

O plano de consistência do direito como processo: do sociologismo decisionista de Niklas Luhmann à teoria procedimental do direito de Jürgen Habermas

Autor: Murilo Duarte Costa Corrêa

Advogado e professor universitário.

publicado em 30.04.2009

Resumo: O presente trabalho visa a discutir a possibilidade teórica de reunir sob um mesmo plano de consistência as teorias de Niklas Luhmann e Jürgen Habermas sobre o direito. A tese central consiste em traçar, a partir de uma proposta não reducionista, o plano de consistência do direito como processo, ou construção permanente.

Sumário: Introdução. 1 Primeiro estriamento: Niklas Luhmann: da complexidade social ao sistema do direito. 1.1 Da relação direito-sociedade: apontamentos para uma (nova) sociologia do direito. 1.1.1 A crítica da sociologia precedente. 1.1.2 A ideia luhmanniana do jurídico. 1.1.3 A função do direito em Luhmann. 1.2 O direito: da função ao conceito, do processo à estrutura. 1.2.1 Conceitos fundamentais. 1.2.2 A função do direito nas sociedades complexas. 1.2.3 Modo operativo: o direito como estrutura de generalização congruente. 1.2.4 A definição de direito. 1.2.5 O direito como estrutura da sociedade. 1.3 Positividade do direito, sistema e legitimação pelo procedimento. 1.3.1 O conceito de positividade do direito. 1.3.2 Diferenciação e especificação funcional do direito. 1.3.3 Programação condicional, decisão e variação estrutural. 1.3.4 Procedimento e legitimidade. 1.4 Sumário do direito em Luhmann. 2 Segundo estriamento: Direito, Democracia e Razão Comunicativa em Jürgen Habermas. 2.1 O Direito como *medium*: facticidade e validade. 2.1.1 A verdade à

luz da razão comunicativa. 2.1.2 O agir comunicativo e a obturação do dissenso: a transcendência das pretensões de validade. 2.1.3 A validade do direito – primeira aproximação do processo democrático fundado na razão comunicativa. 2.2 Entrelaçamentos: Direito, moral e razão comunicativa. 2.2.1 Direito, princípio moral e princípio democrático. 2.2.2 Fundamentação do direito por meio do princípio do discurso. 2.2.3 O sistema de direitos como coproduto do princípio democrático. 2.2.4 A relação interna entre direito e política: reconstruindo os princípios do Estado de direito. 2.3 A democracia como processo de legitimação do direito. 2.3.1 Do poder comunicativo à formação racional do consenso. 2.3.2 Princípios do Estado de direito e razão comunicativa. 2.3.3 A construção de um conceito procedimental de democracia desde a política deliberativa. 2.4 Sumário do direito em Habermas. 3 Contiguidades: o plano de consistência do direito como processo. Referências.

Palavras-Chave: Teoria do Direito. Luhmann. Habermas. Sociologismo. Procedimentalismo. Plano de consistência do direito como processo.

Introdução

Entremeados, o sociologismo de Niklas Luhmann e a teoria procedimentalista do direito de Jürgen Habermas fazem-nos descobrir um novo território da filosofia e da teoria do direito; espaço esse que começou a ser estriado desde meados da década de 60 do século passado, na Europa, e que aos poucos invadiu, também, as realidades teóricas dos países periféricos. A importância de seu tratamento deve-se à influência produzida por tais pensamentos: atualmente, permanecem entre nós as consequências da adoção teórica de modelos ideais, cunhados para realidades sociais cujos atores arrostavam problemas diversos dos nossos – que, aliás, encontram-se mais aproximados da problemática referente à

implementação dos direitos fundamentais que da pressuposição de que tais direitos assistem a todos e que, dessa forma, seria possível pensar a teoria do discurso e a ética do agir comunicativo, por exemplo, como passível da participação igualitária e livre de coação da totalidade social.

A influência das teorias de Luhmann e Habermas, hoje, destaca-se ao tocarmos o bem-estabelecido paradigma decisionista, assim como ao perguntarmos sobre a produção intelectual brasileira sobre a democracia e os direitos fundamentais – novas panaceias emancipatórias –, não raro pululem obras destinadas à leitura das condições ideais para a legítima produção do direito e reprodução das estruturas do Estado democrático de direito, a partir do herdeiro da escola de Frankfurt.

