

ENTRE OS SISTEMAS E A ESFERA PÚBLICA, UMA REFLEXÃO TEÓRICA SOBRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO.

Pedro Curvello Saavedra Avzaradel*

RESUMO

O presente se propõe a discutir fenômeno jurídico a partir dos paradigmas desenvolvidos por Niklas Luhmann e Jürgen Habermas. Nesse sentido, o presente estudo possui por objetivo refletir sobre a incorporação de ambas teorias, tendo por base o contexto hodierno. Se, por um lado, Niklas Luhmann entende a sociedade como conjunto de sistemas autopoieticos cujo desenvolvimento não segue qualquer teleologia, Habermas enxerga o direito como meio especial de intermediação entre os anseios do “não-sistêmico” mundo da vida e o poder administrativo. Para o segundo autor, o direito extrai sua legitimidade de maneira dupla, conforme a perspectiva estratégica ou performática dos agentes. Não se trata, sobremaneira, de uma tentativa de esgotar todos os aspectos teóricos presentes nas vastas obras dos dois autores, mas antes de trazer indícios de complementaridade sistêmico-discursiva esboçados no modelo teórico proposto por Marcelo Neves. Assim, o principal marco teórico para o presente trabalho é o livro *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. A referida obra é a principal fonte de consulta do presente estudo. Também foram consultadas obras de Habermas e Luhmann. Ao final, pretende-se, ainda que de forma incipiente, chegar a conclusões sobre a aplicação do modelo proposto por Neves à realidade brasileira e indicar, sob esse prisma teórico, forma de superação dessa mesma realidade.

PALAVRAS CHAVES: SISTEMAS; ESFERA PÚBLICA; DEMOCRACIA

ABSTRACT

This paper is an attempt to describe the legal phenomenon from both systems theory and speech theory paradigms. In very concise lines, to the systems theory, defended by Niklas Luhmann, the world is made of various systems that work and develop on their own luck and from own structures and codes. In this sense Law is nothing but one of

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense.

many social systems made of communications. On the other hand, to Jürgen Habermas the Law has an special role in dealing with collective expectations and turning them into norms that may be recognize as an result of public debate or source of unwanted consequences, depending on how people see them. It is surely not the objective to exhaust all the various characteristics of the two models but instead to reflect about whether it is possible to mix the theories or not on the present context. This possibility appears in the theoretical model constructed by Marcelo Neves. Thus, the main theoretical landmark for the present work is the book *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. To the end, the paper intends, even if in an incipient form, draw conclusions on the application of the model considered for Neves at the Brazilian reality and to indicate, under this theoretical prism, forms of overcoming of this same reality.

KEYWORDS: SYSTEMS; PUBLIC SPHERE; DEMOCRACY

INTRODUÇÃO

As obras de Jürgen Habermas e de Niklas Luhmann possuem originalidade, vasta extensão e se propõem a fornecer ferramentas para o enfrentamento de questões modernas a partir da reformulação de teóricos anteriores e a adoção de conceitos e teorias inovadores. Niklas Luhmann (1927/ 1998) foi professor da Universidade de Bielefeld entre os anos de 1966 e 1993, tendo começado sua carreira acadêmica na década de 1960, em Havard. Neste período, foi aluno de Talcott Parsons. A notoriedade e a originalidade de sua teoria da sociedade advém da utilização da teoria sistêmica na análise social¹. A sociedade é vista como sistema e teria surgido não por uma necessidade, mas em razão do acaso presente nas primeiras distinções, sem vinculação a qualquer “natureza prévia”. Não há alusão a “princípios apriorísticos”. A sociedade é um tipo particular de sistema composto não por indivíduos, mas por comunicações, institucionalizando as últimas reduções básicas da complexidade. A redução da complexidade é processo social permanente e “motor da evolução dos sistemas”. Por seu turno, Jürgen Habermas (1929-) doutorou-se em 1954 trabalhou como professor

¹ Para uma análise da perspectiva sistêmica na sociologia do direito, com a visualização das continuidades e rupturas dessas com a sociologia do direito tradicional, vide o trabalho de Marcelo Mello: a perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. Revista Tempo Social, 2006, vol. 18, n. 1, p. 370-371).

assistente de Theodor W. Adorno. Lecionou nas universidades de Heidelberg e Frankfurt, sendo considerado um dos maiores expoentes da chamada Escola de Frankfurt. A teoria de Habermas se baseia no indivíduo e nas suas formas de aprendizado. Para ele, são os mecanismos de aprendizado que viabilizam ao aumento da complexidade e da diferenciação sociais². Para Habermas, a “lógica do desenvolvimento” (as relações intersubjetivas normativamente orientadas) é a chave para entender a evolução social. Ambos os autores possuem críticas recíprocas. Por um lado, Luhmann critica o aspecto normativo da teoria de Habermas, baseada no princípio do discurso. Por outro, Habermas faz duras críticas ao caráter objetivista da teoria dos sistemas e a falta de base empírica na aferição da autonomia de diferentes sistemas.

No âmbito da teoria luhmanniana, os sistemas necessitam para surgirem e diferenciarem-se de um meio externo, marcado pela complexidade³ (*unmarked place*), que leva indivíduos à uma dupla contingência⁴ (*noise*), a partir da qual realizam seleções com o intuito de reduzir a complexidade. Formam-se então os códigos binários, surgindo posteriormente a comunicação⁵. Surgem em seguida o compartilhamento de expectativas e, por último, a sociedade, formada de comunicações⁶ e diferenciada de seu entorno (vida orgânica, matéria física, sistemas psíquicos individuais, etc.). Luhmann define as instituições como “expectativas referentes às expectativas de terceiros, independentemente dessas expectativas se confirmarem ou não”⁷.

De acordo com essa concepção, os seres humanos deixam de ser centro do sistema, sendo sujeitos apenas em relação ao seu sistema psíquico. Os sistemas social e

² NEVES, ob. Cit., p. 25.

³ A complexidade pode ser definida campo ilimitado de possibilidades. O Glossário sobre a Obra Social de Luhmann (Glossário) indica que a complexidade significa que nem todos os elementos estão relacionados entre si. Como seu fundamento está a distinção entre elemento e relação.

