos, outras instituições da União Européia (EU). Até que extensão são esses atos de comunicação dialogais? Como são realizados e como são as diferentes manifestações de recepção na “esfera pública”? Qual a natureza do *feed back* entre a esfera pública e o sistema? (Para relatos críticos desses conceitos, ver Grant 1996, 1997 e 2000). (ver instable)

Objetivos específicos

1. Elaboração de uma teoria crítica da comunicação social *instável*.
2. Exame das operações de específicos sistemas de comunicação e ilustração do risco do fechamento (Luhmann) e da abertura (Habermas, 1996) desses sistemas.
3. Exame das operações de comunicação do sistema jurídico-institucional (no caso da Corte Européia de Direitos Humanos) como exemplo de um complexo e crescentemente influente sistema de comunicação. Como um estudo teórico de comunicação (ver abaixo), esta pesquisa coloca a comunicação no nível dos sistemas e subsistemas. Aqui, comunicação somente faz sentido em suas interações consigo mesma (auto-referência) e com outros sistemas. Questões-chaves são: a) como opera o sistema de comunicação? b) Como ele realiza o fechamento e a abertura? c) Como ele garante estabilidade? d) Como e com que interage?
4. Discussão das implicações para os atores sociais da construída normatividade dos sistemas de comunicação (incluídos os sistemas jurídico-institucionais) do ponto de vista de teorias da comunicação social.

Metas específicas da pesquisa

1. Contribuição à pesquisa interdisciplinar em curso sobre o tema da comunicação em que estudos empíricos recebem forte apoio, em que sofisticados instrumentos analíticos oriundos desses apoios são usados na análise dos sistemas de comunicação existentes.
2. Contribuição original e interdisciplinar a teorias da comunicação social.
3. Aplicação de modelagem teórica da construção comunicativa a um exame empírico do campo específico da comunicação jurídica, no caso da Corte Européia de Direitos Humanos.
4. Crítica das exageradas proposições (reclamos) de teorias do consenso e das teorias do fechamento em comunicação e aplicação desses achados críticos às relações comunicativas da CEDH.
5. Publicação de uma série de artigos sobre essas questões em periódicos de referência internacional.

Contexto da pesquisa

Há clara evidência de que muito da literatura crítica no campo da comunicação social chegou a um ponto de saturação no que tange às existentes proposições epistemológicas. O superado modelo monológico de comunicação tem sido admitidamente substituído por modelos dialogais oriundos de relatos intersubjetivos da teoria do consenso e do conhecimento. Aqui, comunicação é compreendida *a priori* e o dialogismo posicionado como um horizonte limite (Markova, Linell, Habermas). Nada obstante, há ainda relativamente poucos estudos que partam para examinar a construtibilidade e precariedade das comunicações no nível do sistema (exceções são Leydersdorf e Schmidt) sem recurso a noções transcendentais de dialogismo ou intersubjetividade (teorias do gerenciamento da incerteza tendem a se relacionarem no nível do discurso). Esta pesquisa parte para examinar essa construtibilidade e operacionaliza este modelo teórico de comunicação como um empreendimento capilar (porous) num estudo das relações comunicativas da CEDH.

Num conjunto de áreas das ciências humanas e sociais, crescente atenção tem sido dada ao risco (especialmente Beckj, 1998) e à dependência (Habermas 1998) no contexto das implicações ecológicas, existenciais e de segurança inerentes à globalização. A observação feita aqui é que similar limitação pode ser testemunhada em comunicação, incluindo tentativas em que normatividade universal é usada como base para convenções jurídicas. Será argumentado que as comunica-

ções da CEDH não são inerentemente normativas, uma vez que como comunicações, são construções híbridas que devem satisfazer as condições de estabilidade auto-referenciada e legitimidade externa. Neste caso, sistemas construídos e seus elementos podem ficcionalizar (fictionalize) (ver Goodman e Schmitd) ou esquematizar (Luhmann), mas não podem garantir universalidade. Esta pode ser vida como um construto comunicativo que deve ser constantemente renovado.