Nossa tese central gira em torno da descrição de um mesmo território conceitual que Luhmann e Habermas logram estriar de formas diversas: o território do direito como processo, ou do direito como construção social permanente. Evidentemente, as condições sob as quais esse processo é operado numa e noutra teoria são diversas; isso, contudo, embora torne seus conceitos relativamente distantes, não logra afastá-las permanentemente. Pelo contrário, o percurso a ser realizado vai ao encontro da caracterização das conceituações que tais autores destinaram a um espaço teórico comum: o do direito como processo.

Esse *excursus*, contudo, não pode, nem deve, ser realizado a esmo, buscando tintas mais sutis para esfumçar as contiguidades dos estriamentos a fim de fazer brotar, ao fundo da tela, o plano teórico em questão. Faz-se necessário, diversamente, que esse seja um trabalho de descrição sintética não reducionista. Contra o reducionismo de uma e outra teorias a um plano teórico comum, devemos, translucidamente, interpor um

plano sobre o outro, descobrindo, ao final, as contiguidades; traçando, tão somente a partir daí, o plano teórico do direito como processo, de modo que a caracterização de tal plano de consistência não nos impeça de descobrirmos os modos peculiares de estriamento desse território por Luhmann e Habermas.

Isso evita que a riqueza teórica imanente de cada obra seja exaurida por uma descrição simplista, bem como permite que o plano teórico buscado seja traçado a partir de contornos mais consistentes. Para tanto, iniciemos por Niklas Luhmann nosso percurso.

1 Primeiro estriamento – Niklas Luhmann: da complexidade social ao sistema do direito

1.1 Da relação direito-sociedade: apontamentos para uma (nova) sociologia do direito

Esse tópico pergunta-se sobre o problema teórico a que Luhmann deseja fazer frente – **qual o móbil de seu pensamento?** Sua teoria é entranhada e tecida nos horizontes sociais – mares de possibilidades, rios de contingências. Não apenas isso: o direito é mediador das relações intersubjetivas, relações que nascem e têm sumidouro no seio social. Luhmann, entretanto, admira-se com o fato de que seus contemporâneos estudiosos da sociedade não apresentavam qualquer interesse pelo estudo do direito e de sua função na sociedade. Ora, as relações humanas, segundo Luhmann, inescapavelmente, desenvolvem-se mediadas por regras de conduta. Diante dessa verificação, o torpor jurídico dos sociólogos de seu tempo afigurava-se-lhe, para dizer o menos, inexplicável e instigante.

1.1.1 A crítica da sociologia precedente

Para Luhmann, assistiríamos a uma especialização de

sociologias – e, nessa seara, a sociologia teria sido bem-sucedida; contudo, escreve Luhmann, para que, de fato, fosse possível aos sociólogos ocuparem-se da sociologia do direito, mais que a aquisição do conhecimento jurídico-científico, demandava-se deles que fossem capazes de conceber a irrealizável tarefa de cunhar uma sociologia de totalidade(1) causando um extravasamento quanto aos objetos bem-definidos da sociologia – a exemplo da sociologia da juventude, da família ou da organização. Os sociólogos, contudo, não mais faziam do que se desincumbirem de semelhante tarefa. Diante desse panorama, os sociólogos apresentam saídas que nada mais representavam senão a reafirmação do esvaziamento da complexidade do direito, pois tais pesquisas não dependeriam “(...) de um esclarecimento prévio do próprio direito e de sua função social”.(2)

Nisso consistia a crítica do autor diante de pesquisas sociológicas que investigavam o papel do jurista, o comportamento dos tribunais perante atividades decisórias ou pesquisas de opinião sobre o direito e a disseminação do conhecimento jurídico entre a população. Tais perspectivas, embora dotadas de valor, não constituiriam, exatamente, uma proposta de sociologia do direito, pois não definem o contorno, as margens de seu objeto – o direito,(3) do qual Luhmann passaria a ocupar-se dado o desinteresse de seus contemporâneos.