⁴ O que é contingente é o meramente possível. De acordo com Glossário, tal conceito teria origem na obra de Talcott Parsons e indica o fato de que tanto Alter como Ego observam as seleções um do outro como contingentes, ou seja, possíveis. Ainda segundo o Glossário, um dado é contingente quando resulta de uma seleção dentre possibilidades.

⁵ Nos termos do Glossário, a comunicação é o último elemento a compor os sistemas sociais, sendo composta de três elementos: i) emissão de um ato de comunicação; ii) informação e iii) entendimento, que a diferencia dos dois primeiros. A informação consiste numa seleção entre o que se diz e o que se exclui ao fazer-lo. O entendimento pode ser explicado pela atribuição de significados diferentes à emissão e à informação (ex: aceno à distância = pressa ou nojo?), existindo também nos casos de “mal entendidos”. A comunicação é um evento instantâneo (e não uma seqüência de seleções) que produz (e não transfere) informações.

⁶ As comunicações são entendidas como eventos instantâneos que se exaurem assim que realizados. A identidade dos sistemas surge com a delimitação de um campo próprio de comunicações e com a ordenação destas segundo estruturas.

⁷ Curso de Sociologia Jurídica, Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 62.

psíquico se relacionam, enquanto entorno um do outro, segundo uma relação de interpretação⁸ propiciada pelo sentido. Os indivíduos são, portanto, meio do sistema social. Tal afirmativa não diminui sua importância já que, como visto, sem aqueles este não poderá existir enquanto autopoietico. “Os sistemas não existem no vazio”⁹. Os limites do sistema são atribuídos por meio do sentido¹⁰ e operam em contínua seleção, classificando os elementos da realidade segundo o código binário próprio (pertence ou não ao sistema), ou seja, numa contínua diferenciação do meio que se dá pelo sentido. “Sem sentido não há limites frente ao meio, e sem limites não há sistema”¹¹.

Sistemas produzem a si mesmos. O estímulo inicial procede do meio, mas, uma vez constituídos, os sistemas geram seus próprios produtos e subsistemas. Neste sentido Luhmann usa do termo autopoiesis (auto produção) para designar os sistemas que, a partir de seus elementos, produzem novos elementos. Esse é o nível básico da auto-referência autopoietica, havendo ainda dois graus posteriores: a reflexividade e a reflexão. A reflexividade pode ser definida como auto-referência dos procedimentos em relação ao sistema. É a identidade do processo referente e do processo referido com o código binário do sistema¹². Já a reflexão a operação auto-referencial tem por objeto o próprio sistema, podendo-se citar uma teoria do sistema, incorporada pelo mesmo¹³. A autopoiese consiste, simultaneamente, num fechamento operacional (auto-produção de elementos) e numa abertura aos estímulos do meio, ao conhecimento e à incorporação de novos elementos, de novas comunicações, segundo o sentido e os códigos do sistema, ou, ainda, segundo seu programa¹⁴. Desta maneira, o fechamento operacional do sistema é a condição de sua abertura cognitiva.

⁸ A interpretação ocorre quando dois sistemas se percebem reciprocamente como complexidades irreduzíveis, valendo-se, um do outro, como dados à redução de sua própria complexidade. A mediação da relação ente esses dois sistemas auto-referenciais se dá por meio do sentido.

⁹ AMADO, Juan A. Garcia. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann, in Niklas Luhmann: Do Social à Teoria Jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 325.

¹⁰ O sentido consiste, nos termos do texto, em uma estratégia de seleção a partir dos códigos binário que, a um só tempo, diminui e aumenta a complexidade. O próprio sentido se atualiza com o tempo, atualizando com si o conjunto de possibilidades frente à realidade.

¹¹ AMADO, ob. cit., p. 309.

¹² NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 65. Nas palavras de Luhmann: “A teoria dos sistemas autopoieticos exige sobretudo que se determine com que exatidão a operação que realiza a autopoiesis do sistema e que, através disso, reproduz tanto os elementos como também a diferença entre o sistema e o ambiente, isto é, a forma do sistema”. (Luhmann: Sobre os fundamentos teórico-sistêmicos da teoria da sociedade).

¹³ Idem.

¹⁴ Em seu curso de Sociologia Jurídica (Vol. II., p. 27) Luhmann explica: “o conceito de programa significa que os problemas podem ser definidos especificando-se as condições restritivas de suas soluções

A evolução para Luhmann não se dirige a um fim determinado, não se podendo falar em teleologia da evolução sob a perspectiva sistêmica¹⁵, uma vez que os sistemas reproduzem a si mesmos em relações que ocorrem ao acaso. A evolução está relacionada ao aumento da complexidade e ocorre em três momentos: i) variação (comunicação inesperada); ii) seleção (incorporação de comunicação segundo o código do sistema à sua estrutura); iii) restabilização (compatibilização das novas expectativas com o sistema). A sociedade moderna para Luhmann é supercomplexa¹⁶. Nesse sentido ele avalia de maneira não cronológica a evolução do direito¹⁷, de acordo com a maneira como os sistemas jurídicos incorporam condutas desviantes e as adequa ao código lícito/ilícito. O direito moderno para Luhmann se caracteriza pela diferenciação das etapas evolutivas. O procedimento legiferante atua como critério de validade (seleção) e a restabilização ocorre por meio da dogmática¹⁸.

A concepção luhmanniana do fenômeno jurídico pressupõe, segundo Neves, à eliminação do problema da fundamentação a partir da positivação, advindo daí uma neutralização moral. No mesmo sentido Habermas diz que Luhmann elimina a razão prática (voltada para a obtenção de resultados práticos) através do conceito de autopoiesis dos sistemas¹⁹. Sob essa estrutura sistêmica de neutralizada moralmente, o problema da justiça passa a ser visto externamente como complexidade adequada e internamente como consistência das decisões²⁰.

Se Luhmann se destaca por ter aplicado às ciências sociais a teoria dos sistemas autopoieticos, Habermas, por sua vez, destaca-se por utilizar em sua análise da sociedade elementos da psicologia cognitiva, dentre os quais se destaca a tensão primeira entre idéia a realidade²¹. Ao reinterpretar os estágios de julgamento moral

e que eles são solucionáveis através de decisões baseadas nessa definição; além disso, o caráter pragmático significa que mesmo essa definição do problema é realizada por processos decisórios e é testada também por decisões”.

¹⁵ NEVES, ob. cit., p. 5.