Esta pesquisa irá distinguir entre elementos de comunicação da CEDH e focalizar-se-á prioritariamente sobre suas operações de comunicação por intermédio de uma variedade de gêneros de textos em que internamente se constroem normas (convenções, julgamentos) e em termos das interações externas entre à CEDH e seu entorno – isto é – outras instituições (acima de todas o Parlamento Europeu como “a voz do povo) e opinião pública (incluindo uma análise comparativa de selecionada cobertura da imprensa na França e na Alemanha). Aqui, a Corte Européia de Direitos Humanos será conceituada como um subsistema em um ambiente do qual ela depende e com que ela deve comunicar-se a fim de atender a duas condições colocadas acima (estabilidade e aceitabilidade). Risco ou instabilidade pode ser testemunhado na construção da universalidade da legislação de direitos humanos (por exemplo, artigos 5,9 e 10 nos tópicos sobre liberdade e segurança, pensamento, consciência e religião, e expressão, respectivamente e também, mais recentemente, nas mutuamente opostas exigências de direitos humanos básicos e básicas definições de terrorismo).

Métodos

Em harmonia com os objetivos de um projeto de pesquisa no campo dos estudos de comunicação, o trabalho proposto não redundará num estudo sociológico da estrutura da CEDH, uma vez que sua preocupação principal são as comunicações internas da Corte européia de Direitos Humanos e as comunicações externas entre essa CEDH e a “esfera pública” (imprensa e outras instituições européias).

Igualmente, o projeto é metódica e tematicamente diferente de estudos no âmbito da filosofia do direito (por exemplo, a discussão da universalidade da lei ou da verdade e da objetividade de per si), uma vez que focaliza a construção, estabilização e aceitabilidade das operações de comunicação Finalmente, o proposto método de observação (a ser usado nesta pesquisa) o distingue da Análise Crítica do Discurso ou abordagens etnometodológicas no sentido de que ela modela a co-

municação em termos de construção comunicativa num nível do sistema. Aqui, então, a modelagem teórica da comunicação social é baseada na epistemologia construtivista e compreende: a) um modelo teórico de comunicação interdisciplinar. Este modelo envolve: i) uma crítica da teoria da comunicação (reavaliação dos conceitos de entropia num contexto de comunicação social; ii) um exame das implicações em termos de comunicação da crítica do realismo filosófico (o mito da objetividade, a impossibilidade de correspondência comunicativa, em Searle, Putman, Habermas); iii) uma análise (?) da teoria do consenso (Habermas, Rawls) e as implicações para uma conceitualização das relações entre direito e sociedade; iv) uma crítica dos “aporias” (?) dos modelos de comunicação fechados (Luhmann, mas também Foucault); v) uma crítica do dialoguismo (Linell, Markova, Luhmann); vi) uma discussão do conceito de auto-referencialidade em termos da necessidade de intervenção e estabilização interna: vii) um exame da complexa e precária ficcionalização de conhecimento co-participado (inclusive valores normativos).

Estudo de caso

Há poucos sistemas que operam com auto-referencialidade e estabilidade de sistemas jurídicos em seus vários níveis. As comunicações *in point* (?) são as da Corte Européia de Justiça. A natureza construída de sua universalidade normativa será enfatizada como uma fonte de instabilidade inescapável e será examinada em suas interações com um escalão de atores do ambiente (o Parlamento Europeu, a Comissão, mas também individuais). Análises da CEDH como um sistema de comunicação (com alto grau de auto-referência e ficcionalidade social) cobrirá um leque de manifestos de comunicação como textos legais (direitos fundamentais, *case law*, tratados) e manifestações de comunicação externa como respostas e discussão em seletos canais da imprensa nacional em dois países da EU (França e Alemanha), debates sobre direitos humanos no Parlamento Europeu e assembléia do Conselho Europeu e relações comunicativas entre instituições européias e a CEDH no período 1999-2001. Conduzindo análises nesses três níveis – comunicações internas na CEDH, comunicações externas entre essa Corte e outras instituições, e comunicações externas da imprensa, o projeto contextualizará as comunicações da legislação européia de direitos humanos em suas relações entre o sistema jurídico e a “opinião pública”.