1.1.2 A ideia luhmanniana do jurídico

Luhmann enuncia sua visão sobre o ordenamento jurídico conceituando-o como “uma construção de alta complexidade estruturada. Complexidade deve ser entendida (...) como a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido (...)”.(4) No caso do direito, Luhmann esclarece que tal relação de

sentido pode ser entrevista sob o plano do que é juridicamente – ou legalmente – permitido ou proibido. Exsurgem, pois, relações internas a esse campo de possibilidades: (1) a **complexidade totalmente desestruturada**, que faz desaguar no arbítrio, pois conduz à igualdade de todas as possibilidades, impossibilitando, por conseguinte, a seleção entre elas; (2) a **complexidade estruturada**, que surge, por oposição à complexidade desestruturada, quando as possibilidades mutuamente se excluem ou se limitam, dando azo a problemas de compossibilidade e compatibilidade, segundo Luhmann.(5)

O exemplo utilizado é simples, porém elucidativo: ao mesmo tempo em que uma Constituição de um Estado de direito, ao vir ao mundo, abre possibilidades comportamentais conformes a si mesma – e possibilidades que, sem ela, não seriam realizáveis –, ao mesmo tempo rechaça e impossibilita determinados comportamentos que, **sob sua égide**, tornam-se impossíveis. Por isso, fala-se em ordenamento jurídico como construção de alta complexidade estruturada: vê-se que a estrutura pode aumentar a possibilidade de um sistema social, fazendo com que seja possível dispor de “mais possibilidades para uma escolha sensata”.(6) A exclusão estratégica de possibilidades comportamentais constitui-se, pois, o meio para construir ordenamentos mais elevados que, dessa forma, garantem a heterogeneidade de suas possibilidades.

1.1.3 A função do direito em Luhmann

Em Luhmann, o direito exerce uma função essencial: possibilitar alcançar uma complexidade mais alta e estruturada dos sistemas sociais.(7) Diante dessa primeira aproximação da função do direito, Luhmann indicará o esgotamento dos métodos científicos.

Baseado na suposição de que sistemas simples exigem soluções e modos de análise diversos dos sistemas complexos, Luhmann pretenderá pesquisar “o direito como estrutura e a sociedade como sistema em uma relação de interdependência recíproca”;**(8)** isso o conduz a eleger por linha-mestra de análise a seguinte proposição: “a elevação da complexidade social exige e possibilita modificações no arcabouço jurídico. Isso leva à concepção de que a sociedade industrial moderna tem que instaurar seu direito como direito positivo e modificável por intermédio de decisões”.**(9)** Eis a função do direito: a possibilitar o atingimento de um mais alto nível de complexidade, fazendo supor um ganho na possibilidade de seleção racional.

1.2 O direito: da função ao conceito, do processo à estrutura

Na sociedade industrial, pelo fenômeno da positividade do direito, as possibilidades de modificação do direito passam, como vimos, a integrar o jurídico, e desde dentro dele. Por essa razão, Luhmann criticará o fato de, até então, não se ter concebido uma sociologia da positividade do direito digna de ser mencionada; não se encontrariam esclarecidos os processos elementares de formação do direito nem a função do direito na composição da estrutura social.**(10)** Para tanto, Luhmann postula a intervenção da teoria dos sistemas na sociologia do direito.

A partir dela, Luhmann descreveria o direito desde sua função até seu conceito, aportando nos processos de sua constituição, e, por fim, chegaria ao direito como estrutura social construída permanentemente por operação daquele processo.

1.2.1 Conceitos fundamentais

O mundo sensorial, no qual o homem se situa, é marcado pela **complexidade** e pela **contingência**,⁽¹¹⁾ escreve Luhmann. Em termos práticos, complexidade significaria dizer “seleção forçada”, e contingência “perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”.⁽¹²⁾ “Sobre essa situação existencial, desenvolvem-se estruturas correspondentes e assimilação da experiência, que absorvem e controlam o duplo problema da complexidade e da contingência”,⁽¹³⁾ explica Luhmann.

A servir-se da experiência proporcionada pelo comportamento do outro, alcança-se, em um mundo complexo e contingente, uma maior seletividade imediata da percepção; isso, porém, conduz ao aumento do risco – cria-se a **dupla contingência**, para cuja contenção não será suficiente elaborar uma estrutura estabilizada de expectativas, mas, mais que isso, será necessário desenvolver estruturas mais complexas: as expectativas.⁽¹⁴⁾

A dupla contingência fundamenta-se não apenas na expectativa que se tem sobre o comportamento do outro, mas na **expectativa sobre a expectativa** que o outro tem a propósito de meu comportamento. Isso demanda sejam traçados dois planos: “um ao nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro; o outro em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro”.⁽¹⁵⁾

Na área em que esses dois planos encontram-se integrados é que se localiza a função do normativo. Isso possibilita um acesso mais rico às possibilidades do mundo circundante e, ao mesmo tempo, ver-se livre de um maior número de desapontamentos. Isso, para