¹⁶ NEVES, ob. cit., p. 14.

¹⁷ Em seu curso de Sociologia Jurídica (Vol. II., p. 28) Luhmann explica que “o direito estabelece uma expectativa condicional no sentido de uma relação se/então, entre conjunto de fatos e conseqüências jurídicas, cujo exame pressupõe o exame e a seleção, ou seja um ato decisório.

¹⁸ NEVES, ob. cit., p. 23-24.

¹⁹ Direito e Democracia: entre facticidade e validade, volume I, p. 18.

²⁰ NEVES, ob. cit., p. 84-85.

²¹ Nas palavras de Habermas: “um leque de idealizações inevitáveis forma a base contra-factual de uma prática de entendimento factual, a qual pode voltar-se criticamente contra seus próprios resultados ou transcender-se a si própria. Deste modo, a tensão entre idéia e realidade irrompe na própria facticidade de formas de vida estruturadas lingüisticamente. Os pressupostos idealizadores sobrecarregam, sem dúvida,

segundo sua visão comunicativa, Habermas defende que o “amadurecimento cognitivo” está vinculado ao descentramento da visão de mundo entre as esferas objetiva, subjetiva e social. Assim a sociedade pode-se encaixar em três níveis gerais de perspectiva social²². Se Luhmann elimina a razão prática²³ por meio da teoria dos sistemas, Habermas, para explicar a interação social, a substitui pela razão comunicativa, o que, nas palavras dele, “vai muito além de uma simples troca de etiqueta”²⁴.

A interação comunicacional está sempre sujeita ao risco do dissenso, que pode ser ou não resolvido por meio da comunicação. Quando isto não ocorre, segundo Habermas, os atores envolvidos na dita interação mudam sua perspectiva e passam a agir de maneira estratégica visando objetivos, resultados, ou seja, de maneira instrumental, sendo possível uma saída normativa das interações marcadas por tal lógica. Desta maneira, a regulação normativa deve ser capaz de persuadir os atores, qualquer que seja sua perspectiva. Em agindo estrategicamente, devem ver nas sanções conferidas pelas normas fatos capazes de motivar sua conduta conforme a regra. Em agindo de maneira performática, devem poder reconhecer nas normas pretensões de validade reconhecidas intersubjetivamente e derivadas de um processo reconhecido como racional e legítimo²⁵.

a prática comunicativa cotidiana; porém, sem essa transcendência intramundana, não pode haver processos de aprendizagem (Direito e Democracia: entre facticidade e validade, volume I, p. 21).

²² NEVES, ob. Cit., p. 28.

²³ Segundo Habermas: “a razão prática volta-se para o arbítrio do sujeito que age segundo a racionalidade de fins, para a força de decisão do sujeito que se realiza autenticamente ou para a vontade livre do sujeito capaz de juízos morais, conforme seja usada sob os aspectos do adequado a fins, do bom ou do justo. Com isso, alteram-se a cada momento a constelação entre razão e vontade, e o próprio conceito de razão prática” (Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Revista Estudos Avançados. São Paulo, volume. 3, n. 7, 1989, p. 12. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 29/01/2008).

²⁴ Ob. Cit, volume I, p. 19. Nas palavras de Habermas, “a razão comunicativa, distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrosujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no telos lingüístico do entendimento, formando um *ensemble* de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras... ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir. Ela possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contra-factual... possibilita, pois, uma orientação na base de pretensões de validade; no entanto ela mesma não fornece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa, nem imediatamente prática (ob. cit, p. 20-21)”.

²⁵ Ob. cit., volume I, p. 41-47. Nas palavras de Habermas: “para o que age estrategicamente, ela se encontra no nível de fatos sociais que limitam externamente o seu espaço de opções; para o que age comunicativamente, porém, ela se situa no nível de expectativas obrigatórias de comportamento, em relação às quais se supõe um acordo racionalmente motivado entre parceiros jurídicos. Por isso o ator poderá atribuir a uma prescrição juridicamente válida o *status* de um fato com conseqüências prognosticáveis ou a obrigatoriedade deontológica de uma expectativa normativa de comportamento” (idem, p.52).

Para Habermas a sociedade engloba o sistema e o mundo da vida, sendo este último o “maciço pano de fundo consensual” para as ações comunicativas²⁶. Por isso, a evolução da sociedade também poderia ser analisada sob este aspecto, a partir do grau de diferenciação entre os sistemas, regidos por sua lógica própria e instrumental, e o mundo da vida e, conseqüentemente, entre o agir racional e o comunicativo. O problema da modernidade – a colonização do mundo da vida - consiste justamente no domínio excessivo da razão prática, que acaba subordinando a razão comunicativa por meio de técnicas e sistemas. Habermas se opõe à teoria dos sistemas por prever esferas não subordinadas a qualquer sistema ou lógica sistêmica, o mundo da vida e a esfera pública.

A esfera pública²⁷ organiza fluxos comunicacionais e inclui diversas redes de comunicação que se sobrepõem e cuja fronteira é fluída, sendo formada de forma quase espontânea num ambiente garantido dos direitos humanos. Por ser estruturalmente anárquica, está exposta às desigualdades sociais e ao acesso desigual a informações²⁸. Por isso, “precisa contar com uma base social na qual os direitos iguais dos cidadãos conseguiram eficácia social”. Consiste numa rede super complexa e abrange arenas nacionais, regionais e internacionais, entre outras, articulando-se em torno de temas específicos, porém acessíveis ao público leigo. Habermas prevê três níveis de esfera pública, diferenciados de acordo com sua organização, com o alcance e a densidade da comunicação que produz, e que se relacionam. As esferas pública podem ser episódica (bares, manifestações, etc.), de presença organizada (reuniões de partidos políticos, Estados, etc.) e abstrata (leitores, debatedores virtuais, etc.)²⁹. O conceito de esfera pública pressupõe um espaço concreto formado por pessoas virtualmente atingidas pelos problemas discussão. Logo, não está isolada da esfera privada³⁰.

²⁶ Ob. Cit, volume I, p. 40. Nas palavras de Habermas: “o mundo da vida forma o horizonte para situações de fala e constitui, ao mesmo tempo, a fonte das interpretações, reproduzindo-se somente através do agir comunicativo” (Idem, p.41).

