

A CRÍTICA DE JÜRGEN HABERMAS À PROPOSTA DE LEGITIMAÇÃO NA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

“A filosofia deve possibilitar uma vida ‘consciente’ clarificada através de um auto-entendimento reflexivo, uma vida ‘sob controle’ num sentido não disciplinar”. (HABERMAS, 2002b, p. 24).

Amanda Tavares Borges¹

Priscila Mara Garcia²

RESUMO: Para Habermas, A Teoria dos Sistemas de Luhmann (2009) se presta para legitimar o poder. Para Luhmann, a teoria da ação comunicativa e a teoria discursiva de Habermas só podem se afirmar como bem-intencionadas. Ambos os autores travam uma discussão filosófica que tem como pano de fundo o problema da auto-implicação das teorias e das possibilidades de reconstrução ideal da sociedade contemporânea com as pretensões emancipatórias de discursos públicos sob condições ideais (Habermas) ou com a inevitável submissão dos meios de comunicação simbolicamente generalizados (Luhmann). O presente ensaio tem como objetivo problematizar a legitimação do direito a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann em confronto com a Teoria da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas.

Palavras Chaves – Direito, Democracia, Ação Comunicativa, Teoria dos Sistemas.

ABSTRACT: For Habermas, Luhmann's theory of systems (2009) lends itself to legitimate power. For Luhmann, the theory of communicative action and discourse theory of Habermas can only be said as well-intentioned. Both authors waging a philosophical discussion that has as its background the problem of ideal reconstruction self-implication of theories and possibilities of cloth of contemporary society with the emancipatory claims of public discourse under ideal conditions (Habermas) or the inevitable submission media symbolically generalized communication (Luhmann). This paper aims to question the legitimacy of the right from the theory of Niklas Luhmann systems in confrontation with the Theory of Communicative Action Jürgen Habermas.

Keywords - Rights, Democracy, Communicative Action, Systems Theory.

INTRODUÇÃO

Pretende-se com o presente artigo proceder a uma análise direcionada essencialmente à dimensão interna do direito, num estudo baseado na obra de Jürgen Habermas (1992),

¹ Funcionária Pública Estadual. Mestranda e pesquisadora no Programa de Mestrado em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos no Centro Universitário Salesiano/SP. E-mail: <amanda.tavaresborges033@gmail.com>.

² Advogada. Mestranda e pesquisadora no Programa de Mestrado em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos no Centro Universitário Salesiano/SP. E-mail: <priscila.garcia@adv.oabsp.org.br>.

dimensão na qual a tensão entre facticidade e validade é expressa em termos de uma polarização entre a facticidade da coerção e a validade pretendida pelas normas produzidas legitimamente (legitimação do direito), abordando, de um modo circunstancial, os reflexos dessa tensão no plano externo ao direito, no qual ocorre sua articulação com o contexto social mais amplo, que abrange várias dimensões.

A proposta do presente trabalho é estabelecer um diálogo a partir das teorias comparadas desses dois importantes autores do pensamento contemporâneo, sob a metodologia reconstrutiva, de Habermas, e a sistêmica, de Luhmann, e apreender de tais autores o “seu jeito” de abordar a realidade e a correlação de suas teorias com o direito, legitimidade, ou o sistema jurídico como um todo.

No contexto pós-moderno em que vivemos, percebe-se a confluência e, as vezes, paradoxos frente a diferentes perspectivas de abordagem social, o que não minimiza a importância da obra destes dois autores para as ciências humanas e sociais. Isto mostra a importância de não sermos reféns de uma única interpretação, analisando assim as aproximações, contribuições e complementações possíveis das duas teorias analisadas.

Importante ter presente também que a proposta comparativista termina por ajudar na leitura de cada um dos referidos autores, já que no debate entre eles melhor se referenciam os conceitos em virtude mesmo deste “enfrentamento referencial”, por assim dizer, que os conceitos de cada um melhor se definem e delineiam em relação ao outro. No conjunto da produção de cada autor, veremos formas e instrumentos da concepção e interpretação desta realidade, a percepção da realidade jurídica e por fim uma tentativa de estruturação de um quadro teórico sobre a legitimação do direito.

Para ser possível a análise da posição de Habermas no que concerne à relação entre legalidade e legitimidade (da facticidade e validade ao ponto de partida normativo do Direito, onde Habermas retoma a justificação de uma abordagem normativa, frente à abordagem meramente objetivista), deve-se analisar a crítica por ele endereçada ao conceito sistêmico de legitimação proposto por Niklas Luhmann, razão pela partimos para um mapeamento dos aspectos gerais da relação feita por Habermas entre legalidade e legitimidade na sociedade moderna, com uma breve reconstrução dos elementos centrais de sua crítica a Luhmann e sua teoria dos sistemas.

A questão da legitimidade e da legalidade é tratada por Habermas em diversos momentos, tratando-se de uma questão recorrente na análise do direito e do sistema político na sociedade moderna, sendo abordados problemas de legitimação a partir da crítica à perspectiva que reduz a legitimidade à legalidade, analisando também os problemas de

legitimação no Estado moderno de direito. Habermas aborda ainda a questão da legitimidade relacionando-a aos distúrbios patológicos no mundo da vida, e consigna os aspectos essenciais de sua crítica à teoria dos sistemas e às teorias de legitimação de Niklas Luhmann.

Serão também estudados outros artigos que analisam o pensamento de Habermas no tocante à temática da legitimidade, como o texto de Kenneth Baynes que analisa os elementos centrais do livro *Direito e Democracia*, enfatizando o papel que nele desempenha a proposta de um modelo procedimental da democracia centrado na concepção de duas vias de política deliberativa, e William Scheuerman, que em seu artigo “*Between radicalism and resignation: democratic theory in Habermas’s - Between Facts and Norms*”, analisa criticamente a proposta de Habermas de transformação do poder comunicativo em poder administrativo, salientando que no livro de Habermas *Direito e Democracia*, o autor oscilaria entre a teoria democrática radical desenvolvida por Nancy Fraser, e a concepção realista de Bernhard Peters. Marcelo Neves também analisa a questão da legitimidade em Habermas, numa perspectiva comparada com a teoria dos sistemas de Luhmann em seu livro *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e para além de Luhmann e Habermas*, fornecendo uma análise minuciosa das teorias de Habermas e de Luhmann no que concerne ao direito, criticando a pretensão consensualista do modelo normativo do Estado Democrático de Direito.

Por fim, será feita uma breve retomada do mapeamento inicial com vistas a sintetizar os aspectos fundamentais do posicionamento de Habermas e Luhmann.

1 – LEGALIDADE E LEGITIMIDADE NO PENSAMENTO DE JÜRGEN HABERMAS.

“O universo moral, que não possui fronteiras sociais ou históricas, abrange todas as pessoas naturais, em toda sua complexidade histórica e vital; deste modo, a proteção moral refere-se à integridade dos sujeitos completamente individuados. Ao passo que uma comunidade jurídica, localizada no espaço e no tempo, protege a integridade de seus membros, porém, somente na medida em que eles assumem o status de portadores de direitos subjetivos”. (HABERMAS, 1997a, p. 312).

No livro *Direito e Democracia*, Jürgen Habermas resume de forma bastante contundente a problemática relacionada à legitimação das ordens jurídicas modernas que, se por um lado, não pode estar fundada num ethos socialmente compartilhado e baseado em

concepções cosmológicas ou religiosas, tal como ocorria nas sociedades tradicionais, por outro, também não pode reduzir-se à mera legalidade (VILLAS BOAS FILHO, 2008, p. 147).