Luhmann, faz ver a importância do tu na constituição do eu.(16)

Existiriam ainda o terceiro e o quarto planos da reflexividade – das expectativas sobre expectativas de expectativas. Isso exigiria a criação de reduções e simplificações desses sistemas reflexivos cada vez mais complexos, porque, como as expectativas em tais sistemas referencializam-se mutuamente, aumenta a possibilidade de erro, dado o aumento da complexidade.(17)

Os sistemas sociais “estabilizam expectativas objetivas”, pelas quais as pessoas se orientam, logrando uma simplificação através de uma redução generalizante.(18) A vigência das normas liga-se à impossibilidade de flexibilizar a todo momento as estruturas normativas; reside, pois, na complexidade e contingência do campo da experimentação.(19)

A complexidade e a contingência acrescentam às expectativas concretas a função de uma **estrutura**; trata-se, pois, de defini-la através de sua função de fortalecimento da seletividade, pois ela possibilita uma dupla seletividade.(20) Isso na medida em que as estruturas, mediante um ato de opção raramente percebido como tal, procedem à seleção das possibilidades, restringindo as opções.(21)

Luhmann afirma que a linguagem constituiria o melhor dos exemplos: “através de sua estrutura, ou seja, da seleção prévia de um ‘código’ dos significados possíveis, permite a escolha rápida, fluente e coerente da verbalização correspondente”.(22) Eis que “As estruturas sedimentam, como expectáveis, um recorte mais delimitado das possibilidades. (...) Assim elas transformam a sobrecarga **permanente** da complexidade

no problema da experimentação eventual do desapontamento (...).(23)

As expectativas que, frustradas, podem ser adaptadas à realidade decepcionante – que podem, portanto, ser assimiladas – são denominadas **cognitivas**; as que, pelo contrário, sustentam-se enquanto expectativas e protestam contra sua decepção, são as **normativas**;(24) trata-se, então, de uma diferenciação funcional que demarca a diferenciação entre cognitivo e normativo.

As normas jurídicas constituíam “**expectativas de comportamentos estabilizados em termos contrafáticos**”;(25) isso porque, para uma expectativa, sua frustração ou atendimento são igualmente indiferentes. O que não se pode, porém, é continuar a contrapor fático e normativo, escreve Luhmann, pois toda expectativa é, em si, fática; percebe-se, ademais, que a diferença entre o cognitivo e o normativo só é, realmente, acentuada no momento de desapontamento – não antes disso.(26)

1.2.2 A função do direito nas sociedades complexas

Todo acontecimento que desvia das expectativas – positiva ou negativamente – coloca-as em xeque.(27) A clássica diferença entre norma e sanção encobriria, para Luhmann, a relação fundamental de consolidação de expectativas com o processamento daqueles desapontamentos;(028) o que ocorre é que quando “O próprio fato de que o comportamento desapontador é sentido como desvio confirma a norma”.(29) Isso torna possível manter a expectativa (normativa) contrafaticamente, valorando negativamente o comportamento desviante: “Seja qual for a explicação escolhida para o desapontamento, sua função consiste em possibilitar a manutenção da expectativa apesar de

comportamentos discrepantes”,(30) escreve Luhmann.

A relação social é desenhada em função de dois atores: o que espera e o que age. O problema é que o direito, como sistema complexo, admite a participação de terceiros, não se satisfazendo com aquela simplificação. Para Luhmann,

“o direito continua existindo como um meio de integração da sociedade em sua globalidade, representando (...) as expectativas de todos e qualquer um. (...) Sendo assim, o desenvolvimento das instituições especificamente jurídicas tinha que encontrar uma (...) solução para a discrepância entre a complexidade e a diferenciação sociais, por um lado, e os processos elementares de institucionalização, por outro lado. Ela constitui na **diferenciação de papéis especiais e de sistemas parciais com poder decisório sobre o direito, de efeito vinculativo em termos sociais globais.**”(31)

Tal processo de institucionalização é, ademais, reflexivo: as expectativas do sujeito baseiam-se nas expectativas relativas àquilo que pode esperar de seu parceiro na cena social, do mesmo modo que o terceiro anônimo – entenda-se por “terceiro anônimo” o juiz, e todos os demais – pode esperar que ambos se comportem de maneira tal que não frustrem aquilo que deles se espera.(32) É essa reflexividade do processo de institucionalização que permite que o processo seja em si mesmo diferenciado funcionalmente.