²⁷ NEVES, ob. Cit., p. 48-50. Nas palavras de Habermas: “A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois ela não uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois, mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis” (ob. cit., volume II, p. 92).

²⁸ Ob. Cit., volume II, p. 33, 54.

²⁹ Ob. Cit., volume II, p. 107.

³⁰ “Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública tem que reforçar a pressão exercida pelos problemas, ou seja, ela não pode simplesmente limitar-se a percebê-los e a identificá-los, devendo, além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar” (Ob. Cit., volume II, p. 91)... “Os canais de

O direito é para Habermas a esfera de intermediação entre o sistema e o mundo da vida e se caracteriza pela existência de procedimentos institucionalizados que garantem a formação imparcial³¹. Também é conceituado como meio de conversão entre o poder comunicativo (expresso na formação democrática da vontade estatal) em poder administrativo³² – dominação legal racional no sentido weberiano³³. Ao caracterizar a teoria do agir comunicativo e suas tarefas, Habermas indica o Direito Moderno como capaz explicar a reprodução social no frágil solo das pretensões de validade transcendentais e uma coesão que “resulta simultaneamente da ameaça de sanções externas e da suposição de um acordo racionalmente motivado”³⁴. Neste ponto está a tensão entre facticidade e validade que atribui título à obra de Habermas em questão³⁵.

A legitimidade do direito está ligada ao processo legislativo onde ocorre a integração social (em última instância, num arranjo comunicacional). Esse processo deve ser conduzido de maneira que cidadãos autônomos dele participem performaticamente. Os destinatários da norma devem poder reconhecer a si mesmo sob a ótica performática como autor da norma, sendo esse o conteúdo do princípio do discurso. Este princípio necessita da forma jurídica para que se concretize como princípio da democracia, colocando as autonomias pública - expressa pela soberania do povo - e privada – expressa pelas liberdades fundamentais - em relação de co-origem e mútua pressuposição. “*Uma autonomia privada assegurada serve como ‘garantia para a emergência’ da autonomia pública, do mesmo modo que uma percepção adequada da autonomia pública serve como ‘garantia da emergência’ da autonomia privada*”³⁶. O paradigma procedimentalista ou a visão procedimental, ou ainda procedural, do direito procura, assim, superar a oposição entre as autonomias pública e privada, garantindo-as

comunicação da esfera pública engatam-se nas esferas da vida privada - as densas redes de interação da família e do círculo de amigos e os contatos mais superficiais com vizinhos, colegas de trabalho, conhecidos, etc. – de tal modo que as estruturas espaciais de interações simples podem ser ampliadas e abstraídas, porém não destruídas... a esfera pública retira seus impulsos da assimilação privada de problemas sociais que repercutem nas biografias particulares” (Ob. Cit., volume II, p. 98).

³¹ Nas palavras de Habermas, “a linguagem do direito pode funcionar como transformador na circulação da comunicação entre sistema e mundo da vida, o que não é o caso da comunicação moral, limitada à esfera do mundo da vida”.

³² Habermas, ob. cit., vol. I, ps. 180; 190 e 212.

³³ NEVES, ob. Cit., p. 118-119.

³⁴ Ob. cit., volume I, p. 25.

³⁵ “No modo de validade do direito, a facticidade da imposição do direito pelo Estado interliga-se com a força de um processo de normatização do direito, que tem na pretensão de ser racional, por garantir a liberdade e fundar a legitimidade. A tensão entre esses momentos, que permanecem distintos, é intensificada e, ao mesmo tempo, operacionalizada, em proveito do comportamento” (Idem, p. 48).

³⁶ Ob. cit., Vol. II, p. 146.

de maneira dialética e interdependente por meio de processos comunicacionais institucionalizados pelo direito.

A concepção de Estado Democrático sob o paradigma sistêmico pressupõe não apenas uma autopoiese jurídica, mas também política, considerando-se o sistema político como aquele capaz de produzir decisões coletivamente vinculantes sem a influência de fatores externos e particularismos. O código binário do sistema político seria hodiernamente a diferença entre governo e oposição (poder/não-poder). Nessa visão, a política, através de seus programas (procedimentos eleitorais, parlamentares, burocráticos) relaciona-se com o ambiente composto pelos sistemas econômico, afetivo, moral e científico. A (dupla) circularidade entre público, política e administração implica um processo de filtragem seletiva do sistema político enquanto auto-referencial. O público elege programas e agentes políticos. Os agentes com base nos programas tomam decisões vinculantes que são postas em prática pela administração, repercutindo sobre o público, que reage nos seguintes processos eleitorais e nas manifestações de opinião. Por outro lado, os programas políticos são determinados levando em conta as medidas executadas pela administração, que necessita de apoio do público para seu êxito. O público depende da pré-seleção de programas e pessoas na política³⁷. A complexidade de desejos e opiniões da sociedade (dissenso) atua como fator de pressão seletiva.

O Estado Democrático de Direito, segundo o pensamento de Luhmann é caracterizado pela relação específica entre os sistemas político e jurídico. Nesse modelo, o código lícito/ ilícito passa a ser o segundo código do poder político e os sistemas em questão passam a se referir reciprocamente um ao outro. Decisões políticas são controladas pelo sistema jurídico, ao mesmo tempo em que este último sistema depende da emissão de normas gerais pelo poder político. Trata-se de uma hetero-observação recíproca - intensa e permanente, de um entrecruzamento horizontal. As complexidades de ambos os sistemas são partilhadas, podendo-se usar aqui o termo *order from noise* já que “a ordem jurídica é construída a partir do caos político e a ordem política é construída a partir do caos jurídico”³⁸. A relação entre direito e política se dá também ao

³⁷ NEVES, ob. cit., p. 86-87.

³⁸ NEVES, ob. cit., p. 88-92. Neves também traz nesta parte de sua obra a posição divergente de Teubner. Segundo Teubner, a relação entre os sistemas jurídico e político seria conflituosa, havendo interferências entre ambos (ob. cit., p. 93).

nível de seus programas - condicional e finalístico, determinando além da operacionalidade a abertura cognitiva de ambos sistemas. Assim, a legislação surgida do procedimento legislativo – político, de caráter finalístico – determina a capacidade de aprendizado do sistema jurídico. Por outro lado, as decisões de controle de constitucionalidade – eminentemente jurídicas e condicionais – passam a considerar aspectos finalísticos³⁹.

