

Os nomes da crise: Luhmann, Habermas e fatalismo na abertura do direito

Leonardo D'Avila Oliveira

Mestrando em Filosofia e Teoria do Direito – UFSC
Florianópolis – SC [Brasil].
leodavila_be@yahoo.com.br

▼ O direito deixa de ser visto como sistema fechado para dar lugar a elementos externos a partir da segunda metade do século XX. Neste contexto, teorias sociológicas e pragmáticas tendem a ser preponderantes, principalmente no que tange a dar uma resposta ao problema da complexidade das sociedades contemporâneas. O presente artigo tem por foco a apresentação dos modelos teóricos de Luhmann e Habermas e uma posterior evidenciação do emprego que se faz de tais teorias. Sustenta-se que em nome de crises, geradas pela incapacidade do direito de dar conta da complexidade, fundamenta-se um direito de emergência, mas que, ainda assim, não diz respeito necessariamente a alguma decadência do direito ou do Estado.

Palavras-chave: Crise; Luhmann; Habermas; Complexidade; Esfera pública.

1 O direito em crise

Em 1959, o sociólogo do direito Jean Carbonnier foi bastante enfático ao afirmar em um texto escrito para o volume XX da *Encyclopédie française* (Larousse), o qual tratava do “mundo por vir”, que o direito passou a compartilhar da mesma angústia histórica vivida pelos homens da primeira metade do século XX. O desenvolvimento das ciências, as duas guerras mundiais e a crise econômica dos anos 30 colocaram em xeque também as grandes certezas que sustentavam o saber jurídico tradicional. Diz o autor:

Poderia ser uma característica de nosso tempo que o direito, pela primeira vez, participa da angústia histórica. O direito, que até então dispensava certezas, que era cheio de certezas sobre si, coluna de mármore, mesa de bronze. Certamente, a partir de um dado momento, os juristas descobriram que o direito se movimentava. Léon Duguit, desde 1912 e Gaston Morin em 1920 transformaram em clássicas as transformações do direito privado no Código Napoleônico, a revolta dos fatos contra o código. Mas essas transformações, essas revoltas eram retratadas como um progresso pacífico, e a narrativa se inseria numa visão otimista do advir das sociedades. O tom iria logo se entristecer porque o céu se tornava mais sombrio. Quando, a partir de 1930, deu-se a queda da economia, um pouco em cada canto do mundo, começam a surgir recursos jurídicos inéditos (inéditos nos sistemas liberais), moratórias de dívidas e de constituições, direito de urgência, direito de crise, o que levou muitos a profetizar que o direito de crise havia desencadeado a crise do direito. (CARBONNIER, 1988, p. 168, tradução nossa)

Ainda que a ameaça dos fatos contra o direito não tenha sido revelada por essa confrontação com a angústia descrita por Carbonnier, já se acreditava que o sistema do direito poderia absorver as novidades que se lhe impu-

nham, tais como novos valores na sociedade, exigências de ordem econômica, novos tipos penais, etc. No entanto, Carbonnier salienta que esta absorção de novidades pelo direito fica prejudicada quando as leis, que seriam tradicionalmente apostas da sociedade para futuras gerações, são feitas em excesso e de forma descuidada, simplesmente postas de lado em total contradição. A jurisprudência, por sua vez, outrora cuidadosa, também adere a um novo ritmo quando pretende abdicar de grandes sistemas para compartilhar dos aspectos cambiantes da existência, o que tornaria a decisão “cambiante, abundante e relaxada” (CARBONNIER, 1988, p. 170, tradução nossa).

O que poderia ser dito acerca desse texto de sociologia jurídica que ora faz 50 anos? Certamente é difícil barrar a tentação de se associar prontamente a questão da crise de 1929 e sua influência no direito, ou pelo menos no pensamento jurídico, com a crise financeira que se impôs na economia mundial a partir de 2008 e que toma força em 2009. Mas este não será o percurso tomado por este estudo. Não será porque muito mais interessante do que ver em um texto antigo de sociologia um paralelo histórico com a atualidade é perceber que a proposta de Carbonnier ensina que o discurso de crise já não é algo tão inédito. Tampouco é inédito dizer que a sociedade é muito complexa para os atuais padrões jurídicos, o que importaria em afirmar que esses padrões deverão incondicionalmente se adaptar sempre à nova condição imposta pelos fatos.