1.2.3 Modo operativo: o direito como estrutura de generalização congruente

A fim de promover a contenção da frustração de expectativas, Luhmann descreve três planos de ação do direito, ou três dimensões: a temporal, a social e a prática. Luhmann explica, pois, o modo operativo do

direito como estrutura de generalização congruente:

“(...) o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir de expectativas sobre tais expectativas. Na **dimensão temporal** essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização. Frente à crescente complexidade social, isso pressupõe uma diferenciação entre expectativas cognitivas (disposição à assimilação) e normativas, além da disponibilidade de mecanismos eficientes para o processamento de desapontamentos, frustrações. Na **dimensão social** essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja, apoiadas sobre o consenso esperado a partir de terceiros. Dada a crescente complexidade social, isso exige cada vez mais suposições fictícias do consenso e também a institucionalização do ato de institucionalizar através de papéis especiais. Na **dimensão prática** essas estruturas de expectativas podem ser fixadas externamente através de um sentido idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas. Dada a crescente complexidade social, isso exige uma diferenciação dos diversos planos da abstração. Para podermos dispor de um conceito mais amplo sobre as necessidades dessas três dimensões, falaremos a seguir de **generalização de expectativas comportamentais** e, nos casos específicos, da generalização temporal, social e prática.”(33)

Embora se fale a partir da unidade do conceito de generalização congruente, o problema mostra-se mais complexo, dado que pode haver generalizações de modelos comportamentais incongruentes entre si. Nesse momento, o direito fará sobressair sua função social, na perspectiva de Luhmann.(34) Nas sociedades complexas, o problema apontado é agravado pela fato de que

passam a existir mais expectativas que possibilidades de correspondente institucionalização:(35) “As **expectativas comportamentais generalizadas congruentemente** (...) identificamos com o **direito** de um sistema social. O direito produz congruência seletiva e constitui, assim, uma estrutura dos sistemas sociais”.(36) Assim, o direito não pode mais ser descrito simplesmente como um ordenamento coativo, mas deve ser entrevisto como um sistema de alívio para as expectativas.(37)

A coação relevante do direito demonstra-se, constitutivamente, no momento de selecionar expectativas. O direito, por otimizar a congruência das expectativas, possibilitando, assim, formas mais elevadas de generalização específica a cada dimensão, constitui, para Luhmann, uma das bases imprescindíveis da evolução social.

Dessa forma, a função do direito reside em sua eficiência seletiva a respeito de expectativas comportamentais. O direito surge, então, como uma forma de processamento de desapontamentos, seja pela imposição de sanções derivadas da mera vigência de normas, seja pelo fato de tais sanções poderem ser intensificadas em caso de insuficiência.(38)

1.2.4 A definição de direito

Em Luhmann, o direito não é idêntico à linguagem, pois a linguagem regulamenta o **como** dizer, mas não o conteúdo do dizer; a linguagem constitui uma esfera de liberdade de escolha; o direito, por sua vez, regulamenta parte do exercício dessa liberdade.(39) De toda maneira, Luhmann é levado a reconhecer que “É através da linguagem que o mundo se constitui enquanto um campo complexo congruente de escolhas, em relação ao qual torna-se problemática a expectativa sobre as

expectativas dos outros”.(40) Luhmann, então, definirá o direito como **“estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”**.(41)

Ou seja, Luhmann procura, teoricamente, enunciar procedimentos capazes de produzir a estabilização de estruturas de expectativas nas dimensões temporal, social e prática, por meio, respectivamente, da normatização, da institucionalização e da delimitação de um sentido idêntico para essas estruturas de expectativas.(42) Isso se liga a um dos conceitos que Luhmann oferecerá a respeito do direito, como um sistema de **alívio para as expectativas**. Isso o faz rechaçar, ao menos nesse ponto, a tradição juspositivista que, simplesmente, caracterizara o direito como ordem coativa, desfigurando a complexidade de seu objeto, bem como sua intimidade com o acontecimento social.