Surge então a constituição, em sua acepção moderna, como fator e produto da diferenciação recíproca da política e do direito - acoplamento estrutural entre esses sistemas. “A constituição assume a forma de acoplamento estrutural, na medida em que possibilita influências recíprocas permanentes entre direito e política, filtrando-as”⁴⁰, sendo, no entanto, percebida por cada um dos sistemas como elemento próprio, mecanismo interno de sua auto-reprodução. No sistema jurídico substitui-se uma hierarquia externa ao sistema (ex: direito natural; teologia) por outra interna e segundo a lógica jurídica. É um mecanismo reflexivo que influencia a capacidade de aprendizado do sistema. Sob o prisma político, a constituição é elemento imunizador. Através dos procedimentos eleitorais e a divisão dos poderes por ela regulados, o sistema político fica imunizado contra as influências diretas do seu meio, fato que possibilita sua autopoiese e sua diferenciação do sistema jurídico⁴¹.

Quanto ao modelo de Estado Democrático de Habermas, neste a autonomia do direito resulta de procedimentos institucionalizados. O direito na visão habermasiana é caracterizado por uma tensão entre instrumentalidade e indisponibilidade. A instrumentalidade é o uso do direito como meio de controle político/econômico. A indisponibilidade é o caráter moral do direito e que contrabalança seu uso instrumental. E mesmo este último uso exige respeito a procedimentos baseados em princípios universais. Percebe-se claro antagonismo deste modelo em relação ao sistêmico, reconhecendo-se o direito enquanto instrumento político e fundamentado moralmente.

³⁹ NEVES, ob. Cit., p. 94.

⁴⁰ NEVES, ob. cit., p. 97. Segundo Luhmann (1993a: 441, *apud* Neves, ob. cit., p. 97), “o acoplamento estrutural importa que o sistema duradouramente pressupõe e conta, no plano de suas próprias estruturas, com particularidades de seu ambiente”.

⁴¹ NEVES, ob. Cit., p. 99-102.

A tensão entre validade e facticidade - inerente ao direito, não se soluciona com a mera normatividade⁴².

Habermas propõe o paradigma procedimentalista ou precedural⁴³ como caminho para sair da crise do Estado social - marcado pela tentativa de garantia fática de liberdades fundamentais tendo em vista sua distribuição desigual por influencia de fatores sistêmicos sócias - partindo dos pressupostos de que (i) não cabe voltar ao paradigma liberal, preocupado apenas com a atribuição e administração das liberdades fundamentais; (ii) estar o Estado social na contramão da autonomia privada; (iii) o projeto do Estado social deve ser continuado em num nível superior.⁴⁴

Habermas propõe com o paradigma procedimentalista uma maior participação coletiva nos processos decisórios e uma descentralização do poder legislativo, constituindo o núcleo deste a combinação e mediação recíproca das soberanias institucionalizadas e não institucionalizadas. Tal paradigma orienta o legislador para a garantia das condições de mobilização do direito. Num contexto de alta diferenciação social e de ruptura entre o conhecimento e a consciência de grupos ameaçados, isto implica capacitar os indivíduos para que estes possam influenciar o processo decisório do Estado⁴⁵.

DESENVOLVIMENTO

Após uma análise dos paradigmas sistêmico e discursivo, Marcelo Neves apresenta o seu modelo, caracterizado, a nosso ver, por uma dupla perspectiva. Essa duplicidade de resulta da utilização de elementos retirados das teorias de Habermas e Luhmann, seja de maneira fidedigna, seja na forma de reapropriações críticas⁴⁶.

⁴² Nesse sentido, o autor alemão acrescenta: “No Estado de direito delineado pela teoria do discurso, a soberania do povo não se encarna mais numa reunião de cidadãos autônomos facilmente identificáveis. Ela se retira para os círculos de comunicação de foros e corporações, de certa forma destituídos de sujeito. Somente nesta forma anônima, o seu poder comunicativamente diluído pode ligar o poder administrativo do aparelho estatal à vontade dos cidadãos” (ob. cit., p. 173).

⁴³ Para uma análise empírica acerca do paradigma precedural do direito na jurisprudência trabalhista vide a obra de Joaquim Leonel de Resende Alvim. O paradigma precedural do direito: traduções da teoria para o direito do trabalho e jurisprudência trabalhista. São Paulo: LTR Ed., 2006.

⁴⁴ Ob. cit., vol. II, p.147-159.

⁴⁵ Idem, p. 181-186.

⁴⁶ Segundo Neves: “...não se trata aqui de uma tentativa de reunir ambas as teorias sob um ‘denominador comum’. Antes, pretende-se – ao destacar-lhes os limites na análise e no esclarecimento do Estado Democrático de Direito como um fenômeno da modernidade – retirar-lhes elementos conceituais que possam servir à construção de um modelo adequado de fundamentação do Estado Democrático de Direito

Para Neves, a esfera pública seria não o lugar de obtenção do consenso tal qual a conceituação habermasiana, mas sim o da intermediação do dissenso conteudístico, característico das sociedades modernas e supercomplexas. Após caracterizar uma sobrecarga consensualista do paradigma habermasiano, Neves sugere sua releitura à luz da teoria dos sistemas⁴⁷. O mundo da vida continua a ser caracterizado por sua lógica assistêmica e pelo uso da linguagem cotidiana não especializada. Sua preferência entre “sim” e “não” é difusa e imprecisa, sendo a base sobre a qual se especificam os códigos e sistemas, fonte de interferências para todos os sistemas sociais.

Embora o mundo da vida seja o pano de fundo da ação comunicativa, também está sujeito interações estratégicas. E ainda que haja a compreensibilidade entre os atores, disso não resulta, necessariamente, entendimento/acordo. Na opinião de Neves, a tendência ao dissenso quanto aos conteúdos é inerente à sociedade moderna supercomplexa, marcada por uma “diversidade incontrolável e contraditória de valores e interesses”. E o mundo da vida é o espaço de reprodução desse dissenso. O respeito às diferenças culturais e à autonomia de esferas autônomas de comunicação constitui o fator de integração e de inclusão do mundo da vida. Na sociedade moderna, o consenso moral busca não alcançar um resultado racionalmente consensual, mas sim proporcionar o dissenso. O consenso moral pressuposto e generalizado se impõe é sobre princípios (padrões de expectativas), tornando possível a interação dissensual⁴⁸. Neste momento surge uma releitura dissensual da esfera pública⁴⁹.

