

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho resulta de uma pesquisa interdisciplinar sobre o Estado Democrático de Direito. O ponto de partida consiste no foco de tensão entre o paradigma sistêmico luhmanniano e a teoria habermasiana do discurso. Em princípio, trata-se de duas concepções inconciliáveis da sociedade e do Estado modernos. Não se pretende aqui buscar um denominador comum ou simplesmente proceder a uma crítica ao suposto unilateralismo de ambos os modelos. Interessa-me, enfrentando as divergências e complementaridades das duas perspectivas, esboçar os elementos de uma teoria dos fundamentos normativos e das condições empíricas do Estado Democrático de Direito na sociedade supercomplexa da modernidade. Isso não significa, no presente caso, uma postura eclética. Pretendo, antes, proceder a uma *reconstrução* que, sem desconhecer a riqueza dos aparatos conceituais de ambos os paradigmas e as divergências radicais de pressupostos teóricos entre eles, possibilite uma melhor compreensão do Estado Democrático de Direito na atualidade.

Tendo em vista que se trata de dois modelos teóricos conceitualmente muito complexos e abrangentes, dedico-me à exposição de alguns dos seus aspectos mais relevantes nos três primeiros capítulos, para que se evitem equívocos a respeito das reflexões expressas na segunda parte do trabalho (Caps. IV e V). Evidentemente, não é objeto deste livro uma análise exaustiva dos dois paradigmas. Pretendo

## XVIII

## ENTRE TÊMIS E LEVIATÃ: UMA RELAÇÃO DIFÍCIL

apenas apontar, nos Capítulos I, II e III, certos traços básicos que possam facilitar a compreensão da abordagem posterior sobre o Estado Democrático de Direito. Além disso, o presente trabalho, nesses três capítulos em que são apresentados os enfoques de Luhmann e Habermas, é parcimonioso nas críticas. Não se objetiva um modelo tradicional de crítica a teorias consolidadas em forte arsenal conceitual. Permito-me questionar o significado e os limites dos elementos teóricos de ambas as concepções na segunda parte, na qual proponho um modelo de fundamentação (Cap. IV) e discuto as condições do Estado Democrático de Direito (Cap. V). As observações finais do presente trabalho consistem em uma análise crítica das perspectivas decorrentes dos novos problemas do Estado Democrático de Direito em face dos desenvolvimentos que se delineiam no sentido da emergência de ordens jurídicas globais ou de uma política mundial.

A metáfora utilizada no título, “a relação entre Têmis e Leviatã”, serve como guia da discussão em vários níveis. O problema do Estado Democrático de Direito é exatamente o de como conciliar poder eficiente com direito legitimador. Na tradição ocidental, Leviatã apresenta-se como símbolo do poder expansivo do Estado<sup>1</sup>. Têmis, antes de tudo, representa a justiça abstrata<sup>2</sup>. O Estado Democrático de Direito

---

1. Não se trata aqui de uma concepção do Leviatã fixada estritamente na hermenêutica da obra de Hobbes (a respeito, ver Voigt [org.], 2000), mas sim da noção do Leviatã disseminada amplamente tanto na política e no direito quanto nas ciências humanas e na filosofia (uma metáfora referente ao poder estatal, não necessariamente ao “Estado do Poder” [*“Machtsstaat”*] – em sentido diferente, Voigt, 2000: 16 s.), noção que se desvincula, em certa medida, de Hobbes e se desenvolve relativamente independente de sua obra.

2. Claro que Têmis, em sua forma feminina (ao contrário da forma masculina de Leviatã), não é o único ícone da justiça na tradição ocidental. Nesse sentido, salientam Curtis e Resnik (1987: 1729): “Evidentemente, a justiça não é um ícone solitário na tradição ocidental. Antes, é uma de uma série de imagens, a maior parte na forma feminina, associada a conceitos poderosos de virtudes e vícios. Justiça, como muitas dessas imagens, traça sua linhagem a partir de deusas. Seus precursores parecem ter sido *Ma’at* na cultura egípcia, *Themis* e *Dike* na Grécia antiga e, então, *Justitia* sob o domínio romano.” A respeito de Têmis no antigo pensamento grego, ver Hirzel, 1907: 1-57.

caracteriza-se precisamente por ser uma tentativa de construir uma relação sólida e fecunda entre Têmis e Leviatã – portanto, de superar a contradição tradicional entre justiça divina e poder terreno (um paradoxo!); uma tentativa no sentido de que a justiça deveria perder sua dimensão transcendente e o poder não mais ser considerado mera facticidade: o Estado Democrático de Direito como invenção da modernidade. Nesse tipo de Estado, 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. Não se trata apenas de uma fórmula para “domesticar” ou “domar” o Leviatã<sup>3</sup>. Antes, o problema consiste em estabelecer, apesar das tensões e conflitos, uma relação construtiva entre Têmis e Leviatã, de tal maneira que o direito não se mantenha como uma mera abstração e o poder político não se torne impotente por sua hipertrofia ou falta de referência legitimadora.

