

TÊMIS DESLINGUISTIZADA: sobre uma tentativa de conciliação entre as teorias de Luhmann e Habermas*

DISLINGUISTISED THEMIS: on an attempt to reconcile the theories of Luhmann and Habermas

Pedro Pereira de Sousa Neto**

RESUMO

Trata-se de uma crítica à tentativa empreendida por Marcelo Neves, em seu livro *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, de reelaborar um modelo de Estado Democrático de Direito com base no arcabouço conceitual da teoria dos sistemas e da teoria da ação comunicativa. Utilizando-nos dos métodos dialético e hipotético-dedutivo, pretendemos apontar que o autor, ao se ater às premissas da primeira, rechaçou de início a segunda, comprometendo a consistência de sua obra; e que, ao tentar suprir as deficiências da teoria dos sistemas, no que refere à legitimidade, com a importação de conceitos da teoria da ação comunicativa, ele se enredou em um paradoxo.

Palavras-chave: Estado democrático de direito. Teoria dos sistemas. Teoria da ação comunicativa. Marcelo Neves. Filosofia brasileira.

ABSTRACT

It is a critique of the attempt undertaken by Marcelo Neves, in his book *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, to reconstruct a model of a democratic state based on the conceptual framework of systems theory and the theory of communicative action. Using the dialectical and hypothetical-deductive methods, we want to point out that the author, if you stick to the premises of the first, rejected the second start, compromising the consistency of his work, and that in trying to address the weaknesses of systems theory, in terms of legitimacy, with importing concepts from the theory of communicative action, he became entangled in a paradox.

Keywords: Democratic state of law. Systems theory. Theory of Communicative Action. Marcelo Neves. Brazilian philosophy.

* Baseado em minha comunicação oral no Concurso de Artigos do III Seminário do Diretório Acadêmico Tarcísio Burity, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba; em que ficou em 2º lugar geral.

** Graduando em Direito na Universidade Federal da Paraíba, sob matrícula de nº. 10613945; pós-graduando em Direito Administrativo e Gestão Pública na FPB-UNPB.

INTRODUÇÃO

Em sua obra *Entre Têmis e Leviatã*, Marcelo Neves busca construir, a partir de elementos da teoria dos sistemas de Luhmann e da teoria da ação comunicativa de Habermas, um modelo de fundamentação do Estado Democrático de Direito mais adequado à complexidade e à plurivocidade sociais, e compreender as condições que limitam sua realização. Seu proceder, contudo, parece tender às premissas nucleares da teoria dos sistemas, a luz de que rechaça qualquer contribuição substancial da teoria da ação comunicativa. Nesses termos, pretendemos explicar a construção do modelo de Estado Democrático de Direito, empreendida por M. Neves; explicar as condições para seu implemento; apontar como, nessa construção, ele invalida *prima facie* as premissas da teoria da ação comunicativa, o que compromete sua consistência; e, finalmente, explanar como, em sua tentativa de suprir as deficiências da teoria dos sistemas, o autor enreda-se num paradoxo.

1 ENTRE TÊMIS E LEVIATÃ: PARA A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil, de M. Neves, é um livro produzido com base em pesquisas desenvolvidas na Fundação Alexander von Humboldt na Universidade Johann Wolfgang Goethe, em Frankfurt, e na *London School of Economics and Political Science*, entre 1996 e 1998; e, mais tarde, entre 1998 e 1999, no Instituto de Federalismo da Universidade de Friburgo, na Suíça. Foi publicado originalmente na Alemanha sob o título *Zwischen Themis und Leviathan: Eine schwierige Beziehung*, em 2000; somente em 2006, a obra foi traduzida à nossa língua¹. Para Villas Bôas Filho²,

¹ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. , p. IX-XV.

² VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Entre Têmis e Leviatã: o estado democrático de direito na tensão entre facticidade e validade*. Resenha – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, ano não disponível, p. 1.

O livro retoma e aprofunda temas já tratados em outros livros (sobretudo no intitulado *A constitucionalização simbólica*³, publicado em 1994), em capítulos de obras coletivas e em artigos dispersos por inúmeras publicações especializadas. Trata-se, portanto, de uma obra de síntese que permite reconstruir os principais aspectos do pensamento desse autor.