O posicionamento acima não se restringe somente à obra de Habermas, aparecendo também em escritos anteriores como em *Crise de legitimação no capitalismo tardio* (1973), *Para uma reconstrução do materialismo histórico* (1976) e *Teoria da ação comunicativa* (1981) e que, para além do direito, abrange também o âmbito do poder político que, segundo Habermas (1997a, p. 170 apud VILLAS BOAS FILHO, 2008, p. 147), mantém um nexo interno com o direito, o que o permite afirmar, em termos genéricos, que o direito só se legitima na medida em que há o reconhecimento da autoridade da qual emana.

Habermas (VILLAS BOAS FILHO, 2008, p. 147) enfatiza que, diferentemente do que ocorre com o âmbito do mercado (sistema econômico), que não seria possível de ser legitimado, os sistemas políticos demandam legitimação, entendida em termos de capacidade de reconhecimento do regime político. Assim, segundo Habermas (1975, p. 49 e ss. apud VILLAS BOAS FILHO, 2008, p. 147) quando o sistema político assume sua responsabilidade legitimadora, que outrora repousava na ideologia da livre troca no mercado, as crises econômicas transformam-se imediatamente em crises políticas. Porém, como as crises políticas passam a refletir na verdade conflitos de interesses de classe, os quais, por sua própria natureza, não podem ser generalizáveis, verifica-se um déficit de legitimidade que pode conduzir a uma crise de legitimação do sistema político.

Analisando a crise de legitimação do sistema político, Habermas defende a idéia de autonomia dos cidadãos, afirmando que:

(...) na medida em que os direitos de comunicação e participação política são constitutivos para um processo de legislação eficiente do ponto de vista da legitimação, esses direitos subjetivos não podem ser tidos como os de sujeitos jurídicos privados e isolados: eles têm que ser apreendidos no enfoque de participantes orientados pelo entendimento, que se encontram numa prática intersubjetiva de entendimento. É por isso que o conceito do direito moderno – que intensifica e, ao mesmo tempo, operacionaliza a tensão entre facticidade e validade na área do comportamento – absorve o pensamento democrático, desenvolvido por Kant e Rousseau, segundo o qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da “vontade unida e coincidente de todos” os cidadãos livres e iguais. (HABERMAS, 1997a, p. 53).

Para Habermas, baseado nos ensinamentos de Villas Boas Filho (2008, p. 148), a problemática relacionada à questão da legalidade e da legitimidade não se restringe à esfera do direito, abrangendo também a política, vez que numa sociedade moderna, haveria um nexo funcional recíproco entre essas duas esferas, as quais, como decorrência, para além de suas

funções próprias, apresentariam também funções recíprocas, consistentes na institucionalização do direito por parte do Estado e no fornecimento de meios de organização da dominação por parte do direito.

Essa conjugação de uma análise voltada ao direito com outra direcionada à política tem por objetivo fundamental o Estado Democrático de Direito, no qual haveria a possibilidade de transformação de pautas programáticas originadas no âmbito da ação e da racionalidade voltadas ao mútuo entendimento para o plano da burocracia administrativa do Estado, em princípio indiferente a tais demandas. Trata-se da questão relativa à transformação do poder comunicativo, fundado no mútuo entendimento e oriundo de estruturas de intersubjetividade intacta de comunicação não deformada, em poder administrativo, comandado pelo código do poder, e, portanto, carente de autolegitimação (VILLAS BOAS FILHO, 2008).

William E. Scheuerman (1999) analisa criticamente a proposta de transformação do poder comunicativo em poder administrativo de Habermas, concluindo que o posicionamento de Habermas em seu livro *Direito e Democracia* (1992) teria perdido seu potencial crítico e oscilaria entre a teoria democrática radical desenvolvida por Nancy Fraser e a concepção realista de Bernhard Peters que, a partir de uma crítica aos déficits de realidade da teoria democrática radical, propõe um modelo realista de democracia, no qual a dimensão normativa é significativamente obnubilada, por assim dizer, ofuscada. Essa tensão, segundo Scheuerman, repercutiria na tese da transformação do poder comunicativo em poder administrativo.

Nesse prisma, entende-se então que a posição de Habermas, no que concerne à relação entre legalidade e legitimidade é muito bem elucidada a partir da crítica que ele faz ao conceito sistêmico de legitimação proposto por Niklas Luhmann, razão pela qual, após a realização de um mapeamento dos aspectos gerais da relação feita por Habermas entre legalidade e legitimidade na sociedade moderna, será feita uma breve reconstrução dos elementos centrais de sua crítica ao conceito sistêmico de legitimação, cuja finalidade consiste em elucidar com mais minúcia seu posicionamento acerca desse tema.

2 – HABERMAS E O PROBLEMA DA LEGALIDADE DO DIREITO NA SOCIEDADE MODERNA

“Não me iludo sobre os problemas e estados de ânimo provocados por nossa situação. Todavia, estados de ânimo e filosofias de estado de ânimo melancólicos, não conseguem

justificar o abandono derrotista dos conteúdos radicais do Estado democrático de direito, eu proponho, inclusive, um novo modo de ler esses conteúdos, mais apropriado às circunstâncias de uma sociedade complexa. Caso contrário, eu deveria escolher um outro gênero literário, talvez o do diário de um escritor helenista, preocupado apenas em documentar para a posteridade as promessas não cumpridas de sua cultura decadente” (HABERMAS, 1997a, p. 13 – 14).

Habermas (VILLAS BOAS FILHO, 2008) descreve o direito moderno como um sistema de normas positivas e portanto mutáveis, de caráter impositivo, que, por pretenderem garantir a liberdade, não podem assegurar seu potencial motivacional apenas nas ameaças de sanções institucionais, ostentando assim uma inequívoca pretensão de legitimidade que, entretanto, se por um lado, não pode se confundir com a mera legalidade, por outro, também não encontra mais fundamento num marco legitimatório inquestionável outrora fornecido pela tradição.

Acerca da oposição de Habermas à perspectiva sistêmica de Luhmann, oportuno citar Baynes:

Communication is not reducible to getting someone to believe something. For Habermas, it consists (paradigmatically) in reaching an understanding with someone about something, where “reaching an understanding” draws upon (unavoidable) suppositions constitutive for a weak and fragile (but nonetheless socially effective) form of mutual recognition: To reach an understanding with someone about something implies that one is also prepared to provide warrants for the claims raised with one’s utterances should they be contested and that one recognizes the other as someone who is free to take a Yes / No position with respect to those claims. Communicative reason refers, then, to this rationally binding / bonding illocutionary force present in all communicative action, and “communicative freedom” refers to the fundamental “right” or capacity to take a Yes / No position with respect to any speech-act offer. (BAYNES, 1995, p. 203)³.

Como se pode verificar, Baynes, reconhece a diferença de Habermas em relação a Luhmann, exatamente nos pressupostos do agir comunicativo, que afirmam obrigação do ator de resgatar suas alegações com bons argumentos, frente um interlocutor que pode dizer sim ou não. Por isso a razão comunicativa refere-se à força desta ligação ilocucionária, não expressa, mas pressuposta, presente em toda ação comunicativa.