Apesar do desprezo crítico-ideológico e também do des-caso pós-modernista, o Estado Democrático de Direito é um dos principais focos possibilitadores da reprodução construtiva da sociedade mundial moderna, tanto no que se refere à sua complexidade sistêmica quanto no que concerne à sua heterogeneidade de interesses, valores e discursos<sup>4</sup>. As-

---

3. Essa fórmula é sugerida, respectivamente, nos títulos de Dettling (org.) (1980) e Denninger (1990).

4. Aqui não se desconhece que o conceito de Estado de Direito, de origem eurocontinental, é mais restrito semanticamente do que o conceito de *rule of law*, de origem anglo-americana, cuja pretensão de validade ultrapassa a vinculação a leis ou a constituições estatais, abrangendo formas jurídicas extra-estatais (cf. J.-Y. Morin, 1992; Berman, 1992; Fleiner, 1996: esp. pp. 153 ss.; Rosenfeld, 2000: 49 s.; em outra perspectiva, cf. também Troper, 1993: 26 e 40; J. P. Müller, 2000: 38 ss., que se refere a uma outra tradição eurocontinental, que remonta a Kant, de acordo com a qual a compreensão do Estado de Direito estaria mais próxima da noção de *rule of law*). Mas no presente trabalho concentro-me no Estado de Direito como o tipo de Estado em que *rule of law*

sim é que se justifica uma nova abordagem que possa oferecer elementos para a compreensão do Estado Democrático de Direito como espaço da relação difícil entre Têmis e Leviatã. Não se trata aqui da utopia do fim do Estado de Direito com a morte de Leviatã, tampouco da “antiutopia” da sua abolição com a morte de Têmis. As duas soluções são incompatíveis com a pluralidade de interesses, valores e discursos e a complexidade sistêmica da sociedade atual. O que se discute são os fundamentos e as condições de uma relação horizontal e construtiva, sem subjugações ou submissões, entre Têmis e Leviatã, que lhes possibilite enfrentar os graves problemas da sociedade mundial do presente.

---

se baseia na Constituição, nas leis, na jurisprudência e na prática administrativa; nesse sentido, a melhor tradução de “Estado de Direito” em inglês é, parece-me, *Constitutional State* (assim, p. ex., Lukasheva, 1992). Isso porque somente no plano de reflexividade constitucional alcança-se plenamente o Estado de Direito. Além do mais, na exposição que se segue, o conceito de Estado de Direito é associado ao conceito de democracia.

## Capítulo I

# ***Dois modelos de evolução social***

### **1. A evolução social como processo de complexificação e diferenciação funcional e a evolução do direito conforme o modelo luhmanniano**

#### *1.1. Evolução dos sistemas sociais*

A concepção sistêmica da positividade do direito moderno é indissociável do modelo de evolução social como ampliação da complexidade, que conduz, na sociedade moderna, à diferenciação funcional. Antes, porém, de qualquer consideração sobre a própria emergência histórica do fenómeno de complexificação da sociedade, que leva à modernidade, faz-se mister delimitar o sentido que assume o termo “evolução” no âmbito da teoria sistêmica, afastando-se de eventuais equívocos.

De acordo com o modelo sistêmico luhmanniano, a evolução manifesta-se com a transformação do improvável em provável. Ela implica “o paradoxo da probabilidade do improvável”<sup>1</sup>. Em outra formulação, sustenta-se que a evolução “normaliza improbabilidades, compreendidas como grau de desvio em relação a uma situação inicial”<sup>2</sup>. Ocorre evolução, portanto, quando aquilo que é desviante passa a integrar a estrutura do respectivo sistema.