Nele, o M. Neves propõe “esboçar os elementos de uma teoria dos fundamentos normativos e das condições empíricas do Estado Democrático de Direito”, partindo do “foco de tensão entre o paradigma sistêmico luhmanniano e a teoria habermasiana do discurso”⁴, com o intuito de gerar um melhor relacionamento entre a legitimidade e a eficiência do poder, ou, em sua metáfora, entre Têmis e Leviatã: para o autor, no Estado Democrático de Direito, como invenção da modernidade,

Têmis deixa de ser um símbolo abstrato de justiça para se tornar uma referência real e concreta de orientação da atividade de Leviatã. Este, por sua vez, é rearticulado para superar a sua tendência expansiva, incompatível com a complexidade sistêmica e a pluralidade de interesses, valores e discursos da sociedade moderna.⁵

Nesse sentido, os capítulos iniciais são estruturados como um paralelo entre a teoria dos sistemas e a teoria da ação comunicativa: no *primeiro*, M. Neves vai tratar de seus modelos de evolução social: enquanto Luhmann a elabora em termos de complexificação social e diferenciação funcional, Habermas o faz em termos de desenvolvimento da consciência moral universalista; no *segundo*, serão tratadas as duas diferenças paradigmáticas: Luhmann elabora sua teoria em termos de sistema/ambiente, enquanto Habermas o faz em termos de mundo da vida/sistema; no *terceiro*, o autor trata das diversas concepções de Estado Democrático de Direito: Luhmann o faz em termos de autopoiese do direito, de sua diferenciação com o poder político e da Constituição en-

Disponível em: <<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/orlando2.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2012.

³ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007

⁴ NEVES, 2006, p. XVII.

⁵ *Ibid.*, p. XVIII-XIX.

quanto acoplamento estrutural entre direito e política. Já Habermas o vê como autonomia do direito fundada no procedimento racional.

No *quarto capítulo*, o autor faz a prometida confluência entre as duas teorias na elaboração de um modelo “deontológico”; No *quinto*, M. Neves traça as condições de implemento de seu modelo. Trataremos destes últimos a seguir.

1.1 A escolha das premissas

No início do quarto capítulo, o autor deixa claro que pretende não reunir a teoria dos sistemas e a teoria da ação comunicativa, mas se utilizar do arcabouço conceitual delas para a construção de um modelo de Estado Democrático de Direito coerente com a complexidade e a plurivocidade sociais, bem como entender os limites à sua concretização. Então segue: Luhmann “procura enfatizar sociologicamente o dissenso em torno de conteúdos morais na sociedade moderna. [Já Habermas] discute a construção do consenso mediante procedimentos com potencialidade normativa universal como característica da modernidade”. Ao autor, entretanto, parece que, “antes de orientar-se à construção do consenso, os ‘procedimentos’ servem, discursiva e funcionalmente, à intermediação do dissenso conteudístico” Posto assim,

Embora a contribuição habermasiana sobre o mundo da vida e a ação comunicativa não seja imprestável no que concerne à consideração das esferas de comunicação não estruturadas sistemicamente, afigura-se-me imprescindível a sua releitura à luz da teoria dos sistemas.⁶

É então que o conceito de *mundo da vida*, que para Habermas⁷ denota o mundo entendido intuitivamente como contexto e pano de fundo, é relido como esfera social onde a comunicação é reproduzida através da linguagem natural cotidiana, não de

⁶ *Ibid.*, p. 124-125.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade: doze lições*. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 209.

acordo com a linguagem sistêmica especializada⁸. Já o conceito habermasiano de *esfera pública* – qual seja, o de horizonte de racionalização dos consensos intuitivamente partilhados na práxis do mundo da vida – é relido como um campo de mediação entre o mundo da vida e os diversos subsistemas sociais (economia, ciência, religião etc.), de um lado, e os sistemas político e jurídico de outro; em face dela, o desafio fundamental do Estado Democrático de Direito seria sua estruturação através da canalização e intermediação procedimental (universalista e pluralista) dos enormes conflitos que a caracterizam, de um lado, e a restrição político-jurídica, de outro, das práticas e organizações orientadas à destruição da própria esfera pública (*ibid.*, p. 131-133).

1.2 Do dissenso conteudístico ao consenso procedimental

Apesar dos pressupostos teóricos distintos, tanto Luhmann quanto Habermas associam positividade à realização do Estado Democrático de Direito. O primeiro prega que o dissenso conteudístico torna o procedimento democrático não só uma exigência sistêmico-funcional, mas uma imposição normativa da sociedade moderna; para M. Neves, contudo, este procedimento não se legitimaria senão através de uma esfera pública – no sentido que deu em releitura a Habermas – que lhe dê fundamentação discursiva. Já Habermas prega não só o consenso procedimental, mas também o conteudístico; o autor retruca que ele deixa de vislumbrar os problemas da fragmentação ética do antagonismo de interesses, presentes na esfera pública pluralista: o consenso sobre resultados é eventual e localizado⁹. Resulta ao modelo de M. Neves uma arbitrariedade conteudística, que, além de limitada por *tangled hierarchies*¹⁰, não pode ferir os direitos fundamentais, enquanto requisitos da legitimação procedimental¹¹.