4. A legitimidade e a União Européia

Baseada na Comunidade Européia do Carvão e Aço (CECA), e na Euratom a Comunidade Européia foi fundada em 1958 em plena época bipolar. De certa forma, sua legitimidade remontava aos imperativos da paz, estabilidade social e reconstrução do continente. Portanto, trata-se de uma legitimidade abstrata, histórica e mesmo indireta em termos institucionais, pois a nova Comissão, a Corte de Justiça, o Conselho dos Ministros bem como a Assembléia não derivaram sua legitimidade de forma representativa ou eleitoral mas indiretamente através dos sistemas políticos dos países-membros. Até os anos 70 e 80 a legitimidade da Comunidade Européia permanecia indireta ou, em termos institucionais, vertical (Lebessis and Paterson, 1999: 9). Segundo Wallace, antes da assinatura do Ato Europeu Único em 1986, a Comunidade era caracterizada por uma “tolerância da legitimidade indireta ainda segurando o legado da reconstrução pós-Guerra e a imobilidade aparente das relações Este/Oeste.” (Wallace, 1993: 100). Com o fim da bipolaridade e a transição complexa para uma nova ordem uni-mulipolar (ver Wohlforth, Huntington), a acessão de alguns membros da EFTA e a admissão dos antigos membros da Comunidade Económica de Assistência Mútua (ou Comecon) e sobretudo com o processo da globalização, o “incrementalismo” (Wallace) não era mais suficiente para garantir a legitimidade da União. Decerto, os tratados de Maatsricht, e sobretudo Amsterdã, trouxeram inovações em forma da Carta Social e o começo de uma Política Externa e de Segurança Comum (PESC) dinamizaram o processo de integração e a sua extensão à área antes reservada da “high politics”, porém o intergovernamentalismo realista como método de integração nestas novas áreas não resultou numa “nova legitimidade” (Wallace, 1993: 102) direta para a União:

“It is, after all, hard to envisage the attachment of sustained political solidarity to market unification and diplomacy behind closed doors or to garner popular political support for the recovery of the eastern part of the continent without the engagement of the values of a transnational civil society.” (Wallace, 1993: 105 – minha êmfase)

Neste período pós bi-polar a União está enfrentando um “déficit acumulado de legitimidade” (Wallace, 1993: 99) pois a integração é percebida cada vez mais como uma “coisa de elite” (Kohler-Koch, 2001:

3). O consenso na literatura científica é que precisa haver maior participação democrática, maior transparência no modo operandi das instituições: em outras palavras: uma maior legitimidade direta.

Segundo Lord e Beetham, predominam três visões nos Estudos Europeus no que diz respeito ao conceito da legitimidade: 1. a União não é um sistema político sem Estados; 2. a União é suscetível de “legitimação substituta” no processo da democratização; 3. os substitutos devem ser baseados numa política pós-parlamentar (Lord e Beetham, 2001: 443). Estas posições devem ser opostas com contra-argumentos: 1. mesmo como uma entidade não baseada no Estado, a UE requer critérios de legitimidade oriundos da democracia liberal; 2. a legitimação substituta não é em si suficiente para o “contrôle público com igualdade pública”; 3. as práticas representativas na UE já se encontram numa fase de adaptação pós-nacional ou pós-Estado. O modelo liberal-democrático da legitimidade compõe por sua vez três dimensões: 1. *performance* (de acordo com as exigências e valores dos cidadãos) – ou “output legitimacy”; 2. *contrôle público e igualdade* e 3. *identidade* – estas últimas sendo denominadas “input legitimacy” (ver Scharpf, 1997). Não somente a legitimidade no Tratado de Maastricht continuou indireta baseada somente em *outputs*, marcou também um processo de deslegitimação unidimensional (Lord e Beetham, 2001: 444).

Os desafios atuais mais concretos incluem a função realocativa da UE enquanto fornecedora de bens públicos (meio ambiente, mercados etc.). Além disto, desempenha uma função na “alocação do risco” (por exemplo, ESB) e a “distribuição de valores” (direitos humanos, a questão do aborto na Irlanda, a legalidade etc.). Estas funções exigem “reservas profundas de legitimidade” (Lord e Beetham, 2001: 447). O problema em substituir a legitimidade da União pela legitimidade baseada no Estado é que a legalidade da União é cada vez mais supranacional, refletida na separação da Corte Europeu da Justiça das demais instituições. Em outras palavras, o poder na União é de múltiplas camadas e de múltiplas dimensões (ver Lord e Beetham sobre Höreth, 1999 em Lord e Beetham, 2001: 450).