1.2.5 O direito como estrutura da sociedade

As antigas teorias sobre a sociedade desenvolviam o conceito de corpo social e consideravam o homem concreto como centro de suas atenções, com fundamento na afirmação da diferença entre humanidade e natureza. Luhmann, porém, adverte que “O sistema social, enquanto sistema estruturado de ações relacionadas entre si através de sentidos, não inclui, mas exclui o homem concreto. O homem vive como um organismo comandado por um sistema psíquico (personalidade)”,(43) a fim de que os comportamentos sociais sejam expectáveis. Por isso, para Luhmann, supera-se o direito natural para afirmar a legalidade baseada na complexidade e na contingência: “Sendo assim, o direito tem que ser visto como uma estrutura cujos limites e cujas formas de seleção são definidos pelo sistema social”.(44) Certamente, isso não faz do direito a

única estrutura social, mas, sim, uma estrutura social imprescindível, devendo ser institucionalizada ao nível da própria sociedade, que vai modificando-se de acordo com a evolução da complexidade social.

O motor da evolução social, para Luhmann, são as crescentes complexidade e contingência. Contudo, “as conquistas evolutivas devem ser estabilizadas, então as estruturas devem permitir mais ações, por seu lado mais variadas (...)”.(45) Ao mesmo tempo, e em contrapartida, as estruturas devem afiar seus processos de seleção. A partir disso, Luhmann esboça hipóteses sobre as mudanças estruturais:

“(1) O sistema social, na medida em que aumenta sua complexidade, é reestruturado no sentido da **formação de sistemas parciais funcionalmente específicos**. Isso leva a uma maior variedade, à superprodução de possibilidades de experimentação e de ação, inclusive de projetos normativos nos sistemas parciais, forçando assim uma maior seletividade.

(2) Ao desempenhar-se seletivamente, esse desenvolvimento é levado à esfera do direito através da **diferenciação de sistemas (processos) especiais de interação, específicos ao direito**, os quais se tornam sustentáculos sociais, crescentemente autônomos, das decisões jurídicas imperativas.

(3) O próprio direito é autonomizado ao nível da sociedade através de crescente **separação entre expectativas cognitivas e normativas**, e o arcabouço de suas definições de sentido assume **representações mais abstratas (mais ricas em variações) no lugar de noções concretas.**”(46)

Nesse caso, o mecanismo da institucionalização funciona como fator de seleção. A estabilização, por sua vez, é

efetuada a partir da linguagem, por meio da fixação do sentido. Os sistemas sociais podem diferenciar-se de acordo com a **diferenciação segmentária** – em que são formados diversos sistemas iguais ou semelhantes – e com a **diferenciação funcional**, segundo a qual os sistemas parciais formam-se com a finalidade de exercerem funções específicas. Um traço básico do desenvolvimento social, para Luhmann, consistiria na paulatina transformação da diferenciação segmentária para a funcional, embora reconheça que, a rigor, existam conjuntamente ambas as formas.(47)

Uma vez que os diferentes sistemas parciais provocam o surgimento de projeções normativas cada vez mais divergentes, sobrecarrega-se, no nível institucional, o fator seletivo. Isso conduz à diferenciação de processos(48) e, igualmente, à autonomia do sistema parcial em questão. O processo, mais que encaminhamento ordenado, possui estrutura como sistema social: “Os procedimentos são sistemas sociais orientados a curto prazo, constituídos tendo em vista um fim, aos quais são atribuídas funções especiais de elaboração de decisões vinculativas (...)”.(49) Importante notar que “Cada processo, enquanto sistema temporário de interação, pode ser especificado funcionalmente, mas também diferenciado e estabelecido com autonomia relativa”.(50)

Aportando no terceiro plano – da abstração do direito –, Luhmann escreverá que, quanto mais abstrato for o direito, mais possibilidade de acomodar expectativas normativas, facilitando, desse modo, a integração.(51) Resumidamente:

“(...) a **diferenciação funcional** parece ser o mecanismo primário da geração da **variedade**, da **diversidade de alternativas** e da **superprodução de**

normas, pois ela dota seus sistemas parciais com a capacidade de ver o ambiente de forma mais abstrata, e daí menos transigente e portanto mais necessitada de compensações, desenvolvendo também as respectivas expectativas. Os **processos** são antes de tudo mecanismos de **institucionalização seletiva**. Neles é decidido quais normas geram um consenso real ou presumível, tornando-se socialmente utilizáveis. Ao mesmo tempo gera-se e estabiliza-se nos processos aquela **sedimentação de sentido** que forma as normas em um contexto interpretativo, tornando-as transmissíveis. O grau de abstração e a complexidade do conjunto de normas a cada caso vigente enquanto direito dependerá de processos instaurados, e isso, por seu lado, não seria independente do tipo e do grau de diferenciação sistêmica da sociedade.”(52)

1.3 Positividade do direito, sistema e legitimação pelo procedimento

Dito isso, Luhmann passa em revista os modelos de evolução do direito, a fim de explicitar como o ganho em complexidade das sociedades ao longo da história exigiram mutações teóricas; em segundo lugar, busca explicitar de que maneira o direito positivado contribui, ao mesmo tempo, para a estabilização das expectativas enfeixadas por um estrutura de generalização congruente, e possibilita, ainda, a modificação do direito através do tempo, na medida do ganho de complexidade das relações sociais.