³ Comunicação não é redutível a conseguir alguém para acreditar em algo. Para Habermas, que consiste (paradigmaticamente) em chegar a um entendimento com alguém sobre algo, em que "chegar a um entendimento" baseia-se em (inevitáveis) suposições constitutivas para uma forma fraca e frágil (mas ainda assim socialmente eficaz) do reconhecimento mútuo: Para chegar a um entendimento com alguém sobre algo implica que cada um também é preparado para fornecer garantias para as alegações formuladas com o próprios enunciados e que poderiam ser impugnadas e que um reconhece o outro como alguém que é livre para tomar uma posição Sim / Não com relação a essas alegações. Razão comunicativa refere-se, então, a esta ligação racional da força ilocutória presente em toda a ação comunicativa, e "liberdade comunicativa" se refere ao "direito" fundamental ou capacidade de tomar um Sim / Não na posição em relação a qualquer ato de fala. (BAYNES, 1995, p. 203). Tradução nossa.

É com base na compreensão da razão comunicativa que Habermas rejeita a posição positivista defendida por Luhmann:

Habermas next turns to the centrally important question of the legitimacy of law: What makes legal authority legitimate? In effect, Habermas advocates a sophisticated version of consent theory (one that depends not on actual or hypothetical consent, but one in which the legal-political order retains roots in processes of communicative sociation). He rejects the legal positivist position, advocated as well by Luhmann, that law is legitimate if it has been enacted in accordance with established legal procedures. At the same time, however, appeal to natural law theory is precluded on the basis of his own commitment to radical democracy. As Habermas puts it, "Nothing is given prior to the citizen's practice of self-determination other than the discourse principle, which is built in the conditions of communicative sociation in general, and the legal medium as such". (...) Habermas's strategy is to show that the legitimacy of law is based on a rationality immanent to law, even though that rationality is dependent on and open to dimensions of (communicative) reason that reach beyond the legal medium. (...) Habermas approaches the question of the legitimacy of legality through a central difficulty in Kant's political thought frequently discussed in the secondary literature. The difficulty is reflected in the question whether Kant is best understood as a natural rights theorist or a social contract theorist. (BAYNES, 1995, p. 206-207)⁴.

Baynes, em sua obra, também aponta as concessões feitas por Habermas à teoria dos sistemas de Luhmann:

(...) Second, the new book assigns to law and the legal community generally a more positive and prominent role in the legitimation process. The first shift results from Habermas's long engagement with Niklas Luhmann's systems theory, the second reflects an increased appreciation for Talcott Parson's identification of the "societal community" (and particularly law) as the primary institutional complex responsible for social integration in highly differentiated and pluralist societies. (BAYNES, 1995, p. 201).⁵

⁴ Habermas aproxima-se da importante questão central da legitimidade da lei: O que faz a autoridade legal legítima? Com efeito, Habermas defende uma versão sofisticada da teoria do consenso (uma que não depende de consentimento real ou hipotético, mas uma em que a ordem jurídica-política mantém raízes em processos comunicativos de associação). Ele rejeita a posição positivista jurídico, defendida bem por Luhmann, que a lei é legítima se tiver sido aprovada em conformidade com os procedimentos legais estabelecidos. Ao mesmo tempo, no entanto, recorrer à teoria da lei natural é excluída com base no seu próprio compromisso com a democracia radical. Como Habermas coloca: "Nada é dado antes da prática do cidadão de autodeterminação que não seja o princípio do discurso, que é construído nas condições de comunicativa de associação em geral, e o meio jurídico como tal". (...) A estratégia de Habermas é mostrar que a legitimidade da lei é baseada em uma racionalidade imanente à lei, apesar de que a racionalidade é dependente e aberta a dimensões de (comunicativa) razão e que ultrapassam o meio legal. (...) Habermas aborda a questão da legitimidade da legalidade através de uma dificuldade central no pensamento político de Kant frequentemente discutido na literatura secundária. A dificuldade é refletida na questão de saber se Kant é melhor entendido como um teórico do direito natural ou um teórico contrato social. (Baynes, 1995, p. 206-207). Tradução nossa.

⁵ (...) Em segundo lugar, o novo livro atribui à lei e à comunidade jurídica em geral um papel mais positivo e de destaque no processo de legitimação. Os resultados do primeiro turno de noivado longo de Habermas com a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, o segundo reflete uma maior valorização para a identificação de Talcott Parson da "comunidade social" (e particularmente lei) como o complexo institucional principal responsável para a integração social em sociedades altamente diferenciadas e pluralistas. (BAYNES, 1995, p. 201). Tradução nossa.

De acordo com Villas Boas Filho, em termos bastante gerais, pode-se afirmar que a problemática da legitimação do direito moderno, tal como Habermas a identifica, decorre da impossibilidade de fundamentá-lo tanto a partir de cosmovisões e de concepções de mundo baseadas num *ethos* socialmente compartilhado, tal como ocorria nas sociedades tradicionais, quanto no direito natural, visto como sucedâneo pós-tradicional da fundamentação da legitimidade do direito num contexto marcado pela desagregação da eticidade socialmente impositiva.

Habermas (1998, p. 144) enfatiza justamente que o direito natural de base racional expressa uma nova etapa – pós-tradicional – da consciência moral, que liga o direito moderno a princípios, assentando-o no terreno da racionalidade procedimental.

A esse respeito, é importante notar que Habermas (1997) aponta uma homologia entre as estruturas da consciência moral individual e as da identidade coletiva, de modo que, baseando-se no modelo elaborado por Lawrence Kohlberg para a análise do desenvolvimento da consciência moral, estruturado em três níveis (pré-convencional, convencional e pós-convencional) propõe um quadro (HABERMAS, 1999) no qual no plano da consciência moral pré-convencional corresponderia um direito de tipo revelado, no plano convencional corresponderia um direito de tipo tradicional e no plano pós-convencional corresponderia um direito formal ou positivo:

La moral y el derecho no están separados en la primera fila del esquema y en la segunda sólo lo están por una línea de trazos, para indicar así el proceso de diferenciación que sólo en el nivel post convencional conduce a una separación de moralidad y legalidad. En la etapa en que la conciencia moral se rige por principios, la moral queda desinstitucionalizada hasta el punto de que sólo puede quedar anclada ya en el sistema de la personalidad en calidad de control interno del comportamiento. En esa misma medida, el derecho se transforma en un poder externo, impuesto desde fuera, hasta el punto de que derecho coactivo moderno, sancionado por el Estado, se convierte en una institución desconectada de los motivos éticos de aquellos para quienes rige el sistema de normas. Esta evolución es parte de la diferenciación estructural del mundo de la vida, en ella se refleja la automatización de los componentes sociales del mundo de la vida, es decir, del sistema institucional, frente a la cultura y a la personalidad, así como la tendencia que conduce a que los órdenes legítimos dependan cada vez más de procedimientos formales de creación y justificación de las normas. (HABERMAS, 1999, p. 247, fig. 26)⁶

⁶A moralidade e a lei não estão separados na primeira fila do seguinte esquema, na segunda eles estão distintos apenas por uma linha tracejada para indicar o processo de diferenciação que só no nível do pós-convencional leva a uma separação da moralidade e legalidade. O estágio de consciência moral é governado por princípios, a moral se desinstitucionalizou a tal ponto que ela só pode ser já enraizada no sistema personalidade como controle interno de comportamento. Nessa medida, a lei torna-se um poder externo, imposta de fora, até o ponto que a lei coercitiva moderna sancionada pelo Estado, a instituição torna-se desconectada dos fundamentos éticos para aqueles sistemas de governo padrões. Este desenvolvimento é parte da diferenciação estrutural do mundo da vida, ela automatizar os componentes sociais do mundo da vida, ou seja, o sistema institucional se reflete fora da

Apresenta-se na sequência, com tradução nossa, o quadro da figura 26:

Níveis da consciência moral	Categorias relativas ao lado cognitivo da interação	Éticas	Tipos de Direito
Pre-convencional	Expectativas particularistas de comportamento	Ética mágica	Direito revelado
Convencional	Norma	Ética da lei	Direito tradicional
Pós-convencional	Princípio	Ética da intenção e ética da responsabilidade	Direito formal

Como enfatiza Neves,

(...) essa tipologia, além de influenciada pelo modelo de desenvolvimento da consciência moral, formulado pela psicologia cognitiva, utiliza-se reconstrutivamente da concepção weberiana dos níveis de desenvolvimento do direito em termos de sua progressiva racionalização. Nesse sentido, pode acrescentar-se um outro nível, o ‘direito deduzido’, que precede à positivação, mas como esse também se fundamenta em princípios, pode ser incluído como um primeiro estágio do nível pós-convencional (NEVES, 2006, p. 53).