Nesse impulso, o direito deixa de ser visto como um saber ou uma técnica absoluta e passa a ser tomado como uma construção permanente. Tanto o foi que o jurista italiano Mario Losano em seu estudo grandioso sobre *Sistema e struttura nel Diritto* demonstra que há um retorno a uma abertura no direito rumo a fundamentações não-jurídicas a partir da segunda metade do século XX, com o intuito de melhor se adaptar às diferentes demandas de sociedades cada vez mais complexas. Essa flexibilização toma a forma de um “sistema externo”, como fundamentos de direito natural ou a busca da lei na própria sociedade, o que se contrapõe à noção de “sistema interno” em que o fundamento jurídico é encontrado dentro de noções essencialmente jurídicas,

como acontecia na ideia clássica de codificação ou no positivismo jurídico de Kelsen. Neste sentido, diz Mario Losano:

A segunda metade do século XX é caracterizada por uma crescente vastidão e pelo caráter abstrato dos sistemas jurídicos, pois os grandes sistemas de pensamento voltam a se ocupar do direito. Porém, esses grandes sistemas já não são os dos filósofos, mas os dos sociólogos, dos linguistas ou dos cientistas: são superteorias que atribuem ao direito um espaço no edifício novamente abrangente, exatamente como tinha ocorrido no século XIX com os grandes sistemas filosóficos. O direito recebe assim das superteorias aqueles modernos princípios metodológicos que os juristas parecem ansiosamente buscar fora do direito. (LOSANO, 2008, p. xxxvii)

Esta maleabilidade na noção de sistema tem seus reflexos na teoria do direito atual. Fora as teorias de cunho hermenêutico ou argumentativo, principalmente inspiradas em Dworkin ou Alexy, a sociologia do direito também se enquadra nessa busca por um sistema externo. Nesse sentido, Luhmann e Habermas pretendem observar as decisões e o fenômeno jurídico a partir de um olhar mais externo se comparadas com a teoria do direito escrita por juristas. Assim o fazendo, comprovam aquilo que Losano salientara acerca da emergência da compreensão do direito a partir de grandes sistemas de pensamento, neste caso por meio de teorias de cunho sociológico.

2 Os sistemas em Luhmann

Muito embora seja reconhecido como sociólogo, as análises de Niklas Luhmann são muito pertinentes aos juristas. No entanto, o autor insiste em se diferenciar destes ao esclarecer que a teoria do direito sempre se voltou

muito mais para o problema da decisão e seus critérios do que propriamente sobre o procedimento tal qual ele se manifesta, pura e simplesmente. Diz o autor que “[...] em geral reconhece-se atualmente que o direito é codeterminado pelo desenvolvimento social, e ao mesmo tempo é capaz de codeterminá-lo. Isso previne teses extremadas, que ninguém defende, mas de resto não se avançou em nada.” (LUHMANN, 1983, v. 2, p. 117) O gesto de Luhmann é muito mais relacionado, portanto, à descrição do direito enquanto um procedimento capaz de estabilizar expectativas. Diferentemente da grande maioria das teorias, que conceitua o direito a partir de noções como a coação ou pela imputação (dever-ser), o autor entende que, para a sociologia, o direito deve ser conceituado a partir das noções de expectativa e desapontamento. Antes de se definir norma e direito, cumpre fazer um retorno para se explicar o rol da expectativa em sua teoria.

Segundo Luhmann, o homem vive em um mundo constituído sensorialmente e dotado de complexidade e contingência. Para que ele possa lidar com isso, são desenvolvidas estruturas de assimilação de experiências. “As comprovações e satisfações imediatas são em parte substituídas por técnicas de abstração de regras confirmadamente úteis, e de seleção de formas adequadas de experimentação e de autocertificação.” (LUHMANN, 1983, v. 1, p. 46) Algumas premissas que apresentem bons resultados formam sistemas, que se diferenciam de outros conjuntos estruturais independentes. Sua manutenção importa em formar estruturas que estabilizem expectativas de sorte que um pequeno desapontamento não implique a desistência da mesma expectativa. Isto não vem para garantir comportamentos, pois existe a possibilidade de transgressão, mas vem para possibilitar que qualquer afronta a esse tipo de síntese comportamental genérica seja vista como anormal, mas sem frustrar a regra: a regra continua vigente, independentemente dos casos em que haja cumprimento ou não da expectativa.