⁸ NEVES, 2006, p. 125.

⁹ *Ibid.*, p. 143-146.

¹⁰ “hierarquias entrelaçadas”: conceito que remonta a Hofstadter e “empregado nesse contexto por Luhmann” (*ibid.*, p. 100, n. 82).

¹¹ *Ibid.*, p. 151-154.

1.3 Soberania de Estado e soberania do povo

Sob o prisma intra-sistêmico, a soberania significa para M. Neves a autonomia funcionalmente condicionada e territorialmente determinada do sistema político em face de interferências religiosas, estamentais e jurídico-positivas (autopoiese da política), bem como a autonomia operacional do sistema jurídico, sob pena de outros códigos pesarem no sistema político. Logo a Constituição, enquanto acoplamento estrutural entre os dois sistemas, pode ser definida como o mecanismo sistêmico da soberania do Estado. Externamente, prefere beber da definição de Habermas, que propõe uma soberania dispersa e que se afirma pluralisticamente nos procedimentos de formação da vontade estatal, enquanto permitem o fluxo de diversas opiniões, valores e interesses. Trata-se de seu universalismo consensual, que M. Neves, como dito, rechaça em favor de seu consenso procedimental¹².

1.4 Igualdade e heterogeneidade

O autor aponta a possibilidade de uma releitura ou reconstrução da formulação aristotélica de igualdade. Na perspectiva sistêmica, igualdade depende da desigualdade. Só quando a igualdade se transforma de forma em princípio é que se pode compreender seu papel específico no direito moderno enquanto sistema autopoietico – tratamento igual como regra; desigual como exceção. Juridicamente, que os casos iguais sejam tratados igualmente; politicamente, que os homens sejam tratados igualmente – princípio da legalidade. O princípio, entretanto, não se restringiria à integração igualitária do sistema: é imprescindível que na esfera pública pluralista tenha-se desenvolvido a idéia de que as diferenças sejam recíproca e simetricamente respeitadas¹³.

1.5 Cidadania

¹² *Ibid.*, p. 159-166.

¹³ *Ibid.*, p. 166-171.

Para o autor, o princípio da igualdade é o núcleo da *cidadania*, esta enquanto pluralidade de direitos exercitáveis contra o Estado, reciprocamente partilhados e em permanente ampliação; não se trata, pois, de um conceito estático. O autor distingue, com base na evolução traçada por Marshall, cinco momentos no desenvolvimento da cidadania: direitos subjetivos privados, direitos subjetivos públicos, Estado Democrático de Direito¹⁴, Estado Democrático e Social de Direito¹⁵ e a instituição dos direitos difusos e coletivos e das discriminações inversas¹⁶.

1.6 Os procedimentos do Estado Democrático de Direito

No eixo da teoria dos sistemas, M. Neves prega que o Estado Democrático de Direito legitima-se problematicamente através da conexão circular e conflituosa entre procedimento eleitoral, legislativo-parlamentar, jurisdicional e político-administrativo: cada um deles dá início a uma circulação de procedimentos, que, por sua vez, gera uma contracirculação por parte dos outros. O *eleitoral* é conceituado como mecanismo seletivo de redução de complexidade e de estruturação de expectativas como programas políticos e modelos de normatização jurídica; dá início, por exemplo, à seguinte contracirculação: debates e atitudes simbólicas por parte do parlamento, controle jurisdicional do procedimento e condições administrativas ao seu bom andamento. O *legislativo-parlamentar* é menos complexo que o eleitoral: enquanto este delimita o campo dos temas predominantes, aquele atua não apenas seletiva, mas também reconstrutivamente; no aspecto da contracirculação, sofre controle jurisdicional assim como formas específicas de condicionamento, como assessorias técnicas, ministeriais e projetos de iniciativa presidenciais, e

¹⁴ A ele concernem direitos subjetivos públicos democráticos (juridificação do processo de legitimação) na forma de direito de voto geral e igual; e do reconhecimento da liberdade de organização das associações políticas e partidárias: princípio da (igual) participação (Rawls). Liberdade-autonomia para liberdade-participação.

¹⁵ A ele concernem a positivação dos direitos sociais, a intervenção compensatória na estrutura de classes e na economia, a política social do Estado e a regulamentação jurídica das relações familiares e educacionais. Trata-se daquilo que Habermas critica como colonização do mundo da vida, apesar de reconhecer que a política social do Estado conduz, paradoxalmente, tanto à privação de liberdade quanto a sua garantia.