Ressalte-se ainda que, para Habermas, as interpretações e fundamentos de legitimação inquestionáveis fornecidos pelo enquadramento institucional de sociedades tradicionais pré-capitalistas são explodidos pelo advento do modo capitalista de produção, que, ao permitir uma expansão ilimitada dos sistemas do agir racional com respeito a fins, estoura o marco legitimatório até então imposto por cosmovisões míticas religiosas ou metafísicas e num contexto em que não é mais possível definir as expectativas recíprocas de comportamento a partir a partir de normas fundadas num *ethos* socialmente compartilhado, legitimado em última análise pelo enquadramento institucional, também o direito deixa de poder recorrer a fundamentos dessa natureza (VILLAS BOAS FILHO, 2008):

A expressão “sociedade tradicional” refere-se à circunstância de que o marco institucional repousa sobre o fundamento legitimatório inquestionado contido nas interpretações míticas, religiosas ou metafísicas da realidade no seu conjunto - tanto do cosmos como da sociedade. As sociedades “tradicionais” só existem enquanto a evolução dos subsistemas da ação racional dirigida a fins se mantém dentro dos

cultura e personalidade, bem como a tendência leva às ordens legítimas depender casa novamente procedimentos formais de regras de criação e justificação. (HABERMAS, 1999, p. 247, 26 fig.). Tradução nossa.

limites da eficácia legitimadora das tradições culturais. Isto origina uma “superioridade” do marco institucional, superioridade que certamente não exclui reestruturações induzidas por um potencial excedente das forças produtivas, mas exclui sim a dissolução crítica da forma tradicional da legitimação. (HABERMAS, 1994, p. 62).

O que Habermas pretende salientar é que o direito não se sustenta apenas em termos de imposição arbitrária, pois mesmo que vise apenas a mascarar relações de imposição arbitrária, pois mesmo que vise apenas a mascarar relações de dominação política, sempre ostenta uma inequívoca pretensão de legitimidade que, ao lado da imposição fática, também é constitutiva da sua validade. (VILLAS BOAS FILHO, 2008).

A conjugação da dimensão referente à imposição fática com a dimensão da legitimidade é enfatizada por Habermas:

Por isso, o autor poderá atribuir a uma prescrição juridicamente válida o *status* de um fato com consequências prognosticáveis ou a obrigatoriedade deontológica de uma expectativa normativa de comportamento. O curioso é que a validade jurídica de uma norma significa apenas que está garantida, de um lado, a legalidade do comportamento em geral, no sentido de uma obediência à norma, a qual pode, em certas circunstâncias, ser imposta por meio de sanções e, de outro lado, a legitimidade da própria regra, que torna possível em qualquer momento uma obediência à norma por respeito à lei (HABERMAS, 1997a, p.52)

Nesse contexto, coloca-se internamente ao sistema de direitos a tensão entre facticidade da coerção inerente às regras jurídicas e a pretensão de legitimidade ostentada pelas mesmas. Trata-se da conjugação de duas dimensões inerentes ao direito, uma vez que os destinatários aos quais as normas se impõem coercitivamente são também os seus autores. (VILLAS BOAS FILHO, 2008).

Como enfatiza Habermas:

A validade social de normas do direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. Ao contrário da validade convencional dos usos e costumes, o direito normatizado não se apoia sobre a facticidade artificial da ameaça de sanções definidas conforme o direito e que podem ser impostas pelo tribunal. Ao passo que a legitimidade de regras de mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais. (HABERMAS, 1997b, p. 50-51).

Sobre a problemática da legitimação do direito, Horkheimer (2002) identificou os “princípios do sendo comum como verdades evidentes por si mesmas, reconciliando assim o empirismo com a metafísica racionalista”:

Destituído do seu fundamento racional, o princípio democrático torna-se exclusivamente dependente dos chamados interesses do povo, e estes são funções das forças econômicas cegas ou mais do que conscientes. Não oferecem quaisquer garantias contra a tirania. No período do sistema de livre mercado, por exemplo, as instituições baseadas na idéia dos direitos humanos foram aceitas por muita gente como um bom instrumento de controle do governo e manutenção da paz. Mas se a situação muda, se poderosos grupos econômicos acham útil estabelecer uma ditadura e abolir a regra da maioria, nenhuma objeção fundada na razão pode se opor à sua ação. Se eles têm uma real oportunidade de êxito, seriam simplesmente tolos de não aproveitá-la. (...) Uma vez que o fundamento filosófico da democracia desmoronou, a afirmação de que a ditadura é má só é válida racionalmente para aqueles que não são seus beneficiários, e não existe obstáculo teórico para a transformação desta afirmação em seu oposto. (HORKHEIMER, 2002, p. 33).

Sobre a tensão entre a facticidade da coerção inerente às regras jurídicas e sua pretensão de legitimidade, tendo-se em vista que os destinatários aos quais as normas se impõem coercitivamente são também os seus autores, Horkheimer critica a democracia e sua forma de legitimação do direito baseada na soberania da opinião popular majoritária, sob a pecha de que “a propaganda científica faz da opinião pública um simples instrumento de forças obscuras”, estando assim a legitimação das normas viciada:

O princípio da maioria, na forma de veredictos populares sobre todo e qualquer assunto, implementado por toda espécie de escrutínios e modernas formas de comunicação, tornou-se a força soberana à qual o pensamento tem de prover. É um novo deus, não no sentido em que os arautos das grandes revoluções o conceberam, isto é, como um poder de resistência à injustiça existente, mas como um poder de resistência a qualquer coisa que não se acomode. Quanto mais o julgamento do povo é manipulado por toda espécie de interesses, mais a maioria é apresentada como árbitro da vida cultural. Presume-se que justifique os representantes da cultura em todos os seus domínios, até os produtos de arte e literatura que enganam as massas. Quanto mais a propaganda científica faz da opinião pública um simples instrumento de forças obscuras, mais a opinião pública surge como um substitutivo da razão. Esse ilusório triunfo do progresso democrático consome a substância intelectual da qual tem vivido a democracia. (HORKHEIMER, 2002, p. 35).

Essa posição de Horkheimer é rejeitada por Habermas no livro *Mudança Estrutural da Esfera Crítica*.