A sociedade civil é entendida como conjunto dos subsistemas sociais não organizados jurídica ou politicamente (ex: economia, ciência, família, religião, arte) e, ao mesmo tempo, local da reprodução da dimensão do mundo da vida. Assim, a esfera

e à compreensão das condições limitantes de sua realização. Sem dúvida algumas reconstruções e reinterpretções em ambas as direções são indispensáveis” (Ob. Cit., p. 124-126).

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ NEVES, ob. Cit., p. 127-128.

⁴⁹ De acordo com Neves, “nessa perspectiva, a esfera pode ser compreendida, no sentido estrito, como campo de tensão entre mundo da vida, de um lado, e sistemas político e jurídico, ou, mais precisamente: como campo de tensão entre o mundo da vida e Constituição enquanto acoplamento estrutural desses dois sistemas. À medida de que constroem procedimentos constitucionais para viabilização, intermediação e absorção do dissenso, a esfera pública pluralista emerge do mundo da vida em forma de interesses, valores de discursos que pretendem, através desses procedimentos, generalizar-se politicamente, isto é, como decisão coletivamente vinculante, e/ou juridicamente, a saber, como norma jurídica vigente” (ob. cit., p. 131).

pública é o campo de tensão entre a sociedade civil, o mundo da vida e a constituição. E esfera pública se apresenta a princípio como algo desestruturado, arena do dissenso.

O desafio do Estado Democrático para Neves é justamente estruturar a esfera pública por meio de procedimentos constitucionais que possam canalizar as exigências dissensuais presentes na sociedade civil e no mundo da vida e que se manifestam na esfera pública. Daí a importância do consenso sobre os procedimentos como fator viabilizador do dissenso contudístico e de sua absorção sistêmica pela Constituição em uma sociedade plural. Esses procedimentos se legitimam não apenas por seu caráter canalizador de demandas da sociedade civil e do mundo da vida, mas, principalmente por sua constante abertura cognitiva e sensibilidade à pluralidade existente na esfera pública, de forma a possibilitar que qualquer dos interesses em jogo possa eventualmente prevalecer.⁵⁰

O Estado Democrático de Direito para Neves estaria sujeito a dois níveis de legitimação: i) o interno (auto-referência), que se materializa pela absorção sistêmica pela constituição de elementos do ambiente formado pela sociedade civil e pelo mundo da vida – imunização contra o dissenso; ii) o externo (hetero-referência) caracterizado pela viabilização pelos procedimentos, de maneira plural e inclusiva, do dissenso contudístico da sociedade⁵¹. A esses dois tipos de legitimação está vinculado o conceito de soberania. Na perspectiva interna ao sistema, a soberania do Estado ocorre com a autopoiesis político-jurídica resultante da Constituição enquanto acoplamento estrutural. Na perspectiva externa, a soberania do Estado se confunde com a soberania do povo, entendida como capacidade de inserção contínua dos mais diversos valores e interesses pela esfera pública pluralista⁵².

A divisão de poderes caracteriza o Estado Democrático de Direito pela existência de hierarquias entrelaçadas entre os procedimentos legislativos, executivos e judiciais. Segundo Neves, essa circularidade horizontal e orgânica entre os procedimentos é o que possibilita a inserção crítica da esfera pública e sua assimilação sistêmica pela política e pelo direito. Outro fator viabilizador da esfera pública é a existência dos direitos fundamentais. As liberdades fundamentais são para Neves

⁵⁰ NEVES, ob. cit., p. 133-136; 140.

⁵¹ NEVES, ob. cit., p. 148-149.

⁵² NEVES, ob. cit., p. 156-166.

condição para que os procedimentos sejam abertos à pluralidade de interesses, valores e discursos da esfera pública, ou seja, para que possa haver a possibilidade de dissenso⁵³.

Sob igualdade no Estado Democrático de Direito, conforme o modelo de Neves – neste ponto a partir de uma reconstrução de Dworkin, esta se manifestaria de maneira recíproca nas perspectivas interna e externa. Na primeira, o sistema político-jurídico, atuaria no sentido de neutralizar desigualdades presentes no ambiente (*equal treatment*). Na segunda a esfera pública daria igual acesso aos mais diversos discursos, iguais respeito e consideração (*treatment as an equal*). Esta perspectiva justifica ações jurídicas de discriminação afirmativa, como meio reagir às desigualdades presentes na sociedade. O princípio da igualdade no modelo de Neves apresenta-se proporcional e sensível às diferenças próprias da realidade social, constituindo-se núcleo da cidadania⁵⁴.

Após construir seu modelo teórico para a compreensão do Estado Democrático de Direito, Neves procura destacar fatores que expliquem sua insuficiente realização na modernidade, seja ela central ou periférica⁵⁵. Desta maneira, identifica dois focos de pressão, quais sejam os particularismos e/ou fundamentalismos e as exigências da sociedade mundial. A sociedade mundial esta organizada e se reproduz de acordo com o código ter/não-ter não conseguindo os Estados assimilar e reduzir a complexidade das relações econômicas no âmbito da sociedade mundial a partir de seus sistemas constitucionais. A hipertrofia do código econômico sobre os códigos político e jurídico asfixia a esfera pública e, logo, todos os elementos presentes no Estado Democrático de Direito tal como descrito por Neves. Já a questão dos fundamentalismos está associada à falta de pluralismo e tolerância dentro da esfera pública. Também se destaca a apatia política da população do Estado favorece o aparecimento de movimentos extremistas – com destaques para os xenófobos - e que os particularismos dificultam a realização da esfera pública de maneira pluralista e vigilante do Estado⁵⁶.

⁵³ NEVES, ob. cit., p. 151-154. Para uma visão mais detalhada sobre a circularidade dos procedimentos, vide NEVES, ob. cit., p. 186-196.

⁵⁴ NEVES, ob. Cit., p. 170-175.

⁵⁵ A distinção de natureza típica ideal de Neves leva em conta estágios de desenvolvimento econômico, de autopoíese sistêmica constitucional e de pluralismo na esfera pública (Ob. cit., p. 226-228).

⁵⁶ NEVES, ob. Cit., p. 216-226.