1.3.1 O conceito de positividade do direito

Positividade designa o caráter estatuído do direito. O que Luhmann, contudo, busca é chegar a uma definição sociológica de positividade; para isso, deveremos abandonar seus significados secundários.(53)

Criticando o conceito de fontes do direito, e sob pena de acreditarmos na onipotência de fato ou moral do legislador, Luhmann reafirma que a função do legislador, ou do jurista,

"(...) não reside na criação do direito, mas na seleção e dignificação simbólica de normas enquanto direito vinculativo. Ele envolve um filtro processual pelo qual todas as ideias jurídicas têm de passar para se tornarem socialmente vinculativas enquanto direito. Esses processos não geram o direito propriamente dito, mas sim sua estrutura em termos de inclusões ou exclusões; aí se decide sobre a vigência ou não, mas o direito não é criado a partir do nada."(54)

Para Luhmann, "o direito resulta de estruturas sistêmicas que permitem o desenvolvimento de possibilidades e sua redução a uma decisão, consistindo na **atribuição** de vigência jurídica a tais decisões".(55) Por isso, "a **vigência do direito**, por mais rigorosa que seja a cadeia causal, **estará referida a um fator variável: uma decisão**".(56) Assim, para que uma norma seja considerada vigente, na visão de Luhmann, não basta que provenha de uma fonte, de uma decisão histórica – sua vigência depende de uma decisão que refira aquela norma como vigente; a vigência do direito sai, pois, do plano normativo e atinge o plano da "experimentação constante e atual do direito".(57) Isso implica que se tenha um direito essencialmente modificável e revogável baseado em uma concepção abstrata de tempo; "Dessa forma podemos reduzir o conceito de positividade à formulação de que o direito não só é **estatuído** (ou seja, escolhido) através de decisões, mas também **vige** por força de decisões (sendo então contingente e modificável)".(58) Escreve Luhmann:

"Na perspectiva da função, portanto, a positividade do direito apenas conclui o que já tinha sido iniciado como a

distinção entre expectativas cognitivas e normativas (...).

No plano da estrutura, ao contrário, a positivação do direito significa uma reformulação interna radical. (...) Agora ela tem que referir ao sistema social que gera a redução da complexidade do direito.”(59)

Isso conduz à necessidade de fortalecer o processo decisório jurídico, a sua seletividade; para tanto, Luhmann falará acerca da **reflexibilidade da normatização**, entendendo reflexibilidade como “um processo [que] é aplicado a si mesmo, ou a processos do mesmo tipo, e só depois utilizado em termos definitivos”.(60) “A vantagem desse arranjo reflexivo reside na elevação da capacidade seletiva produzida pelo processo”,(61) tornando-se capaz de lidar com matérias de maior complexidade. Em direito, o exemplo conhecido é o das normas de produção normativo-legislativa, regulamentando a forma de seleção do direito variável.(62)

1.3.2 Diferenciação e especificação funcional do direito

Uma vez diferenciado, o sistema se insulariza, se especifica; a reflexividade torna-se possível por conta da diferenciação operada. Instaurados processos em um sistema jurídico diferenciado, definem-se – tais processos – como sistemas sociais de tipo especial, institucionalizados de forma tipológica, sendo realizados de modo único para a seleção de decisões coletivamente vinculativas:(63)

“(...) agora, o direito está mais consequentemente adequado à sua função específica de estabelecer a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, aceitando dos outros âmbitos funcionais apenas aquelas vinculações e aqueles

estímulos que sejam essenciais para essa função especial".(64)

A relação entre direito e coerção, agora, deve ser pensada como possibilidade abstrata – de o direito ser imposto –, dependendo de o direito assumir uma programação condicional. Para Luhmann, o que permite questionar o ato legislativo consiste no fato de que o direito objetivo serve, apenas, à mobilização de alternativas, que, passando por um processo de seleção, serão reduzidas a uma norma. A questão da coerção deve ser pensada em conjunto com o direito objetivo, significando a possibilidade eventual de imposição autojustificada de certa norma.