Analisando sob a perspectiva de donexo causal entre liberdades privadas subjetivas e autonomia dos cidadãos, Habermas retoma inicialmente o encaminhamento dado a essa problemática por Rosseau e Kant, no que tange à relação entre autonomia privada e autonomia pública, enfatizando que Rousseau, por estar ligado à tradição republicana, teria interpretado a idéia de autolegislação mais na linha ética do que na moral, considerando a autonomia como a realização consciente da forma de vida de um povo concreto, enquanto que

Kant, considerado por Habermas mais próximo de uma concepção liberal, teria subordinado o direito à moral, o que seria inconciliável com a idéia de uma autonomia que se realiza no *medium* do próprio direito:

De um ponto de vista geral, Kant sugeriu um modo de ler a autonomia política que se aproxima mais do liberal, ao passo que Rousseau se aproximou mais do republicano. Kant extrai o “princípio geral do direito” da aplicação do princípio moral a “relações externas” e inicia sua doutrina do direito com o direito a liberdades subjetivas iguais, equipadas com a permissão de coerção, a qual compete ao homem “graças à sua humanidade” (...) Kant não interpretou a ligação da soberania popular aos direitos humanos como restrição, porque ele partiu do princípio de que ninguém, no exercício de sua autonomia como cidadão, poderia dar a sua adesão a leis que pecam contra sua autonomia privada garantida pelo direito natural. Por isso, era preciso explicar a autonomia política a partir do nexos interno entre a soberania do povo e os direitos humanos. (...) Rousseau parte da constituição da autonomia do cidadão e introduz *a fortiori* um nexos interno entre a soberania popular e os direitos humanos. (HABERMAS, 1997a, p. 134-139).

Nesse sentido, Baynes (1995) enfatiza que a co-originalidade entre o sistema de direitos e o princípio da democracia permitiria superar os impasses encontrados por Rousseau e Kant. Segundo ele, dessa co-originalidade ou “equiprimordialidade” decorre o fato de que o sistema de direitos não pode ser reduzido nem a uma perspectiva moral, tal como a que aparece em Kant, nem a uma leitura ética da soberania popular, tal como ocorre em Rousseau, uma vez que a autonomia privada dos cidadãos não se coloca nem acima nem abaixo da autonomia política:

Although the legal form is conceptually linked to the idea of subjective rights, it alone cannot ground any specific right. A system of rights can be developed only if and when the legal form is made use of by the political sovereign in an exercise of the citizens public autonomy. This public autonomy in the last analysis refers back to the discourse principle which implies the “right” to submit only to those norms one could agree to in a discourse. Of course, in connection with the principle of discourse this “right” has only the “quasi-transcendental” status of a communicative act and does not carry with it any coercive authorization. It can acquire a coercive authorization only when, as the principle of democracy, it is realized in the legal medium together with a system of rights. Habermas hopes in this way to have reconciled democracy and individual rights in a manner that does not subordinate either one to the other. “The system of rights can be reduced neither to a moral reading of human rights (as in Kant and the tradition of natural rights) nor to an ethical reading of popular sovereignty (as in Rousseau and some communitarians) because the private autonomy of citizens must neither be set above nor made subordinate to their political autonomy”. Rather, the co-originality or “equiprimordiality” of the system of rights and the principle of democracy, which also reflects the mutual presupposition of citizens public and private autonomy, is derived from this “interpenetration” of the legal form and the “quasi-transcendental”

discourse principle that “must” occur if citizens are to regulate their living together by means of positive law (BAYNES, 1995, p. 210)⁷

Para Habermas, (VILLAS BOAS FILHO, 2008), ambas perspectivas, por estarem inscritas no quadro da filosofia da consciência, não seriam capazes de conciliar adequadamente a autonomia pública e a privada, passando, ademais, ao largo “da força de legitimação de uma formação discursiva da opinião e da vontade, na qual são utilizadas as forças ilocucionárias do uso da linguagem orientada pelo entendimento, a fim de aproximar razão e vontade – e para chegar a convicções nas quais todos os sujeitos singulares podem concordar entre si sem coerção.

Essas tomadas de posição são indicativas de que o consenso é precário e guarda sempre em si a possibilidade do dissenso. (...) O sujeito é livre para dizer sim ou não, mas ao dizer “sim” ou “não” tem que assumir o ônus argumentativo da dimensão ilocucionária de seu ato de fala. A questão que Habermas (1997a) se coloca é a seguinte: como é possível surgir ordem social a partir de processos de formação de consenso que se encontram ameaçados por uma tensão explosiva entre facticidade e validade? Com essa pergunta ele assume o risco do dissenso, sempre presente, no próprio mecanismo de entendimento. (VANZELLA, 2015).

Para Habermas, a democracia não diz respeito somente ao sistema político, mas à sociedade inteira; o espaço público não se limita às esferas de debates institucionalizados (parlamentos, universidades, tribunais...), mas cobre uma publicidade largamente informal. O poder comunicativo toma forma e circula na sociedade, suscetível de influenciar os poderes políticos e administrativos; a comunicação abre um espaço de discussão e liberdade em que os hábitos sociais e as representações convencionais podem ser questionados e sua aceitabilidade posta à prova. (DUPEYRIX, 2012).

⁷ Embora a forma jurídica seja conceitualmente ligada à idéia de direito subjetivo, ela sozinha não pode fundamentar qualquer direito específico. Um sistema de direitos pode ser desenvolvido apenas se e quando a forma jurídica fizer uso do poder soberano e político em um exercício de autonomia dos cidadãos públicos. Esta autonomia pública, em última análise, remete para o princípio do discurso que implica o "direito" de apresentar apenas a essas normas se pudessem concordar com um discurso. Claro que, em conexão com o princípio do discurso, este "direito" tem apenas o *status* de "quase transcendental" de um ato comunicativo e não leva com ele qualquer autorização coercitiva. Pode adquirir uma autorização coercitiva somente quando, como o princípio da democracia, se realiza no meio jurídico em conjunto com um sistema de direitos. Habermas espera desta forma ter reconciliado democracia e os direitos individuais de forma a não subordinar um para o outro. "O sistema de direitos não pode ser reduzido nem a uma leitura moral dos direitos humanos (como em Kant e da tradição dos direitos naturais) nem para uma leitura ética da soberania popular (como em Rousseau e alguns comunitaristas), porque a autonomia privada dos cidadãos não deve nem ser superior nem subordinada a sua autonomia política". Em vez disso, a co-originalidade ou "equiprimordialidade" do sistema de direitos e do princípio da democracia, o que também reflete o pressuposto mútuo dos cidadãos, a autonomia pública e privada é derivada dessa "interpenetração" da forma jurídica e da "quase- transcendental princípio do discurso" que devem "ocorrer se os cidadãos estão a regular a sua vida em conjunto por via do direito positivo. (BAYNES, 1995, p. 210). Tradução nossa.

A legitimidade do direito apoia-se, então, num arranjo comunicativo. O ponto de partida são os direitos que os cidadãos têm que atribuir uns aos outros, caso queiram regular legitimamente sua convivência com meios do direito positivo. Os participantes do direito devem poder examinar, então, se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. (VANZELLA, 2015).

Habermas afirma que as formas de comunicação que tornam possível a formação discursiva de uma vontade política racional demandam uma institucionalização política que somente é obtida a partir da transformação do *princípio do discurso* (HABERMAS, 1997a; 1997b) no princípio da democracia. Num tal contexto, a legitimação do direito aparecerá como a expressão do processo racional de formação da opinião e da vontade. É certo que isso obviamente pressupõe que as estruturas da sociedade civil e da esfera pública política não tenham sido contaminadas pelos imperativos sistêmicos que emergem da administração (política) e da economia (mercado).