No que tange à modernidade central - Caracterizada por uma forte legalidade e por uma esfera pública consolidada, Neves aponta como maior problema a questão da hetero-referência, acarretando em duas dificuldades: i) de responder adequadamente às demandas do mundo da vida e dos demais sistemas; ii) de se estabelecer uma relação saudável entre direito e política. A hipertrofia dos sistemas jurídico e político em face dos demais (ambiente) e do mundo da vida - estatalização - produz efeitos desintegradores nesses sistemas e reações desintegradoras por parte destes em face do Estado Democrático de Direito. “A *regulação excessiva obstaculiza o surgimento de alternativas criativas a partir da esfera pública. Anestesiada esta, o Estado isola-se (paradoxalmente, porque expande-se) sem suficiente amparo heterolegitimador*”⁵⁷. Por outro lado o problema da hetero-referência também se manifesta na relação sistêmica não salutar entre direito e política. De um lado a judicialização da política prejudica a legitimação democrática. De outro a politização da justiça traduz-se em decisões tomadas pelas cortes constitucionais com base em critérios políticos e finalísticos⁵⁸.

Já no que tange à modernidade periférica - caracterizada pela falta de autonomia topológica dos sistemas mesmo em face da complexidade, a continuidade de uma moral hierárquica sem qualquer universalidade e a ausência de esfera pública autônoma, o problema maior é a auto-referência dos sistemas jurídico e político. Os modelos de Habermas e Luhmann não compreendem a realidade da modernidade periférica - considerada por Neves como negativa, uma vez que neste não se encontram sistemas diferenciados funcionalmente - auto-referenciais - nem muito menos a presença de uma esfera pública pluralista. A exclusão de grande parte da população inviabiliza a existência de uma esfera pública plural e autônoma. Por sua vez, a ausência dessa esfera pública facilita que particularismos e outros códigos (poder/não-poder; amizade/inimizade; etc.) influam diretamente sobre os sistemas político e jurídico, reproduzindo - ao invés de reduzir como parte da complexidade - as desigualdades (verdadeiros abismos sociais) existentes entre diferentes estratos da população.

Deste modo, inviabiliza-se o fechamento operacional do sistema jurídico, diluindo-se suas fronteiras perante outras esferas de comunicação⁵⁹. As normas editadas não são concretizadas, tendo mero caráter simbólico ou de retórica política, ao que

⁵⁷ NEVES, ob. Cit., p. 232.

⁵⁸ NEVES, ob. Cit., p. 234-236.

⁵⁹ NEVES, ob. Cit., p. 237 -240.

Neves atribui o conceito de desjuridicização fática. Tal como o direito, a política também não realiza sua autopoiesis, tendo seus procedimentos deturpados pela influencia direta de outros códigos, sobretudo o econômico. Sem o código lícito/ilícito como segundo código, a legitimação política pelo procedimento torna-se deficiente. Ausente a constituição como acoplamento estrutural entre política e direito, predomina uma miscelânea de códigos diversos.⁶⁰

A experiência brasileira, na opinião de Neves, é exemplo típico da realidade periférica. A ausência de uma esfera pública plural e heterogênea impede que o direito manifeste sua natureza indisponível, sendo utilizado apenas como instrumento dos meios dinheiro e poder. Os procedimentos constitucionais são marcados por “exclusões” e “privilégios” que impossibilitam a estruturação de uma esfera pública e de uma sociedade igualitária. A autonomia privada – cuja expressão maior são os direitos humanos – não se concretiza, prevalecendo as relações de ‘favores’ e clientelismo. Já a autonomia pública – cuja expressão maior é a soberania – impossibilita-se na medida que os procedimentos constitucionais são marcados pela imparcialidade e pela subordinação a interesses privados e particulares⁶¹.

Pode-se vislumbrar como Reflexo desses problemas um dos graves problemas da modernidade periférica e, sobretudo, do caso brasileiro: o estabelecimento de relações parciais de inclusão de indivíduos conforme seu poder aquisitivo e/ou sua rede de relações pessoais. Assim, por um lado tem-se cidadãos freqüentemente incluídos como sub-integrados, devedores, condenados judicialmente, sem qualquer direito fundamental efetivado ou respeitado. Por outro lado aparecem os sobre-integrados, habitualmente incluídos como detentores de direitos, poderes, competências e prerrogativas, sem qualquer espécie de dever para com o Estado e/ou para a sociedade⁶².

Aos sobre-integrados geralmente atribui-se o status de impune, já que, tendo apenas direitos e prerrogativas, freqüentemente desrespeitam normas, violam o código lícito/ilícito sem sofrer qualquer conseqüência. Aos sub-integrados é reservada uma aplicação legalista (“autista”) do direito, sem a consideração de direitos fundamentais consagrados. Tanto os sub-integrados quanto os sobre-integrados carecem de uma

⁶⁰ NEVES, ob. Cit., p. 242-244.

⁶¹ NEVES, ob. Cit., p. 244 -247.

⁶² NEVES, ob. Cit., p. 254 -255.

cidadania completa - seja pela ausência de direitos ou pela inexistência dos deveres, inviabilizando-se a construção de uma esfera pública que tenha por referencial a legalidade e, logo o Estado Democrático de Direito. Prevalece a cultura da ilegalidade⁶³.

Neves conclui propondo a legalidade como alternativa. O problema não se restringe a uma não concretização do texto constitucional, ou seja, ao seu caráter simbólico. Abrange o fato de não corresponderem à Carta Magna expectativas congruentemente generalizadas por parte da população, faltando ao texto maior normatividade. Para a realização do Estado Democrático de Direito no Brasil não basta apenas concretizar procedimentos constitucionais. Cristaliza-se a urgência de se enfrentar questões sociais como as relações parciais de inclusão, sobretudo de se estender a cidadania plena às parcelas marginalizadas da população.

CONCLUSÕES

Apesar de profícuos o modelo e as conclusões tiradas por Neves em relação ao caso brasileiro, parece-nos imperativo propor, dentro do modelo estudado, algumas diretrizes no sentido de viabilizar o Estado Democrático de Direito no Brasil. Embora essas diretrizes estejam presentes na obra de Neves, elas encontram-se, a nosso ver, dispersas ao longo do texto.