¹⁶ *Ibid.*, p. 175-181.

controles do Executivo (o veto, *e. g.*). O procedimento *jurisdicional*, diferente de subordinado às leis – como prega a teoria tradicional do Estado Democrático de Direito, constrói a norma jurídica geral a partir dos sentidos extraíveis do texto legal – *tangled hierarchies* (visíveis, por exemplo, quando se trata de controle jurisdicional de constitucionalidade). Quanto ao Poder Executivo (procedimento *político-administrativo*), aponta-se tradicionalmente para sua subordinação à legalidade e ao controle jurisdicional. Existe, contudo, inegável contracirculação do procedimento político-administrativo em face do legislativo e jurisdicional: o sentido e a relevância da lei ficam condicionados pela prática administrativa; o funcionamento satisfatório do procedimento jurisdicional vincula-se à eficiência da administração, especialmente quanto à segurança pública e, sobretudo, à atividade pericial. Para os dois campos, a alocação eficiente dos recursos pelo Executivo é imprescindível ao bom funcionamento dos procedimentos respectivos. O autor, por fim, aponta a necessidade distinção entre política e administração. Para Habermas, na política importaria sobretudo o discurso ético-político, enquanto a administração concentrar-se-ia no discurso pragmático. Para Luhmann – segundo o autor, quem foi mais sensível ao tema –, através da diferença, a administração é imunizada contra interesses concretos e particulares, impondo-se-lhe que atue conforme diretrizes e princípios com pretensão de generalidade¹⁷.

2 AS CONDIÇÕES PARA O IMPLEMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O modelo de Estado Democrático de Direito não se reproduz perfeitamente na realidade. O autor aduz alguns fatores condicionantes: de um lado, a prevalência progressiva duma ordem mundial com base na economia e na técnica; de outro, a fortificação das etnias locais e dos fundamentalismos. Na metáfora do autor, Leviatã parece impotente, o que dificulta sua relação com Têmis. Ademais, o Estado Democrático de Di-

¹⁷ *Ibid.*, p. 185-193.

reito confronta-se internamente com o problema da crescente indiferença da população em relação tanto ao conteúdo das decisões políticas e normas jurídicas quanto ao significado de seus procedimentos básicos¹⁸. Na modernidade central¹⁹ o problema é, antes de tudo, de heterorreferência do Estado Democrático de Direito. *Externamente*, isso significa a dificuldade de resposta adequada às exigências dos demais sistemas funcionais “e do ‘mundo da vida’”. Segundo M. Neves, a interpretação dada por Habermas como colonização do mundo da vida pelo sistema reduz, de um lado os efeitos danosos da juridificação apenas ao âmbito do mundo da vida, sem considerá-la como um problema de expansão em face de outros sistemas funcionais, e, de outro, restringe o debate dos efeitos colonizadores ao Estado Social. O autor se inclina ao ponto de vista sistêmico, em que o problema diz respeito à observação e à descrição dos efeitos da representação dos efeitos da reprodução conjunta dos códigos político e jurídico no âmbito da organização estatal e em face dos demais subsistemas sociais, que gera desintegração das atividades do Estado sobre a sociedade e vice-versa. *Internamente*, o problema de heterorreferência implica dificuldades de uma relação reciprocamente adequada entre política e direito. O problema deve ser analisado em vista das competências constitucionalmente atribuídas à corte constitucional e à sua sobrecarga com questões estritamente políticas²⁰. Na modernidade periférica, os problemas da realização do Estado Democrático de Direito relacionam-se, antes de tudo, com os limites à auto-referência dos sistemas político e jurídico: bloqueios generalizados à reprodução autônoma de tais sistemas, minando a Constituição como acoplamento estrutural entre ambos e como intermediação sistêmico-procedimental da esfera pública pluralista. A elevada complexidade social e o desaparecimento duma moral conteudístico-hierárquica não foram acompanhadas de uma efetivação suficiente da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional, tampouco da construção duma esfera pública pluralista fundada na generalização

¹⁸ *Ibid.*, p. 215-220.

¹⁹ Para o autor, a bifurcação no desenvolvimento da sociedade moderna conduziu a uma divisão entre centro e periferia, trazendo consequências significativas na reprodução de todos os sistemas sociais, principalmente no político e no jurídico, estatalmente organizados. O autor, contudo, reconhece a limitação dos conceitos, tomando-os por típico-ideais, no dizer weberiano (*ibid.*, p. 226-227.)