É preciso um “mundo da vida” e uma “esfera pública” não colonizados pela racionalidade com respeito a fins, que é própria do âmbito dos sistemas. (MARTUCCELLI, 1999).

Note-se que o direito somente pode funcionar como transformador de poder comunicativo em poder administrativo porque, em razão de características próprias, aparece como uma instância mediadora entre o plano dos sistemas (que Habermas associa essencialmente ao mercado e ao Estado) e o mundo da vida. Assim, Habermas (1997a) enfatiza a “posição dupla” ocupada pelo direito que, em razão disso, faz a mediação entre um mundo da vida, reproduzido através do agir comunicativo, e sistemas sociais funcionais, que formam mundos circundantes uns para os outros. (VILLAS BOAS FILHO, 2008).

SCHEUERMAN (1999) aponta a influência da distinção entre “público fraco” (*weak public*) e “público forte” (*strong public*), formulada por Nancy Fraser, no argumento de Habermas.

For Fraser, weak publics are those unburdened by immediate task of formal decision making, whereas strong publics (most importantly, elected legislatures) are those 'whose discourse encompasses both opinion formation and decision making'. In both chapter 4 and chapter 7 of *Between Facts and Norms*, Habermas reproduces this formulation: for him, as for Fraser, parliament at times is conceived as an extension of the deliberative networks constitutive of civil society, as an organized middle point or focus of a society-wide network of communication' (SCHEUERMAN, 1999, p. 159-161).⁸

⁸ Para Fraser, públicos fracos são aqueles aliviados por tarefa imediata de tomada de decisão formal, enquanto os públicos fortes (o mais importante, as legislaturas, os eleitos) são aqueles "cujo discurso abrange tanto a

De acordo com Nobre e Terra (2008, p. 159), trata-se do que esses comentadores de Habermas denominam de “modelo de democracia deliberativa de duas vias” (“two-track modelo of deliberative democracy”). Segundo Baynes (1995), o modelo de democracia deliberativa de duas vias estaria estruturado a partir de uma espécie de “divisão de trabalho” entre o “público fraco”, consistente de comunicações localizadas na sociedade civil, e pelo “público forte”, consistente nos parlamentares e outras instituições formalmente organizadas do sistema político. Nessa “divisão do trabalho”, caberia ao “público fraco” assumir a responsabilidade central pela identificação e interpretação dos problemas sociais, enquanto que ao “público forte” incumbiria a responsabilidade pela filtragem das demandas, por meio de procedimentos parlamentares, e a tomada de decisões.

Distinção semelhante é feita por Bernhard Peters entre centro (parlamento, administração e judiciário) e periferia (redes periféricas compostas por associações e organizações, redes comunicativas, etc.) do sistema político, que também é utilizada por Habermas no capítulo VIII de *Direito e Democracia*. Porém, conforme enfatiza Scheuerman (1999), a ênfase da análise de Peters está no centro do sistema político, o que faz com que sua apropriação por Habermas gere um enfraquecimento do significado da democracia deliberativa.

Peters argumenta abertamente que o centro político ganha estado de independência inevitável em relação à periferia. Habermas aceita este ponto de vista, sem mostrar preocupação para suas implicações para a política democrática, no que o autor descreve como “política normal”.

A autonomização (*Verselbständigung*) do centro em relação à periferia é inevitável ao considerar a complexidade da vida social moderna (HABERMAS, 1996, 1992): na maioria das vezes, os tribunais tomam decisões, as burocracias preparam leis e decretos, as organizações partidárias organizam campanhas eleitorais, e os clientes influenciam seus administradores, e a sociedade civil é deixada de lado. Com efeito, não só a sociedade civil, mas até mesmo os elementos do "centro" mais intimamente ligados à sociedade civil, perdem o lugar central que lhes é atribuído na teoria democrática tradicional: "o poder e a iniciativa de colocar os problemas na ordem do dia e, em seguida, decidir sobre eles, recai sobre o governo

formação de opinião, quanto a tomada de decisão". Em *Direito e Democracia*, entre a Facticidade e Validade, Habermas reproduz esta formulação: para ele, como para Fraser, o parlamento em laços é concebido como uma extensão das redes deliberativas constitutivas da sociedade civil, como um "ponto médio organizado ou um foco de uma rede em toda a sociedade da comunicação" (SCHEUERMAN, 1999, p. 159-161). Tradução nossa.

e administração, em maior medida do que o complexo parlamentar em momentos de normalidade política". (SCHEUERMAN, 1999, p. 165).

Portanto, é a partir da análise que se orienta segundo o duplo enfoque, que conjuga sistema e "mundo da vida", que Habermas propõe uma solução para a problemática da legitimação do direito numa sociedade que, tal como a moderna, é caracterizada por uma moral pós-convencional e pela multiplicidade de visões de mundo irreconciliáveis entre si. Essa solução, entretanto, pressupõe a força integradora que emana do poder comunicativo, cujas demandas normativas devem migrar, por intermédio do direito, para o plano sistêmico, cujos códigos especializados são surdos para a linguagem coloquial que circula no "mundo da vida". (VILLAS BOAS FILHO, 2008, p. 159).

3 - A CRÍTICA DE HABERMAS À PROPOSTA DE LEGITIMAÇÃO NA TEORIA DOS SISTEMAS DE LUHMANN

*"O que o Senhor está fazendo, está tudo errado, mas tem qualidade." (J. Habermas sobre Niklas Luhmann)
 "E, o quê, tem atrás disso? Atrás disso, tem nada!"
 (N. Luhmann sobre a teoria dos sistemas sociais)
 "As seguintes investigações arriscam a transição a um conceito de sociedade radicalmente anti-humanista, radicalmente anti-regionalista e anti-radical construtivista"
 (N. Luhmann: Gesellschaft der Gesellschaft).⁹*

Em *Direito e Democracia*, Habermas critica a teoria dos sistemas de Luhmann enfatizando o caráter auto-referencial que a mesma atribui aos subsistemas funcionais, dentre os quais o direito, a fim de realçar a problemática relativa à legitimação de um direito que, encapsulado autopoieticamente, não pode procurar senão em si mesmo a possibilidade de sua validação legítima.

De acordo com a teoria dos sistemas de Luhmann, o esquema *input / output* se dirige à relação mais específica entre sistemas e sistemas-no-meio, pressupondo que esse sistema

⁹ Disponível em:

<

desenvolva uma elevada indiferença em relação ao meio, de tal modo que não é o meio que pode decidir quais fatores determinantes propiciam o intercâmbio, mas somente o sistema:

No esquema *input / output*, visto sem muita minúcia, existem duas variantes: a primeira extrai seus estímulos a partir de um modelo matemático ideal, no qual o sistema transforma uma configuração de inputs segundo as diretrizes de um modelo. O fundamental, aqui, é que essa transformação é decidida estruturalmente. Fala-se, então, em máquinas no sentido real, ou em máquinas, no sentido de funções matemáticas: transformação de *inputs* em *outputs*. Como se pode observar trata-se de um modelo formal, no qual a inputs com funções iguais correspondem outputs iguais. Este esquema foi caracterizado como modelo de máquina ou de fábrica, e daí a crítica acirrada de que a Teoria dos Sistemas seja um modelo tecnocrático que não é capaz de dar conta da complexidade multifacetada das realidades sociais. (LUHMANN, 2009, p. 64).