Entendemos, de acordo com Neves, que o maior problema brasileiro seja a ausência de auto-referência dos sistemas político e jurídico. Relacionamos este fato, tal como o aludido autor, à inexistência de uma esfera pública pluralista. Mas se a gênese da inexistência do Estado Democrático de Direito no Brasil se encontra na contínua negação da esfera pública enquanto espaço de construção dissensual da vontade política e do ordenamento jurídico, qual seria o caminho a ser proposto para superar este paradigma? Os elementos se encontram na obra de Neves, ainda que de maneira incipiente dispersa. Talvez isso se deva ao fato de ter a obra em questão como objetivo principal construir um complexo modelo teórico que, numa certa medida, consegue assimilar duas tradições teóricas marcadas por sua complexidade e mútua polarização.

Da forma como percebemos, a construção de uma esfera pública pluralista - capaz de conferir autonomia sistêmica político-jurídica, através da eliminação de particularismos e sobreposições de outros códigos sobre os procedimentos

⁶³ NEVES, ob. Cit., p. 237 -240.

constitucionais – só vislumbra-se como possível com a concretização do princípio da igualdade, ou seja, da cidadania plena. Como vimos, Neves encara tal princípio como núcleo da cidadania. Contudo, pensamos que o autor, ao reconstruir a teoria da igualdade de Dworkin sob o paradigma sistêmico/discursivo, comete um equívoco, evidenciado, sobretudo, após a análise do panorama brasileiro. Após relacionar o “tratamento igual” a uma resposta sistêmica e o “tratamento como igual” à esfera pública pluralista, Neves que aponta que a relação entre esses dois aspectos da igualdade não seria de derivação, mas de “pressuposição recíproca”. Neste ponto, tendo em vista a realidade periférica, discordamos do autor.

Após a análise do caso brasileiro feita por Neves, extraímos que o “tratamento como igual” não se pode concretizar sem que as pessoas sejam igualmente tratadas, incluídas pelo sistema constitucional. Embora na modernidade central grande parte dos direitos fundamentais materiais e de “tratamento como igual” tenham decorrido de tensões geradas pela não concretização do “tratamento igual”, este quadro não pode ser aplicado ao caso brasileiro. Isto porque, embora sempre presentes tais tensões, elas nunca foram o principal motor de mudanças no Estado Brasileiro. A independência, o advento da república, a abolição dos escravos, os direitos trabalhistas, foram determinados por arranjos restritos a determinados grupos de elite, levando em conta fatores exteriores ao próprio Estado brasileiro. Desta maneira, as conquistas formalmente alcançadas/positivadas acabam por traduzirem-se não em expectativas generalizadas, mas sim em instrumentos de retórica simbólica⁶⁴. Não obstante, após a partir da Carta de 1988 percebem-se focos localizados de oposição a essa tendência. Assim podem-se destacar movimentos de parte da sociedade civil e a tensão judicial no sentido da efetivação dos direitos fundamentais a partir de instrumentos como a Ação Popular e, principalmente, pela atuação do Ministério Público através da Ação Civil Publica.

Se identificação de expectativas generalizadas em torno dos direitos fundamentais não ocorre como reflexo de uma tensão natural, possibilita-se o uso retórico desses direitos, as relações parciais de inclusão (sub e sobre integrações) e a marginalização social. A concretização das normas constitucionais - aquisição de força

⁶⁴ Para uma abordagem sobre a Constitucionalização Simbólica no Brasil, vide NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

normativa – depende da geração de expectativas generalizadas em torno do texto maior. Essas expectativas não são geradas ao acaso ou formadas pela mera existência de regras procedimentais. Ao contrário, somente poderão emergir de forma generalizada com a inclusão material plena das camadas marginalizadas. Sem uma educação de qualidade, não se pode gerar expectativas generalizadas acerca do que seja ou deva ser o Estado, a Constituição (política e o direito enquanto sistemas autônomos). A garantia de um educação qualitativa, por sua vez, relaciona-se com aspectos alimentares, de locomoção, enfim, à presença do Estado enquanto garantidor de garantias fundamentais e direitos sociais. Mesmo no quadro das instituições privadas, o que se vê é o ensino de melhor qualidade e não uma educação capaz de preparar cidadãos para agir numa eventual esfera pública. Numa leitura habermasiana, o ensino estaria voltado para uma razão instrumental. Por seu turno, a educação orientaria pessoas para uma razão comunicativa, capaz de – agora já no paradigma dissensual de Neves - promover de maneira qualificada a arena de debates, a esfera pública.

Não por acaso esses direitos, em especial a garantia da educação efetiva – em oposição a um ensino pragmático voltado para o acesso à universidade - capaz de orientar indivíduos para ação na esfera pública, são constantemente negados pelo Estado, dominado pelo particularismo oligárquico, não importando a força política à frente do processo. Cria-se um ciclo vicioso de difícil superação. Assim, a estrutura pública é voltada, quando muito, para o ensino- formação de mão-de-obra - e não para a educação - formação de agentes capazes de influir na esfera pública. Por exemplo, deveres institucionais como a educação ambiental são completamente desprezados, fazendo com que grande parte dos indivíduos não tenha qualquer expectativa generalizada em relação ao meio ambiente, muito menos em relação às leis que o protegem.

Conclui-se após a breve análise acima de que a construção de uma esfera pública pluralista na realidade brasileira “esbarra” na falta concretização de maneira generalizada do princípio da igualdade, especialmente no que tange ao direito de igual tratamento, entendido por nós como base para a sólida afirmação do “direito a ser tratado como um igual”. Sem a igualdade material– inclusão qualificada pela educação - não se podem conceber procedimentos igualitários e pluralistas. Sem esses não se

poderá construir a esfera pública e, logo, não se poderá pensar em um Estado Democrático de Direito no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. O Paradigma Procedural do Direito: traduções da teoria para o Direito do Trabalho e Jurisprudência Trabalhista. São Paulo: LTR Ed., 2006.

AMADO, Juan A. Garcia. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann, in Niklas Luhmann: Do Social à Teoria Jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004.

BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. Glosario Sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann.

HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Revista Estudos Avançados. São Paulo, volume 3, número 7, 1989. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 29/01/2008.

_____. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LUHMANN, Niklas. Curso de Sociologia Jurídica, volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. Sobre os Fundamentos Teórico-Sistêmicos da Teoria da Sociedade.

MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. Revista Tempo Social, 2006, vol. 18, n. 1. Disponível em <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 29/01/2008.

NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

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