Em termos da mediação ou comunicação entre sistema político e sociedade civil é importante considerar as propostas para uma legitimação pós-parlamentar. Héritier (1999) diferencia entre três tipos: 1. um corpo político transparente; 2. um corpo político participativo e 3. um corpo político flexível. Um corpo político trans-

parente envolveria maior facilidade no rastreamento das decisões, maior visibilidade e “interatividade”, por exemplo através da Internet (a assim chamada democracia virtual). Um corpo político com limites plausíveis incluiria a separação dos poderes, o princípio da subsidiariedade e o deslocamento para redes informais de formulação de políticas (talvez com maior potencial heterárquico). Um corpo político participativo enfocaria as “regras combinadas de argumentação” com maior inclusão e a “substituição da representação de interesses sectorais pela razão pública” (Lord e Beetham, 2001: 452). O modelo do corpo político flexível (ou flexi-polity) formularia uma integração flexível através das contingências regionais, culturais ou temporais com a “ênfase naquelas áreas de temática onde o apoio dos cidadãos à autoridade transnacional seja mais estabelecido.” (Lord e Beetham, 2001: 453). Ainda segundo Lord e Beetham, “[uma] esfera pública somente pode operar como tal onde ela é estruturada proceduralmente para fornecer uma representação sistemática e equilibrada das opiniões.” (Lord e Beetham, 2001: 455 – tradução minha).

Alguns problemas persistem nesses tipos da nova legitimidade. Em primeiro lugar, a transparência permanece *passiva* pois reduzida ao rastreamento de decisões de certa forma já induzidas. Mesmo a visibilidade de uma instituição (por exemplo a Comissão da UE) seria o grau de visibilidade tolerada pelo sistema em questão enquanto a interatividade sempre se encontra pr-estruturada pelo site do órgão, pelos meios usados, pelo contexto *pré-estruturado*. Nenhum sistema político tolera a arbitrariedade de comunicação. A interatividade poderia servir então apenas como a visibilização das opiniões dos atores sociais e, portanto, chimérica. Os limites acima-mencionados oferecem maior potencial de influência sobre o sistema pois a separação dos poderes (p. ex. de forma crescente da Corte de Justiça do Conselho dos Ministros) teria maior potencial em facilitar a formação de heterarquias e impedir o desenvolvimento de super-sistemas. O modelo participativo, oriundo do modelo clássico da razão pública mas também existe em meio de uma crescente dispersão da comunicação. Quanto ao corpo político flexível, a questão dos meios também precisa ser colocada.

A necessidade de resolver o famoso déficit de legitimidade na UE é refletida mais no *Livro Branco* recentemente publicado pela Comissão. As recomendações refletem algumas das propostas de novos tipos de legitimidade e visam uma legitimidade direta deslocada

para *inputs* (participação) e não reduzida aos *outputs* de *performance* ou eficiência. Ressalta-se entre as principais recomendações: 1. a importância conferida à “sociedade civil” que precisa ser convencida da “relevância” da União (Lebessis and Paterson, 1999: 4); 2. uma “comunicação aberta” do processo político; 3. um debate em torno da uma “Carta Européia de Direitos Políticos” para fomentar a participação e 4. maior “decentralização e delegação”.