As estruturas que se apresentam dentro de um sistema social conforme descrito por Luhmann, por sua vez, podem ser compreendidas como restrições do âmbito de possibilidade de opções. Em outras palavras, as es-

estruturas partem de suposições em comum para estabelecer referências de seleção de opções. Elas “[...] delimitam o optável. Elas transformam o indefinido em palpável, a amplidão em redução.” (LUHMANN, 1983, v. 1, p. 54) Por lidarem com a complexidade, as estruturas sempre trazem em seus recortes possibilidades, probabilidades que sustentam expectativas, mas também desapontamentos já que elas são enganosas com respeito à real complexidade do mundo. Elas existem para fazer da eterna incompreensibilidade do mundo um problema de eventuais desapontamentos. No entanto, com a crescente complexidade das sociedades modernas, os recortes estruturais têm que demonstrar certa dose de flexibilização, visto que os padrões mudam e, de certa forma, as estruturas têm de se adaptar a possíveis mudanças de expectativa.

A reconceituação sociológica do direito da parte de Luhmann, por deixar de lado a primazia do binômio norma-fato para expectativa normativa e expectativa cognitiva, termina por demonstrar que a normatividade não é estanque, sobretudo em sociedades complexas. Portanto, enquanto em certos momentos se prioriza a norma e se desqualificam as expectativas de comportamento, em outros momentos, quando as expectativas de cognição preponderam, os desapontamentos podem levar a uma renúncia da expectativa e a conseqüentes mudanças no direito. Sobre a reconceituação do direito a partir do binômio expectativas normativas e expectativas cognitivas, defende Luhmann que

Com o auxílio dessa diferenciação a sociedade pode ajustar um compromisso entre as necessidades de adaptação à realidade e de constância das expectativas. Ela institucionalizará cognitivamente expectativas comportamentais, isto é, não censurará seus membros por uma adaptação de expectativas à realização da ação, se predominar o interesse na adaptação. Ela deslocará e articulará as expectativas ao nível normativo quando forem vitais a

segurança e a integração social das expectativas. (LUHMANN, 1983, v. 1, p. 58)

Até agora é possível notar que Luhmann estabelece uma distinção interessante entre direito instituído e mudança no direito a partir daquilo que os sistemas absorverão da sociedade. Em geral, o direito limita a liberdade de escolha presente na linguagem. Isto não indica que ele seja estanque ou que vincule comportamentos, mas é nesta tensão entre conservação e modificação que ele se dá. O autor define o direito “[...] como *estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas.*” (LUHMANN, 1983, v. 1, p. 120) Portanto, por mais que as expectativas normativas não sejam eternas, vê-se que elas não são vazias. Daí decorre que Luhmann traz um conceito de norma baseado na capacidade de se prever a consecução de expectativas, mas também na possibilidade de aceitar desapontamentos, ainda que os atos que o provocaram possam ser repudiados.

Muito embora a norma ganhe sua força na capacidade de sair incólume frente aos desapontamentos individuais, os critérios de decisão não estão entre os objetivos de Luhmann. Muito pelo contrário, ele estuda a consistência dos procedimentos que são autorizados a emitir decisões. É, portanto, um olhar externo se comparado com a grande maioria das obras de teoria do direito, as quais tratam da busca pela verdade e da sua aplicabilidade na decisão. Em Luhmann, o direito não é aplicado na decisão, mas ele mesmo “[...] não só é *estatuído* (ou seja, escolhido) através de decisões, mas também *vige* por força de decisões (sendo então contingente e modificável).” (LUHMANN, 1983, v. 2, p. 10) O direito positivo é, portanto, decisão em última instância. O que o qualifica como direito é a legitimidade dessa decisão, ou seja, ela deve se dar dentro de um processo legal e fazer parte de um procedimento jurídico, como um tribunal, um parlamento, um administrador e até mesmo em uma eleição.