²⁰ *Ibid.*, p. 226-235.

institucional da cidadania. Aqui a modernidade constrói-se negativamente como desagregação da consciência moral convencional e a da pré-convencional, sem que daí resulte uma suficiente estruturação da consciência moral pós-convencional e, muito menos, a autonomia da esfera pública²¹.

3 A DIFICULDADE METODOLÓGICA

Num primeiro momento, o autor diz pretender construir um arquétipo ideal de Estado que seja condizente com a complexidade e a plurivocidade sociais, tomando por base o acervo conceitual da teoria dos sistemas e da teoria da ação comunicativa – tidas como inconciliáveis. Apesar de prometer neutralidade quanto à confluência dos pressupostos das duas teorias, com o correr do texto fica claro que sua seleção atende a critérios prefixados: o aumento da legitimidade e a potencialização da efetividade, que, segundo ele, não poderiam se dar num contexto consensualista, pregado por Habermas, por necessariamente sobrecarregar o mundo da vida:

Cabe observar [...] que toda a questão da racionalidade do mundo da vida relaciona-se com a viabilização de situações consensuais. Essa interpretação do mundo da vida em conexão com o conceito estrito de agir comunicativo, orientado para o consenso, reduz a capacidade analítica da contribuição de Habermas para a compreensão da supercomplexa sociedade mundial hodierna e do Estado Democrático de Direito.²²

Esta postura o faz tender à teoria dos sistemas, de que só sai quando necessita suprir suas lacunas quanto à legitimidade sob a perspectiva discursiva, como: na inclusão dos conceitos de mundo da vida e esfera pública, ainda que “purificados” da subjacência co-

²¹ *Ibid.*, p. 236-244. Cf. também: *idem*. Luhmann, Habermas e o Estado de direito. LUA NOVA – REVISTA DE CULTURA E POLÍTICA, São Paulo, n. 37, p. 93-106, jan./jun. 1996. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n37/a06n37.pdf>>. Acesso em: 4 de setembro de 2011.

²² *Id.*, 2006, p. 78. O próprio Habermas nos diz que “Os pressupostos idealizadores sobrecarregam, sem dúvida, a prática comunicativa cotidiana; porém, sem essa transcendência intramundana, não pode haver processos de aprendizagem” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, 1. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 21).

municacional, e na utilização do enfoque habermasiano quanto à soberania, relido sistemicamente como consenso procedimental.

Pois bem. A escolha apriorística pela teoria dos sistemas ocasiona a inconsistência teórica do projeto do autor, que se evidencia quando ele mesmo aponta que a teoria dos sistemas é insuficiente para compreender a legitimidade: Luhmann é de um pensamento há muito superado pela reviravolta linguística, segundo o qual os indivíduos, as instituições e, por fim, as sociedades são encaradas enquanto sistemas constituintes de sentido, em oposição a seu ambiente, e cuja linguagem, apartada da comunicação e da consciência, “serve somente à generalização simbólica de acontecimentos de sentido prévios”, operando “‘no espírito’, antes de toda comunicação”²³ – não há lugar nesta *filosofia do sujeito* para um proceder discursivo direcionado à legitimação normativa. M. Neves tem consciência desse problema, e busca solucioná-lo com a adoção dos conceitos habermasianos de *esfera pública* e *soberania*. No entanto, ao lhes dar nova roupagem sistêmica, paradoxalmente remove as premissas da teoria da ação comunicativa, que lhes explicaria o sentido legitimador.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta de M. Neves é criar, com base nos sistemas filosóficos de Luhmann e Habermas, um modelo adequado à complexidade e à plurivocidade da sociedade moderna, de modo a lhe garantir um poder legítimo e efetivo. Em seu proceder, entretanto, atém-se aos aspectos nucleares da teoria dos sistemas, em detrimento dos da teoria da ação comunicativa; apegando-se, na falha da primeira quanto à legitimação, a conceitos da segunda, mas, paradoxalmente, despidas do contexto em que teriam aquele sentido legitimador.

²³ HABERMAS, 2000, p. 527.

REFERÊNCIAS

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. V. I.

_____. **O Discurso Filosófico da Modernidade: doze lições**. Tradução de Luiz Reppa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. Luhmann, Habermas e o Estado de direito. **Lua nova**, São Paulo, n. 37, p. 93-106, jan./jun. 1996. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n37/a06n37.pdf>>. Acesso em: 4 de setembro de 2011.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Entre Têmis e Leviatã: o estado democrático de direito na tensão entre facticidade e validade**. Resenha – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, p. 1-13, ano não disponível. Disponível em: <<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/orlando2.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2012.