Enquanto a legitimidade da UE derivava tradicionalmente da distribuição de bens públicos, tais como bem-estar, assistência regional ou estrutural para criar empregos e facilitar a transição de indústria pesada para treinamento, educação e tecnologia, faltou igualmente uma legitimidade baseada em formas mais diretas. O Ato Único Europeu, da área da “low politics” de 1986 trouxe neste contexto reformas institucionais (o procedimento de cooperação conferindo maior poder ao Parlamento, por exemplo) e o Protocolo Social, a legitimidade direta continuou marginalizada. O Tratado de Maatsricht também promoveu a União baseada nos três pilares (Comunidade, Justiça e Política Interna e a PESC) as reformas permaneciam vinculadas ao modelo realista de integração intergovernamental, mesmo levando em conta a extensão do princípio majoritário do voto de maioria qualificada (VMQ), a aprofundamento da subsidiariedade com a criação do Comitê das Regiões e o acoplamento da Comissão ao apoio majoritário dos membros do Parlamento, estas reformas continuam inseridas num modo operandi intergovernamental e portanto pouco suscetíveis de promover a legitimidade direta. Nesses termos, o Tratado de Amsterdã (1997) marcou um progresso em termos de considerar de forma mais aprofundada o déficit de legitimidade e de forjar instrumentos para introduzir uma maior legitimidade abstrata. O pano de fundo da Conferência Intergovernamental de 1996-1997 era o reconhecimento da necessidade de mais *solidariedade* e progresso centripetal em vista da extensão para os países da Europa central e oriental.

5. Uma constituição para a Europa?

Em termos de uma guinada para uma maior legitimidade enraizada em formas positivas ou diretas, o período pós-Amsterdã tem sido caracterizado por um deslocamento do foco tradicional da

integração comercial para uma definição dos critérios da identidade europeia que são, inevitavelmente, de ordem normativa. Enquanto para o Tratado de Paris (instaurando a CECA) qualquer estado europeu poderia candidatar-se à admissão e para o Tratado de Roma (instaurando a CEE) a definição do estado europeu era deferida para o futuro, o artigo 49 do Tratado Consolidado sobre a União Europeia de Amsterdã estipula que “Qualquer estado europeu que respeita os princípios apresentados no Artigo 6(1) pode candidatar-se para aderir à União”. Desta forma, são codificadas de forma positiva-normativa as condições *constitucionais* para a adesão à União:

“The Union is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law, principles which are common to the Member States.” (Artigo 6(1) – Tratado Consolidado sobre a União Europeia)

Trata-se nessa legitimidade constitucional dos chamados *critérios de Copenhague*, quais são: o poder político baseado na lei (*rule of law*); a estabilidade das instituições que garantem a democracia; os direitos humanos; a economia de mercado e a capacidade de resistir à pressão competitiva dentro da União. Os países-candidatos atuais tais como a República Tcheca, a Hungria, a Polônia, a Letônia, a Romênia e a Eslováquia parecem estar então diante de um paradoxo pois por um lado esses países reconquistaram recentemente sua integridade territorial (para alguns países o território ainda é bastante fluido) porém estão dispostos a ceder essa soberania. Decerto, os motivos para isto podem ser de ordem econômica pelos motivos conhecidos. Todavia, existem igualmente questões de integração política e de segurança. A legitimidade da União após Amsterdã é portanto mais ampla, indo da função distributiva da UE (os novos fundos SAPARD por exemplo) até a PESC e a adesão à uma comunidade de valores *constitucionais*. Essa guinada para a constitucionalidade ficou mais marcada ainda com a Carta de Direitos Fundamentais da UE assinada em Nice (7.12.00) onde no Préambulo está escrito: “Os povos da Europa, ao criar uma união cada vez mais próxima entre eles, estão resolvidos em compartilhar um futuro em paz baseado em valores em comum” (Carta de Direitos Humanos – Préambulo). O poder supranacional parece não mais constituir o anatema que era para De Gaulle ou Thatcher.

6. Abstraindo-se do Estado-nação?

Na Europa as nações, como a opinião pública, desenvolveram-se no século 18 como abstrações ou “coletividades imaginários” (Habermas, 1996: 134) cujo sucesso residia na resolução de dois problemas: as fundações de um novo modo de legitimação na forma das instituições nacionais e uma nova forma mais abstrata da integração social com a criação do Estado do bem-estar (ver Habermas, 1996: 135). Hoje em dia, a estrela das nações está cadente – e não somente na Europa. As nações concorrem com instituições supranacionais como a Corte de Justiça ou a Comissão na UE. Elas concorrem também com movimentos globalizados comerciais regidos pelo FMI ou pela OMC que, por sua parte, remontam a uma unipolaridade Americana (Wohlforth, 1999). Outras organizações transnacionais como as organizações não-governamentais ou subnacionais como os partidos regionalistas como a Liga Nord na Lombardia relativizam a influência do Estado-nação que, sozinha, não está mais em condições de garantir sua legitimidade em nível de *outputs* e corre o risco de distanciar-se dos cidadãos em nível de *inputs*.