3 Habermas: o direito como *medium* entre facticidade e validade

Na perspectiva de Jürgen Habermas, o direito seria um *medium* capaz de aliviar as tensões existentes entre facticidade e validade, típicas das sociedades contemporâneas as quais não mais o veem como dotado de um valor sagrado ou metafísico, capaz de garantir um ponto de sutura para esta tensão, como supostamente acontecia com o direito natural. Na contemporaneidade, aliás, já não se sustenta a pretensão de basear o direito na velha razão prática, a qual instigaria o homem a agir da melhor maneira possível, na pretensão de orientar o agir social do indivíduo.¹ Tampouco se sustentaria a pretensão tipicamente positivista de que só possui relevância jurídica aquilo que é objeto de normas válidas, o que tenderia por fechar completamente a linguagem jurídica para outros discursos que surgem no meio social, por exemplo. Em suma, a teoria do direito já não mais poderia negar a tensão entre facticidade e validade, que seria justamente aquilo que vem para justificar a condição de mediador social ao próprio direito positivo.

Arrastada para cá e para lá, entre facticidade e validade, a teoria da política e do direito decompõe-se atualmente entre princípios normativistas, que correm o risco de perder o contato com a realidade social, e princípios objetivistas, que deixam fora de foco qualquer aspecto normativo, pode ser entendida como admoestação para não nos fixarmos numa única orientação disciplinar e, sim, nos mantermos abertos a diferentes posições metódicas (participante versus observador), a diferentes finalidades teóricas (explicitação hermenêutica do sentido e análise conceitual versus descrição e explicação empírica), a diferentes perspectivas de papéis (o do juiz, do político, do legislador, do cliente e do cidadão) e a variados enfoques pragmáticos na pesquisa (hermenêuticos, críticos, analíticos, etc.). (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 23)

Portanto, a tensão entre facticidade e validade já não mais é garantida pelo próprio direito como se considerou, segundo Habermas, no normativismo, em que se poderia sanar a sociedade por um programa jurídico, e tampouco seria solução um objetivismo, tal qual o das ciências sociais em geral em virtude do risco de se fechar a fatores intrínsecos do mundo do direito, a exemplo da própria pergunta pela justiça. Essa tensão, na atualidade, seria para o pensador frankfurtiano estabilizada na *integração social* realizada no intermédio do direito positivo. Para Habermas, no agir comunicativo, “[...] a linguagem é explorada como fonte primária da integração social [...]” (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 36) e, assim, superam-se impasses entre teorias que primam pelo normativismo, deficientes em lidar com a realidade, bem como a teorias objetivistas, que primam pela metódica de ciências sociais como a antropologia ou a sociologia, essas muito interessantes para se perceber a realidade em que se insere o mundo jurídico, mas insuficientes para a compreensão de elementos internos ao próprio direito, como as perguntas pela justiça, a argumentação, os processos legislativos ou mesmo a subsunção.

Com Habermas, a tensão entre facticidade e validade, que seria a princípio ameaça premeditada de dissenso, não seria óbice à formação de uma ordem social baseada no agir comunicativo porque este se situa entre discurso, que é contingencial, e mundo da vida, fruto de erros e acertos, contingência e crítica, por isso consensual. O direito, enquanto nivelador da tensão entre validade e facticidade acaba por estabilizar a contingência da vontade com a constância de um saber mais arraigado e pressuposto (mundo da vida), nem por isso necessariamente infalível. Por isso, para Habermas, a validade do direito deve ser assentada em uma necessária positividade – para que sua coerção de forma a dar força às regras – acompanhada de uma pretensão de aceitabilidade – para que o direito faça sentido aos cidadãos e seja legítimo.

A institucionalização jurídica, nesse contexto, é capaz de dar força legitimadora ao processo de normatização ao passo que consegue assentar o

princípio do discurso de forma a aproximar a política do direito. Nesta aproximação realizada pelo direito entre a administração e o poder comunicativo, o que dá juridicidade às mudanças que possam ocorrer na própria legislação é a procedimentalidade. Portanto,

[...] a fundamentação do sistema dos direitos pela via da teoria do discurso esclarece o nexó interno que existe entre autonomia privada e pública. O direito não consegue o seu sentido normativo pleno por se através de sua forma, ou através de um conteúdo moral dado a priori, mas através de um procedimento que instaura o direito, gerando legitimidade. (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 172)