Habermas ressalta que, numa perspectiva como a de Luhmann, “o direito tem que deduzir sua validade de modo positivista, a partir do direito vigente; ele lança fora todas as pretensões de legitimidade que ultrapassam esse nível” (HABERMAS, 1997b, p. 76):

Sob a descrição de um sistema autopoiético, o direito marginalizado narcisisticamente só pode reagir a problemas próprios, que podem, quando muito, ser provocados a partir de fora. Por isso, ele não pode levar a sério nem elaborar problemas que oneram o sistema da sociedade *como um todo*. Ao mesmo tempo, ele precisa, de acordo com sua constituição autopoiética, desempenhar todas as tarefas, servindo-se de fontes produzidas por ele mesmo. O direito tem que deduzir sua validade de modo positivista, a partir do direito vigente; ele lança fora todas as pretensões de legitimidade que ultrapassam esse nível, como se pode ver, segundo Luhmann, no processo judicial. Não há um *output* que o sistema jurídico pudesse fornecer na forma de normatizações: são-lhe vedadas intervenções no mundo circundante. Nem há um *input* que o sistema jurídico receba na forma de legitimações: o próprio processo político, a esfera pública e a cultura política formam mundos circundantes, cujas linguagens o sistema jurídico não entende. O direito produz para seus mundos circundantes o som que pode, quando muito, induzir os sistemas à variação de suas próprias ordens internas, para os quais o direito constitui, por seu turno, um mundo circundante. (HABERMAS, 1997a, p. 76).

Luhmann (VILLAS BOAS FILHO, 2008, p. 161) não apenas assume essa premissa como crítica Habermas por não fazer o mesmo. Segundo ele, Habermas procura sustentar a validade do direito numa legitimação de cunho normativo que, ao se fundamentar numa ética do discurso, acabaria por pressupor uma ficção legal cuja experimentação empírica seria altamente questionável.

Em todo caso, cabe ressaltar que segundo Luhmann, Habermas insistiria na qualificação normativa da validade legal, apoiando-se no argumento de que somente dessa maneira os sistemas político e jurídico poderiam ser legitimados. Essa estratégia, à primeira vista plausível, somente cumpre sua pretensão apoiando-se numa “ética do discurso”, cuja

premissa básica estaria expressa na fórmula segundo a qual “válidas são as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (princípio do discurso), que consistiria num critério que não pode ser testado no foro jurisdicional, ou seja, que não seria “justiciável”, não sendo, portanto, passível de utilização pelo sistema jurídico, de modo a figurar como simples ficção legal. (LUHMANN, 2004).

Segundo Marcelo Neves (2001), o conceito de legitimação procedimental está mais adequado na modernidade com relação aos modelos de Habermas e Luhmann, porque ambos associam a positividade do direito à realização do Estado Democrático de Direito. Nestes modelos, a positividade com a autonomia do direito só é aceitável mediante o desaparecimento da moral (que é enfatizada no modelo habermazeano). Tendo reconhecido a pluralidade dos valores, Habermas interpreta a racionalidade discursiva ou procedimental do Estado Democrático de Direito como forma de construção de consenso na esfera pública.

Por sua vez, Luhmann (1983a) “interpreta os procedimentos eleitoral, legislativo, judicial e administrativo do Estado de Direito como mecanismos funcionais de seleção, filtragem e imunização das influências contraditórias do meio ambiente sobre os sistemas político e jurídico” (NEVES, 2001, p. 143).

Ao analisar as afirmativas e as objeções dos modelos de Habermas e Luhmann, Marcelo Neves conclui que: “(...) o Estado Democrático de Direito, diante de uma esfera pública pluralista, legitima-se enquanto é capaz de, no âmbito político-jurídico da sociedade supercomplexa da contemporaneidade, intermediar consenso procedimental e dissenso contudístico e, dessa maneira, viabilizar e promover o respeito recíproco às diferenças, assim como a autonomia das diversas esferas de comunicação”. (NEVES, 2001, p. 154).

Cabe também ressaltar que Luhmann (1983b) considera que a solução dada por Habermas é uma forma de encobrir, por meio da teoria do discurso, o paradoxo da auto-referência, que estaria na base do sistema jurídico. Ao se referir a uma tradição que perpetua a idéia de que o essencial da coexistência social poderia ser representado por razões boas e convincentes, que viriam sob a forma de *topoi* (entendidos como figuras temporal, objetiva e socialmente generalizadas do sentido que poderiam servir para encontrar argumentos para ampliar a comunicação), Luhmann (2001) ressalta que essa perspectiva, influenciada por Habermas, assenta-se sobre discursos de fundamentação racional.

Contudo, Luhmann se pergunta em que essa perspectiva se distinguiria da tópica? Segundo ele, a inovação consistiria no fato de Habermas ter interrompido a busca de fundamentos sólidos, “procedimentalizando” o problema. Assim, a carga de justificação teria

sido deslocada em direção à regra do discurso, assumindo-se a partir de argumentos. No entanto, tratar-se-ia de uma inovação pouco frutífera, na medida em que a questão da generalização continuaria a ser a que efetivamente importaria. (VILLAS BOAS FILHO, 2008).

A esse respeito, o que continua a ocorrer é sempre a exclusão, desconhecimento ou mascaramento do paradoxo numa regra procedimental de autocorreção. Porém, como não pode existir uma regra procedimental que exclua o paradoxo (consistente no fato de bons argumentos poderem sempre produzir maus resultados), essa suposta inovação estaria situada abaixo do nível de indagação que interessa à teoria dos sistemas. (VILLAS BOAS FILHO, 2008, p. 161).

Luhmann (1983b) reconhece os elementos que, segundo ele, constituiriam as duas grandes teorias reflexivas no sistema do direito moderno: de um lado, o positivismo, ligado ao tema das fontes do direito, e, de outro, o racionalismo, arraigado às questões de princípio. As duas teorias, segundo ele, padeceriam de déficits que comprometeriam a capacidade de descrição adequada da unidade do sistema jurídico. No caso do racionalismo, esse déficit se manifestaria no momento de validar racionalmente decisões relativas a conflitos entre princípios. No positivismo, a deficiência estaria na ausência de uma justificação última para aquilo que é considerado válido no âmbito do direito. Assim, Luhmann conclui que essas formas tradicionais de autodescrição do sistema jurídico constituiriam atualmente obstáculos epistemológicos à compreensão da unidade de tal sistema. E propõe a utilização da teoria dos sistemas que passa ser uma forma de acoplamento estrutural entre as autodescrições do sistema jurídico e as descrições externas provenientes de outros subsistemas sociais. (VILLAS BOAS FILHO, 2009).

De qualquer modo, o que Luhmann pretende demonstrar é a superioridade de sua proposta em comparação com as teorias tradicionais que buscam descrever a unidade do sistema jurídico. Assim, a teoria dos sistemas estaria mais capacitada para a descrição do direito, que passa a ser analisado em termos de um subsistema auto-referencial que desempenha uma função específica na sociedade moderna. (VILLAS BOAS FILHO, 2009).

É nesse sentido que Luhmann afirma que “a diferenciação funcional do sistema social e a positividade do direito convergem nesse traço básico de complexidade e contingência superdimensionadas – uma sobrecarga que a sociedade se auto-impõe e que desencadeia processos seletivos internos ao sistema”. (LUHMANN, 1983a, p. 237).