Domar, como escrevi em outro lugar (Grant, 2000b: 133ff.), a globalização do sistema econômico por via de práticas de legitimação da ‘sociedade civil’ exige a criação de novas agências supranacionais ou subnacionais além do alcance dos atores econômicos globais e da fraca normatividade da ONU pois na fugacidade e contingência das comunicações a participação torna-se problemática (McGrew, 1998: 385, Habermas, 1998, Grant, 2000, 2002). Para Habermas (1992) a legitimidade pós-nacional exige uma normatividade forte na forma de leis baseadas em práticas discursivas. Diante dessas novas contingências, diante da sociedade de risco (Ulrich Beck), é preciso uma nova “abstração real” para a construção de uma nova ordem pós-nacional (Habermas). Os contornos desta segunda abstração já estão visíveis no horizonte do Mercosul ou desaparecendo por trás das nuvens dos interesses dos Estados-Nações?

“A política identitária e o nacionalismo fin-de-siècle eram nem tanto programas, e muito menos programas efetivos para a resolução dos problemas dos últimos anos do século 20, mas, ao contrário, reações emocionais a esses problemas. E no entanto, enquanto o século aproximava-se do fim, a ausência de institui e mecanismos realmente capazes de resolver esses problemas ficou cada vez mais evi-

dente. O Estado-nação não era mais capaz de resolvê-los. Quem ou o quê era?” (Hobsbawm, 1994: 430 –tradução minha)

7. O realismo tenaz do Mercosul

Uma breve consideração das instituições do Mercosul mostra a tenacidade do Estado-nação mesmo frente às novas contingências do mundo pós-nacional. Decerto, o uso de um instrumento analítico desenvolvido na Europa para a observação de processos de integração na América Latina de imediato se expõe a acusações de eurocentrismo. Todavia, pode-se argumentar que, embora a história dos Estados-nações na América Latina seja muito mais recente, a globalização sequer respeita tais sensibilidades e os submetem às mesmas pressões de um sistema econômico cada vez mais auto-referencial e distante das experiências. Como disse Rifkind, a questão no mundo dos negócios de hoje é de ir ao almoço ou de ser o almoço.

Os termos do Protocolo de Ouro Preto (17.12.94) estabelecem as instituições do Mercosul, cuja composição é nitidamente inter-governamental. No Conselho do Mercado Comum são representados os ministros das relações exteriores e da economia, refeltindo a exclusividade de interesses nacionais. E esses interesses são fortalecidos no status das decisões do Conselho, pois estas revestem caráter obrigatório. Os mesmos princípios de composição e decisão são encontrados no Grupo Mercado Comum pois seus membros são designados pelos governos dos países-membros, perdendo assim legitimidade em termos participatórios e na Comissão de Comércio (cuja coordenação permanece nas mãos dos ministérios nacionais). A Comissão Parlamentar Conjunta é, potencialmente, pelo menos em termos de representatividade, uma fonte legitimidade em nível de *inputs*, mas perde legitimidade, pois apenas opera como uma seleção de Segunda ordem (dos parlamentos nacionais). A mesma ausência de influência é encontrada no Foro Consultativo Econômico-Social, pois o princípio representativo é diluído pelo caráter consultativo das suas recomendações. Portanto, o Mercosul é uma construção realista com uma enorme *asimetria* entre a *representação* dos interesses governamentais e interesses da “sociedade civil” como também entre a força obrigatória das decisões intergovernamentais, pelo modo consensual de votação, que evita o voto majoritário e, portanto, minimalmente supranacional

e a fraqueza da força das decisões das instituições mais representativas (CPC e Foro).