Para Habermas, o próprio poder político somente pode ser exercido na forma de direitos, apesar de que, por vezes, haja incursões extrajurídicas na administração, como no caso de imposições econômicas que tenham se furtado a fazer parte de um consenso intersubjetivo. Ainda assim, o sistema político é considerado pela teoria do discurso como somente mais um sistema de ação, que se relaciona com outros através do *medium* do direito. Isto também significa que o processo democrático esteja baseado em um procedimento legítimo capaz de abarcar ampla comunicação entre diversas esferas públicas, e não necessariamente na vontade dos cidadãos, ou de algum setor social. Na teoria do discurso, diz Habermas que “[...] a soberania do povo retira-se para o anonimato dos processos democráticos e para a implementação jurídica de seus pressupostos comunicativos pretensiosos para fazer-se valer como poder produzido comunicativamente.” (HABERMAS, 2003, v. 2, p. 24) O que importa é que a ação, para ser democrática, tem que ser mediada por um procedimento capaz de conciliar esfera pública com poder político. Isto é sem dúvida resultante do pensamento mais recente de Habermas, segundo o qual o direito seria o meio essencial para a comunicação e o fazer da política de forma legítima.

4 A crise entre a sociologia e a teoria do direito

Ao contrário de se postular a continuação das questões da revolta dos fatos contra o código ou a crise do direito em não mais poder regular, as teorias atuais de cunho sociológico, notavelmente as de Luhmann e Habermas, dão à retórica de crise uma fundamentação na descoberta da complexidade social. À diferença de outros momentos, como no pós-crise de 1929, conforme bem lembrou Jean Carbonnier na citação já mencionada no início desta reflexão, não se pode dizer que o direito passa a ser alvo de desconfiança já que é nele que justamente se apostam as fichas para lidar com toda essa complexidade. Portanto, aquilo que é crítico, já não é mais o direito, mas aquilo que o rodeia, de sorte que o direito resta para essas teorias algo incólume, que, no entanto, é um mecanismo, isto é, procedimento, capaz de possibilitar uma assimilação mínima do mundo complexo e contingente (Luhmann) ou como *medium* entre mundo da vida e política, administração, etc. (Habermas). Ao contrário das teorias de cunho hermenêutico ou argumentativo (Dworkin e Alexy), que preveem explicitamente alguma instrumentalização ou relativização dos procedimentos jurídicos, seja por parte de interpretações extensivas ou pelo recurso a normas de sentido demasiado amplo, as teorias sociológicas do direito tendem a se abster de dar soluções diretas ao procedimento ou às decisões em detrimento de uma observação ampla do funcionamento do próprio direito em conjunto com aquilo que com ele interage.

Sobre a reação que suas teorias oferecem à complexidade que postulam, Luhmann tem o gesto de recuar diante deste prognóstico. Gunther Teubner assinala que Luhmann pretende oferecer uma desparadoxização, ou seja, a teoria da autopoiese trata sempre da redução da complexidade para que um sistema possa atuar a partir de uma estrutura própria. “A teoria de Luhmann objetiva a imanência das instituições, possibilitada pela desparadoxização e constituindo um mundo de autopoiese de sistemas sociais, suas codificações e programações.” (TEUBNER, 2005, p. 62)

Isto não indica que Luhmann seja simplesmente um apaixonado ou crente nas instituições, já que ele prevê a dissolução de sistemas quando estes não têm uma suficiente autorreferência em sua produção. Este é um risco permanente nos países periféricos. Sobre este problema, o jurista pernambucano Marcelo Neves, muito influenciado por Luhmann, pensa que, enquanto se poderia pressupor que a legislação seria uma materialização jurídica de vontades mediadas na esfera pública, um direito instrumentalizado em favor de particularismos faz da lei mera justificação desses mesmos particularismos. Eis que Neves fala de alopoieise, portanto “[...] a própria falta de autonomia operacional do Direito positivo estatal.” (NEVES, 1994, p. 128)