Como decorrência dessa diferenciação funcional, viu-se que na sociedade moderna, diversamente do que ocorria nas demais formas de diferenciação, tais como a segmentária e a

estratificada/hierárquica, não seria mais possível pretender obter uma representação global da sociedade que pudesse lhe fornecer critérios normativos para responder a situações de crise, tal como pretende Habermas, a partir do construto das "esferas públicas" que, ancoradas no "mundo da vida", se reproduziriam a partir do agir comunicativo, de modo a constituir uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento e que, como decorrência, permitira obtenção de legitimação das modernas sociedades plurais, arcadas pela desintegração das cosmovisões e do *ethos* socialmente compartilhado, que seriam substituídos por uma moral pós-tradicional e por visões de mundo irreconciliáveis (VILLAS BOAS FILHO, 2009).

Luhmann ressalta que numa tal conjuntura, em que se verifica um desvanecimento dos fundamentos cosmológicos, a sociedade passa a ter que lidar com uma quantidade muito maior de contingência, o que torna o papel das decisões mais importantes do que nunca.

Habermas enfatiza, sobretudo, contra a crítica que lhe dirige Luhmann, que o tratamento discursivo da problemática da legitimação do direito não consiste numa simples "externalização" que deslocaria arbitrariamente a problemática da legitimação para o plano da legislação, em que seria plausível a ficção legal de supor a participação de todos os potenciais envolvidos para a validação das normas. Segundo Habermas, ao contrário do que afirma Luhmann (1998, p. 164-166), sua proposta consiste numa "externalização" do problema da adjudicação para o plano da democracia política. (VILLAS BOAS FILHO, 2008).

A dificuldade de Luhmann em aceitar esse tipo de encaminhamento da problemática é evidente. O enfoque sistêmico, que concebe o direito como um subsistema auto-referencial e autopoietico, não pode procurar sua legitimação senão internamente. É por essa razão que Luhmann (1998) caracteriza a solução oferecida por Habermas como uma "externalização" do problema da adjudicação do plano judicial para o da democracia política. Para Luhmann, a legitimação do direito seria um problema interno ao sistema jurídico, não podendo ser remetido para o processo democrático de legiferação, sem que isso seja concebido em termo de "externalização", que consistiria em fundar o sistema legal noutra instância que não em si próprio. Por essa razão, Luhmann considera que a questão da fundamentação do sistema jurídico a partir de propostas, como a de Habermas, deveria ser substituída pela problemática de como o sistema organiza seu fechamento operacional.

Nesse sentido, oportuno analisar o posicionamento de Jean Clam (1997) que ressalta que, diferentemente do que ocorre com a legitimação baseada no acordo racional, a legitimação pelo procedimento não garante um acordo entre a decisão e uma posição de valor que a legitime, donde decorre a afirmação de Luhmann de que legalidade é a única

legitimidade possível, afirmação essa que não é aceita por Habermas, para quem a legalidade é apenas uma forma derivada de legitimidade, uma vez que as instâncias das quais provêm as decisões são partes componentes de um sistema de dominação política que deve previamente estar legitimado para que a legalidade possa servir de signo da legitimidade. (CLAM, 1997).

CONCLUSÃO

As teorias de Habermas e Luhmann têm muito em comum. Ambas são teorias desenvolvidas na tradição da filosofia alemã, mas com conceitos da sociologia americana, e uma troca de tradições europeias e americanas. São duas teorias com pretensões de universalidade e suficientemente complexas para entender a sociedade contemporânea. Duas teorias que tem as mesmas preocupações: entender e descrever dinâmicas de organização, constituição e evolução da sociedade. Para Habermas, uma dinâmica que ocorre sob uma relação complexa entre sistemas funcionais e o “mundo da vida” compartilhado intersubjetivamente e que, por isso, pressupõe o consenso, de todos envolvidos, como categoria fundamental para a coordenação das ações sociais. Para Luhmann, uma dinâmica que ocorre sob uma relação complexa entre sistemas autopoieticos operativamente fechados, baseados em comunicação significativa e que por isso não pressupõem nenhum consenso intersubjetivo, mas sim a produção da diferença.

O que resta claro entre a comparação dessas duas teorias, no tocante à legitimação do direito na sociedade, é que, na perspectiva sistêmica (Luhmann), direcionada à autonomia dos sistemas funcionais da sociedade contemporânea que conduz a uma ênfase na diferenciação social, há a necessidade de uma legitimação interna do direito, ao passo que, na teoria do discurso (Habermas) observa-se que a legitimação do direito não se desvincula de um enraizamento no acordo racionalmente motivado que emana da ação comunicativa que está na base da formação da opinião pública numa esfera pública autônoma.

Do ponto de vista político, pode-se julgar ambas as teorias como adequadas ou não à fundamentação normativa dos ideais democráticos da sociedade. Do ponto de vista jurídico, pode-se julgar ambas as teorias adequadas ou não para a resolução dos problemas de decidibilidade com justiça. Do ponto de vista econômico, pode-se julgar ambas as teorias como adequadas ou não à maximização dos lucros e minimização dos prejuízos. Cada um desses pontos de vista disponibiliza os critérios para esse julgamento, que não são critérios contraditórios, mas incompatíveis entre si. O que cai como pano de fundo de todos esses julgamentos é o observador e as distinções das quais ele parte para adjudicar ambas as teorias.

Por isso que, no presente artigo, preferimos percorrer um caminho que não avaliasse o ponto de vista de nenhum desses sistemas da sociedade, mas aplicamos as distinções das teorias em si mesmas, isto é, aplicando as teorias sobre si mesmas e uma sobre a outra, resultando em um paradoxo autoconstitutivo (Luhmann) e uma tensão fundamental (Habermas), e são essas diferenças que produzem a ambivalência constitutiva da sociedade, ao contrário de um desânimo político, e isso é que faz com que a sociedade continue criando perguntas para os problemas que sequer foram colocados nas agendas políticas da sociedade.

REFERÊNCIAS

ASSOUN, Paul-Laurent. **A escola de Frankfurt**. Tradução de Helena Cardoso. São Paulo: Ática, 1991.

BAYNES, Kenneth. Democracy and the Rechtsstaat: Habermas's Faktizität und Geltung. In Write, S. K. **The Cambridge companion to Habermas**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

CLAM, Jean. **Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes**. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

DEWS, Peter. **Habermas, a critical reader**. Oxford: Blackwell, 1999.

DUPEYRIX, Alexandre. **Comprender Habermas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

_____. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

_____. **Teoría de la acción comunicativa II: crítica de la razón funcionalista**. Madrid: Taurus, 1987b.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____. **Técnica e ciência como ideologia**. Lisboa: Dom Quixote, 1994.

_____. **Crise de legitimação no capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. Tradução de Sebastião Uchoa Leite. São Paulo: Centauro, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. **Sociologia do direito**. vol. I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983a.

_____. **Sociologia do direito**. vol. II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983b.

_____. **Law as a social system**. Tradução de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e Democracia - Um Guia Para Leitura de Habermas** - Col. Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTUCCELLI, Danilo. **Sociologies de la racionalización en la teoría de la modernité**. Paris: Éditions Gallimard, 1999.

NEVES, Marcelo. “Do consenso ao dissenso: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Habermas”. In SOUSA, J. **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e para além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SCHEUERMAN, W. “Between radicalism and resignation: democratic theory in Habermas’s between facts and norms”. In DEWS, Peter. (Ed.) **Habermas, a critical reader**. Oxford: Blackwell, 1999.

VANZELLA, José Marcos Miné. **A dialética entre valores e forma jurídica**. Campinas, SP: Alínea, 2015.

VILLAS BOAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.