---

1. Luhmann, 1997: 413 s.; Luhmann e De Giorgi, 1992: 169.

2. Luhmann, 1993a: 288.

Nessa perspectiva, o fenômeno evolutivo só se completa quando se preenchem três condições vinculadas reciprocamente: variação, seleção e restabilização ou retenção. Trata-se dos chamados mecanismos evolutivos ou funções da evolução<sup>3</sup>. “A variação consiste em uma reprodução desviante dos elementos através dos elementos do sistema.”<sup>4</sup> Importa a emergência de elementos que se afastam do modelo de reprodução até então existente<sup>5</sup>. A *variação* não significa já evolução sistêmica. No plano das estruturas, o sistema pode reagir negativamente ao desvio. Mas pode ocorrer a *seleção* de estruturas para possibilitar a continuidade da reprodução do elemento inovador. Ainda assim, o processo evolutivo singular não se completa necessariamente. Impõe-se a *restabilização* como mecanismo que, no plano da formação do sistema como unidade de reprodução, vem assegurar à estrutura inovadora “duração e capacidade de resistência”<sup>6</sup>. No modelo sistêmico, a própria diferenciação entre essas funções está vinculada ao grau de evolução ou complexidade<sup>7</sup>. Em formas menos complexas, não se distinguem claramente variação e seleção. Em um grau intermediário de complexidade, essa diferença passa a ser nítida, mas a seleção não se separa da restabilização. Por fim, em situações de alta complexidade, a restabilização diferencia-se da seleção, mas se torna difícil distingui-la da variação<sup>8</sup>. A restabilização evolutiva (dinâmica) transforma-se em motor da própria variação<sup>9</sup>.

Embora os mecanismos evolutivos – variação, seleção e restabilização – estejam presentes também na evolução dos seres vivos, não se trata, no caso específico da concepção luhmanniana dos sistemas sociais, de analogia aplicadora

3. Luhmann, 1997: 452 ss.; 1993a: 241 ss.; 1981b: 14 ss.; Luhmann e De Giorgi, 1992: 189 ss.; Teubner, 1989: 66 ss.

4. Luhmann, 1997: 454; Luhmann e De Giorgi, 1992: 189 s.

5. Luhmann, 1993a: 242.

6. Luhmann e De Giorgi, 1992: 190; cf. Luhmann, 1997: 454 s.

7. Cf. Luhmann, 1997: 495 e 498 ss.; 1993a: 257; Luhmann e De Giorgi, 1992: 216 e 218 ss.

8. Luhmann, 1997: 498; Luhmann e De Giorgi, 1992: 218.

9. Luhmann, 1997: 494; Luhmann e De Giorgi, 1992: 216.

de conceitos próprios do evolucionismo biológico. “Evolução” apresenta-se como um conceito-gênero que se submete a especificações analíticas, respectivamente, conforme se refira aos sistemas biológicos, psíquicos ou sociais<sup>10</sup>. Além do mais, sem negar a importância do modelo darwiniano para a compreensão dos mecanismos evolutivos, considera-se secundário o dogma da “seleção natural”<sup>11</sup>. Este aponta para o predomínio dos fatores ambientais na emergência do processo evolutivo, enquanto a teoria sistêmica enfatiza que a evolução resulta de transformações internas na respectiva unidade de reprodução: as “perturbações” advindas do ambiente só se tornam determinantes da evolução sistêmica quando assimiladas internamente como inovações. Em conexão com essa atitude teórica, o paradigma sistêmico afasta a noção, inegavelmente carregada pela ideologia liberal predominante no período de surgimento do evolucionismo biológico, de que a evolução reside na “sobrevivência do mais apto” ou na “luta pela vida”<sup>12</sup>. A respeito da evolução sociocultural, isso implicaria reduzir o processo evolutivo a ações instrumentalmente direcionadas, desconhecendo-se a complexidade dos mecanismos sociais<sup>13</sup>.

No âmbito de discussão da teoria sistêmica, rejeita-se radicalmente qualquer redução sociobiológica da evolução social no sentido do “gene egoísta”<sup>14</sup>. Os fatores genéticos pertencem à infra-estrutura bioquímica, ao ambiente orgânico da sociedade. Esta diferencia-se do seu ambiente na medida em que é constituída por comunicações como unidades elementares<sup>15</sup>. Os fatores genéticos, portanto, podem apenas condicionar as comunicações e, assim, a evolução social. Não

---

10. Cf. Luhmann, 1993a: 240.

11. Cf. Luhmann, 1993a: 241.

12. Teubner, 1989: 67; Maturana e Varela, 1980: 117 s.

13. Teubner (1989: 67) salienta que isso constituiria “um caso-limite extremo e, antes, improvável”, ao qual se contrapõe “a situação normal de seleção evolutiva”, que “consiste na coexistência de diversos fenômenos socioculturais”.

14. Teubner, 1989: 67.

15. Luhmann, 1987a: esp. pp. 192 s.; cf. também 1997: 81 ss.

a determinam. Caso contrário, a sociedade não poderia ser definida como conexão auto-referencialmente fechada de comunicações.