Com relação à maneira de Habermas de responder sobre a crise gerada pela complexidade, o autor entende que as instituições do Estado de direito “[...] não visam simplesmente reduzir a complexidade, mas procuram mantê-las através de uma contrarregulação, a fim de estabilizar a tensão que se instaura entre facticidade e validade.” (HABERMAS, 2003, v. 2, p.188). Habermas propõe que, na crise de legitimação do Estado de direito, o direito procedimentalista possa dar suficientes elementos não jurídicos advindos da esfera pública: “[...] ela exerce influência sobre o estoque de argumentos normativos, porém sem a intenção de conquistar partes do sistema político” (HABERMAS, 2003, v. 2, p. 187). Assim, diz Habermas que, ao mesmo tempo em que ela autoriza o legislador, ela fornece legitimação sobre a administração reguladora. Enfim, embora possa haver crise do Estado, o autor não entende que isto signifique crise do direito. E, justamente por se poder pensar a ação política da esfera pública mediada pelo direito sem estar condicionado a um estatualismo, Habermas não hesita em colocar a possibilidade de se pensar até em uma esfera pública mundial:

As legitimações apresentadas pelos aliados para desencadear a guerra do Golfo confirmaram a desnacionalização crescente do direito internacional. Nesse processo, refletem-se tendências que visam à dissolução da soberania dos Estados nacionais, as

quais poderiam sinalizar o início de uma nova ordem mundial universalista, sob o signo de uma emergente esfera pública mundial. E, se tivermos em conta a *urgência* dos problemas citados no prefácio, isso não passa de uma simples esperança – nascida do *desespero!* (HABERMAS, 2003, v. 2, p. 188, grifos nossos)

Esta citação, embora seja muito interessante para algum estudo de relações internacionais, além de salientar a crença de Habermas na fragilidade do Estado-nação, demonstra uma aposta na abertura completa do direito ao que ele entende por esfera pública e, principalmente, uma retórica de urgência e desespero – angústia, crise. Não em qualquer lugar do livro, mas na penúltima página em parte de conclusão.

Pode-se questionar: o Estado-nação ou o estado interventor, no ano de 2009, está em crise durante a crise? Justamente quando realmente apareceu uma crise – ou pelo menos uma comoção por uma retórica de crise – aos países da modernidade central, o que se observa não é nem de longe uma crise do Estado-nação, o qual, mais do que nunca foi muito bem lembrado na hora da socialização dos prejuízos.

Portanto, o que se demonstra é justamente o contrário da posição de Habermas, uma profunda alteração no modo de se pensar o do direito, na tendência sempre de abertura, e uma manutenção da importância do Estado como instituição central. Antes que isso se evidenciasse, no entanto, José Eduardo Faria (2004, p. 140), já em 1999, escreveu que, mesmo em um direito dependente de organizações internacionais e refém do poder econômico, o Estado não deixa de existir, o que há é mais exatamente uma mudança estrutural. Para Faria,

[...] nem o direito positivo do Estado-nação desapareceu, apesar de seu poder coercitivo e de sua capacidade de direção terem sido desafiados por setores econômicos auto-organizados e por cadeias produtivas autorreguladas, nem as relações socioeconôm-

micas por ele até então disciplinadas ficaram totalmente isentas de qualquer controle jurídico – até porque os próprios projetos de ‘flexibilização’, privatização, desestatização, desregulamentação e desconstitucionalização acima mencionados tiveram, paradoxalmente, sua execução viabilizada por uma produção normativa abundante, complexa e específica. Na realidade, o que ocorreu foi um processo de mudança estrutural com dupla face [...]. (FARIA, 2004, p. 140)

Ainda que se possa compreender mudanças na forma de intervenção do Estado, ou mesmo discutir se ele deixa de ser interventor, curioso é notar que na atualidade pode haver nele uma mudança estrutural, tal como no próprio direito – porque também seria forçoso anunciar alguma crise do direito em virtude mesmo da desregulamentação ou inflação normativa sem que se estabeleçam parâmetros de comparação, ou se investigue o que vem a ser a mudança da noção de sistema que passa a ocorrer a partir da segunda metade do século XX, quando sistemas internos dão lugar a sistemas externos, como salientara Mario Losano (2008).