É importante salientar que a Comissão Parlamentar Conjunta tem insistido sempre numa cláusula democrática” para excluir governos não-democráticos do Mercosul e propôs a criação de um Tribunal Permanente de Justiça (Scagliola, 2001: 9, 11). No entanto, vale lembrar que, ao contrário das instituições da CECA que, desde a sua inceptão, revestia um equilíbrio entre interesses intergovernamentais (Conselho) e supranacionais (Comissão e Corte) herdado pela UE, o Mercosul é inteiramente intergovernamental e a proposta do Tribunal desprovida de qualquer força fáctica:

“Así, el rol del ámbito parlamentario en el Mercosur ha quedado, en muchos casos, reducido a una frase hecha en las sucesivas declaraciones presidenciales semestrales ... [...].” “Destacaron la importancia del impulso que la Comisión Parlamentaria Conjunta otorga al proceso de integración y la instaron a proseguir sus esfuerzos como órgano representativo de los Parlamentos de los Esados Partes del Mercosur.” (comunicado, 22.06.01 citado em Scagliola, 2001: 11).

Bibliografia

- Baecker, Dirk (2001) “Why Systems?”, *Theory, Culture & Society* 18 (1): 59-74.
- Charter of Fundamental Rights of the European Union* (2000).
- European Commission (1999). Notis Lebessis and John Paterson, *Improving the Effectiveness and Legitimacy of EU Governance. A possible reform agenda for the Commission*. Forward Studies Unit: CdP (99) 750.
- García, Soledad (ed.) (1993). *European Identity and the Search for Legitimacy*. London/ New York: Pinter.
- Grant, Colin B. (1997a). “Procedures of exclusion and reserves of inclusion in the public spheres” in: *Interfaces* 3 (1997) 3: 91-100.
- Grant, Colin B. (1997b). “Intersubjetividade: Necessidade social ou impossibilidade cognitiva? Uma contribuição ao debate entre Habermas e Luhmann” in: *Princípios. Revista de Filosofia* 4 (1997) 5: 5-27.
- Grant, Colin B. (2000a). “Fictions and realities of the Public Sphere” in: Grant, Colin B. *Functions and Fictions of Communication*. Berne: Lang: 75-88.
- Grant, Colin B. (2000b). “Discursive Democracy as the Political Taming of Globalization? On recent political essays by Jürgen Habermas” in: *Debatte. Review for Contemporary German Affairs* 8 (2001) 2: 133-148.

- Grant, Colin B. (2002). "Porous Communication and Social Complexity" (MS)
- Habermas, Jürgen (1979). *Legitimation Crisis* (tr. Thomas McCarthy). London: Heinemann.
- Habermas, Jürgen (1980). *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- Habermas, Jürgen (1996). *Between facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Tr. William Rehg. Cambridge (MA): MIT Press.
- Habermas, Jürgen (1997). *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen (1998). *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Hobsbawm, Eric (1994).
- Kohler-Koch, Beate (2001). *The Commission White Paper and the Improvement of European Governance* http://www.consuniv.org/post_nice/contributions.html
- Lord, Christopher and David Beetham (2001). "Legitimizing the EU: Is there a 'Post-parliamentary Basis' for its Legitimation?" in: *Journal of Common Market Studies* 39 (2001) 3: 443-462.
- Luhmann, Niklas (1985). *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- Luhmann, Niklas (1993). *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas (2000). *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Official Journal of the European Communities (2000). *Charter of Fundamental Rights of the European Union*. C 364/1
- Parsons, Talcott (1967). *The Social System*. London: Routledge and Kegan Paul.
- Scagliola, Andrés (2001). La Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur
- Teló, Mario (2001). *L'Apport de l'Europe à la Gouvernance Mondiale: Pour un nouveau multilatéralisme*. http://www.consuniv.org/post_nice/contributions.html
- Wallace, Helen (1993). "Deepening and Widening: Problems of Legitimacy for the EC" in: Soledad García (ed.) (1993). *European Identity and the Search for Legitimacy*. London/New York: Pinter: 95-105.
- Weber, Max (1978). *Economy and Society. An outline of interpretive sociology*. (ed. Guenther Roth and Claus Wittich) vol. 2. Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press.
- Westlake, Martin (ed.) (1998). *The European Union beyond Amsterdam. New Concepts of European Integration*. London/New York: Routledge.
- Wolhforth, William C. Clash of Civilizations.
- Wolf, Sebastian Ein Vorschlag zur Beseitigung von Repräsentations- und Legitimationsdefiziten in Rat und Europäischem Parlament" in: *Politische Vierteljahresschrift* 41 (2000) 4: 730-741.