Pela mesma razão que nega a postura reducionista da sociobiologia, o modelo sistêmico-teorético não reconduz a evolução social a indivíduos ou grupos humanos<sup>16</sup>. Essa concepção parte de que a sociedade é formada por um conjunto de indivíduos humanos, emergindo exatamente da reunião deles (“emergência de baixo”). Considerando-se, entretanto, que o homem faz parte do ambiente dos sistemas sociais, seu organismo ou sua consciência apenas podem condicionar-lhes, mas não determinar-lhes a evolução. Isso porque a sociedade só emerge quando conexões de comunicação distanciam-se e diferenciam-se de sua infra-estrutura orgânica e psíquica, da vida e da consciência humanas (“emergência de cima”)<sup>17</sup>. As suas unidades evolutivas são, portanto, comunicações (elementos) e expectativas (estruturas).

Também é relevante considerar que, de acordo com o paradigma sistêmico-teorético, a evolução social não se configura como um processo de passagem para uma vida melhor, um maior grau de felicidade<sup>18</sup>. Nesse sentido, construiu-se a idéia de progresso no século XIX, apontando para

---

16. Teubner, 1989: 66 s.

17. Segundo Luhmann (1987a: 43 s.), os sistemas sociais, unidades autopoieticas de comunicações, emergem “de cima”, ou seja, constituem-se ao introduzirem e operacionalizarem, em um outro plano, uma nova diferença entre sistema e ambiente. Não resultam, pois, do acúmulo de elementos infra-estruturais, tais como consciência, seres humanos etc. Ao contrário, na distinção de Maturana e Varela (1980: 107-11; 1987: 196 ss.) entre autopoiese de primeira, segunda e terceira ordem, os seres vivos apresentam-se como componentes dos sistemas sociais (“emergência de baixo”). Cf. também Teubner, 1989: 40 s. Vale advertir que o conceito de sociedade (gênero) de Maturana e Varela, primariamente biológico, é mais abrangente do que o de sociedade humana (espécie); cf. 1980: xxiv-xxx; 1987: 196 ss. Sobre o conceito de autopoiese, ver *infra* Cap. II.1.

18. Cf. Luhmann, 1997: 423, nota 18 (ou Luhmann e De Giorgi, 1992: 173, nota 6), referindo-se criticamente a Spencer, 1904: 447: “[...] A evolução só pode acabar no estabelecimento da máxima perfeição e da mais completa felicidade.”



o aperfeiçoamento contínuo, unilinear, regular e necessário da sociedade<sup>19</sup>. A evolução não se dirige a um fim determinado ou à realização de um ideal ou valor. Não há uma teleologia da evolução, embora se possa falar de determinações teleológicas que a condicionam positiva ou negativamente. Em outras palavras, a evolução também não é planejada, embora formas concretas de planificação apresentem-se como fatores da evolução<sup>20</sup>.

Da mesma maneira que nega qualquer concepção progressista ou teleológica da evolução, a teoria sistêmica rejeita a noção ontológica do processo histórico como uma unidade na qual se desenvolve o “espírito” até alcançar a sua forma final “absoluta” (Hegel)<sup>21</sup>, ou como uma unidade em que se sucedem estádios de desenvolvimento social no sentido da superação de formas materialmente determinadas de dominação e do advento de uma sociedade de plena liberdade (Marx). Exatamente porque considera a evolução como a transformação do improvável em provável, dando ênfase ao “acaso”<sup>22</sup>, o modelo sistêmico não fornece “nenhuma interpretação do futuro”<sup>23</sup>.

Essas observações gerais de esclarecimento do modelo sistêmico de evolução social, porém, nada dizem ainda sobre a forma específica em que emergem os mecanismos evolutivos na sociedade. A questão é a seguinte: como se realizam variação, seleção e restabilização como funções da evolução no plano da sociedade?<sup>24</sup>

---

19. Cf. Luhmann, 1997: 422-4; Luhmann e De Giorgi, 1992: 172-4; Teubner, 1989: 62.

20. Luhmann, 1997: 429 s.; Luhmann e De Giorgi, 1992: 175.

21. Cf. Luhmann, 1997: 422 s.; Luhmann e De Giorgi, 1992: 172 s.

22. Cf. Luhmann, 1997: 448 ss.; Luhmann e De Giorgi, 1992: 186 s. “Compreendemos o acaso como uma forma de conexão entre sistema e ambiente que se subtrai à sincronização (e, pois, ao controle, à ‘sistematização’) através do sistema” (Luhmann, 1997: 449; Luhmann e De Giorgi, 1992: 186).

23. Luhmann, 1997: 429; Luhmann e De Giorgi, 1992: 175. Teubner (1989: 61) radicaliza, sustentando que a evolução é cega. Para uma formulação no sentido diametralmente oposto, cf. Hegel, 1986 [1821]: 504.

24. Em trabalho mais antigo, Luhmann (1981b: 16) deixa essa questão em aberto, sustentando que “para os sistemas sociais faltam noções corres-