Sobre este assunto, Giorgio Agamben entende que “[...] o direito parece não existir senão através de uma captura da anomia, assim como a linguagem só pode existir através do aprisionamento do não linguístico.” (AGAMBEN, 2004, p. 93) Assim, as situações típicas de exceção, em vez de significar uma ameaça permanente de degenerescência ao direito, passam a ser vistas em Agamben como manifestação do vazio que sustentaria o próprio direito. Pois, segundo as próprias análises de Schmitt, “[...] a ordem, deve ser estabelecida para que a norma jurídica tenha algum sentido. Deve ser criada uma situação normal, e o soberano é aquele que decide, definitivamente, sobre se tal situação normal é realmente dominante.” (SCHMITT, 2006, p. 15) A suspensão do direito, não somente dá a ele força, como é, para Schmitt, aquilo mesmo que o funda. Em suma, longe de ameaçar, a crise impulsiona a instituição do direito. Além disso, é de se pensar até que ponto é legítima uma emergência,

por exemplo, por um apelo aos fatos. Isto porque a crise pode ser fundante e o direito pode ser suspenso alheio a qualquer crise verdadeira, como salienta o professor Pierre Laurent Frier (1987) em seu tratado sobre urgência.²

Neste contexto entre uma indiscernibilidade entre normalidade e exceção, entre lei e decisão ou mesmo entre linguagem e realidade, as teorias de Luhmann e Habermas, de forte caráter sociológico, podem ser fontes interessantes de estudo sobre o direito e a sua abertura e flexibilização, uma vez que se deparam com a impossibilidade do direito de lidar com aquilo que ele não pode dizer. Em Luhmann tem-se o indizível na grande complexidade e contingência, as quais devem ser sanadas pela criação de sistemas. Habermas, por sua vez, fala em insuficiência das instituições em se manter alheias à teia de discursos que compõe a esfera pública, o que põe o autor a propor um consenso fundamental sobre procedimentos jurídicos para que possa surgir uma razão comunicativa. Ainda assim, ambas as teorias lidam com meios em que o aparato institucional procura capturar aquilo mesmo que seu conteúdo não dá conta. Entretanto, assim o fazendo, o direito como procedimento faz com que do direito reste apenas sua forma, como ficção ou mera força-de-lei. Eis que essa tentativa de regular aquilo que supera as fronteiras do direito é que deve ser pensada como situação de crise.

Algumas célebres decorrências dessas teorias são o impacto na criação do direito reflexivo de Teubner ou Willke, cuja maior preocupação é falar da heterarquia do direito pós-moderno ou do pluralismo jurídico, em que pesaria a faculdade do Estado ser apenas mais um entre outros agentes, e, no caso do Brasil, no pensamento de autores, como Tercio Sampaio Ferraz Jr, João Maurício Adeodato ou mesmo os já citados Marcelo Neves e José Eduardo Faria, estes últimos muito preocupados em pensar o problema brasileiro na forma de uma crítica sistêmica. Marcelo Neves (2008), por exemplo, ressalta os perigos de se pensar um direito heteronômico quando as instituições ainda são frágeis, o que é uma demonstração de extrema lucidez para o caso brasileiro. Direito reflexivo e crítica sistêmica apresentam-se como duas posições originais e diversas acerca de uma crise com vários nomes: aquela busca um

modelo teórico ao direito em tempos pós-modernos e esta utiliza o debate de Luhmann e Habermas para repensar o proceder das instituições em países com grandes problemas sociais e políticos, principalmente tomando por objeto de estudos o Brasil. Isto demonstra que esse debate entre Luhmann e Habermas tanto serviu para se argumentar uma maior abertura ao direito como para uma reflexão sobre o excesso de abertura.

Conforme indicara Mario Losano (2008), a noção de sistema no direito contemporâneo faz uso de elementos não jurídicos para seu próprio funcionamento, no que se inclui Luhmann e Habermas. Pode-se, pois, perguntar até que ponto isto não deixa de ser um argumento de crise. Curioso é que teorias tipicamente neoconstitucionalistas, que embora não sejam uma só, tendem a argumentar em favor de uma abertura do direito para a decisão em razão de necessidades reais (mas sem trazer modelo, deixando a coisa caso a caso), e as teorias sociológicas, que a princípio preocupar-se-iam com a facticidade, tendem a construir modelos teóricos próprios que nem sempre permitem uma aproximação direta entre a decisão e os fatos. Assim, por incrível que pareça, a sociologia do direito tende a teorizar mais sobre o direito enquanto linguagem e a teoria do direito ou a hermenêutica jurídica, por estar mais atrelada ao problema de resolução de conflitos reais, procura levar os fatos em primeiro lugar para o estabelecimento de suas teorias. Mas se a sociologia do direito é menos próxima dos fatos ela não é menos fatalista, pois, ainda assim, insere-se em um contexto de abertura geral do direito em que se pensa o sistema jurídico como capaz de se utilizar de elementos externos ao próprio direito, algo muito marcante nos tempos atuais. E a justificação tem sempre um tom de crise, que possui diversos nomes. O verbete do sociólogo Carbonnier (1988) já demonstra que a retórica de crise já estava presente tanto em 1929 como em 1959. Não poderia ser diferente em 2009. Enfim, dado que a linguagem nunca coincide com a realidade, sempre haverá crise. Se o Estado não dá conta da complexidade social, dever-se-ia questionar: algum dia ele pôde dar conta do indizível em situações normais? A teoria do direito parece tomar tal crise como se fosse algo recente, daí o fatalismo e a justificação de um direito emergencial e decisionista. Seja qual for o nome da

crise – complexidade, contingência ou esfera pública –, cumpre saber o que as teorias de Luhmann e Habermas não procuraram fazer: colocar em questão o papel da instituição do direito ou da problemática da decisão ou pelo menos das decisões em excesso ou falta de conteúdo delas. Em Luhmann isto nem é um problema porque não é seu objeto de estudo; em Habermas há uma delegação dessa competência para a onírica razão comunicativa. Levar esta falha da linguagem adiante – a própria falha da representação – consiste em lidar com os paradoxos que sempre existiram no direito sem, por isso, cair no desespero.

Names of the crisis: Luhmann, Habermas and fatalism in the opening of law

By the second half of the 20th century, the system of laws open itself to external elements. In this context, sociological and pragmatical theories become more and more usual, specially in the role of giving answers to modern complex societies. This article presents the theories of Luhmann and Habermas and later shows the some ways in which those theories were used. In the name of the crisis, usually associated with the incapacity of the right to deal with complexity, a law of emergency takes place, but not necessarily associated with any decadence.

Key words: Crisis; Luhmann; Habermas; complexity; public sphere.

Notas

- 1 Sobre a razão prática, diz Habermas que “a filosofia prática da modernidade parte da ideia de que os indivíduos pertencem à sociedade como membros a uma coletividade ou como as partes a um todo que se constitui através da ligação de suas partes” (HABERMAS, 2003, p. 17). Contudo, as sociedades modernas se tornaram tão complexas a ponto de não mais se poder utilizar de forma indistinta a divisão entre sociedade centrada no Estado e sociedade formada por indivíduos. Nessa impossibilidade de se sustentar uma fundamentação na teleologia da história, ele prefere repensar a razão prática associada a um *medium* linguístico, o que o leva à razão comunicativa. “A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* linguístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no telos linguístico do entendimento, formando um ensemble de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras.” (HABERMAS, 2003, p. 20).

- 2 Nem sempre, no entanto, se pode dizer que este apelo aos fatos seja algo concreto, já que a reivindicação é também um trabalho retórico. Sobre este assunto, que considera os fatos como justificadores ou pretexto para normas de urgência, diz o professor francês Pierre-Laurent Frier que “sem dúvida, numerosas obras foram dedicadas aos poderes de crise e à jurisprudência das circunstâncias excepcionais. Se elas parecem concernir, ao menos indiretamente, ao tema da urgência, esses livros permanecem, no entanto, em função mesmo da matéria escolhida, parciais. Eles vislumbram essencialmente as hipóteses segundo as quais o Estado estaria confrontado a uma situação extraordinária. Também negligenciam, pela força das coisas, uma parte do problema da urgência posto que esta, e a doutrina é unânime sobre este aspecto, está presente em conjunturas muito mais banais: ela pode existir alheia a qualquer crise.” (FRIER, 1987, p. 2, tradução nossa)

Referências

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1988.

FARIA, José Eduardo C. O. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRIER, Pierre-Laurent. *L'Urgence*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à escola histórica*. Tradução de Carlo Abreu Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora universidade de Brasília, 1980.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

TEUBNER, Günther. Direito, sistema e policontextualidade. Tradução de Brunela Vieira de Vincenzi e outros. Piracicaba: Unimep, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução ao castelhano de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002.

recebido em 4 set. 2009 / aprovado em 25 out. 2009

Para referenciar este texto:

OLIVEIRA, L. D'A. Os nomes da crise: Luhmann, Habermas e fatalismo na abertura do direito. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 445-462, jul./dez. 2009.