Luhmann descreve a separação entre direito e moral como uma condição de liberdade e de especificação e diferenciação do sistema jurídico. O direito também rompe com o antigo conceito cognitivo-normativo de verdade, substituindo-o pela ciência, e, igualmente, com as funções socializadoras, educadoras e edificadoras do direito. Isso demonstra o entrelaçamento entre a especificação, diferenciação e positivação do direito, e acarreta uma redefinição do objeto **jurídico**, agora entrevisto desde seu aspecto funcional, situando a justiça à margem do direito, enquanto princípio ético, ocasionando a implosão do direito natural.

1.3.3 Programação condicional, decisão e variação estrutural

O direito torna-se programação decisória por intermédio da constituição de processos para a elaboração de decisões coletivamente vinculativas.(65) Assim, o direito estabelece uma relação de **se/então** entre conjuntos de fatos e consequências jurídicas, cuja execução pressupõe um ato decisório que examine e selecione. Essa programação condicional do direito relaciona-se com a

complexidade e com a possibilidade de transformá-la em decisões congruentes às expectativas.

Afastando a noção corrente de que a norma concreta é a lei do caso particular, Luhmann destaca que a decisão jurídica tem de pretender sua generalização, implicando que casos iguais devam ser decididos de igual maneira.**(66)** O sociólogo buscará diferenciar o juiz do legislador demarcando que o comprometimento do magistrado dá-se em relação a suas decisões e às premissas a elas vinculadas – o que não ocorre com o legislador. Apenas o juiz vê-se às voltas com situações repetidas, que ensejam a generalização da decisão, o que não ocorre com o legislador, que pode registrar todos os conflitos factuais cognitivamente e forjar ou corrigir expectativas, dado que não atua sobre programas condicionais, mas através de programas finalísticos. Por isso, escreve Luhmann, sujeita-se à responsabilidade política, uma vez que dispõe de certa capacidade de autocorreção.

A positividade significa a variabilidade estrutural do jurídico,**(67)** e, para Luhmann, essa variabilidade permite resolver de forma racional, por meio de decisões equilibradas, as questões estruturais do direito. Contudo, com a positivação do direito, aumenta-se a complexidade e o risco; para que esses possam ser diminuídos, forja-se o Estado de Direito, protetor dos direitos, que visa a inverter a relação entre direito e política, apresentando a última como subordinada e limitada ao primeiro, objetivando a evitação do arbítrio.

Luhmann descreve, diante dessa nova complexidade, três crises do direito atual: a) ele não mais protege o indivíduo contra ações ilegais, pois agora o risco é estruturalmente partilhado pela sociedade em sua totalidade; b) tornou-se tão complexo que já não é

possível conhecê-lo todo; c) acometem, ao direito, assim, estratégias de trivialização, significando grande indiferença para com diversidades, conduzindo os indivíduos a não mais identificarem-se como direito e a não mais enxergarem como um assunto seu. Surge, também, o rápido crescimento de direitos não estatais – direito de negócios, ajustes, acordos reguladores,(68) podendo, mesmo que indiretamente, apoiar-se em leis, mas sem que seja possível ao jurídico capturar esse direito secundário em sua especificidade. Trata-se de um direito que se fundamenta sobre os sujeitos que o sustentam, e a generalização congruente apenas é imposta a parcelas do sistema social.

1.3.4 Procedimento e legitimidade

Normalmente definida como “o amplo convencimento fatural da validade do direito ou dos princípios e valores nos quais as decisões vinculativas se baseiam”,(69) Luhmann buscará redefinir o conceito de legitimidade, descrevendo a estrutura normativa do direito como “um misto cognitivo/normativo de expectativas sobre expectativas normativas de expectativas cognitivas sobre expectativas normativas”.(70) Assim, redefine-se o conceito de legitimidade no plano do sistema social: “Nos processos, os participantes são dotados de papéis especiais (...) dentro dos quais eles devem poder comportar-se livremente, mas apenas segundo as regras do sistema processual (...)”.(71)

Isso diminui deveras a complexidade de sua atuação, pois seu papel encontra-se codificado pelas regras pertinentes ao sistema processual. Ocorre que o processo passa a legitimar a decisão tomada pelos atores de acordo com seus papéis estritamente processuais, neutralizando os demais papéis. Eis como Luhmann redefine a legitimidade por sua função – criar uma noção generalizada de que os frustrados pela decisão vinculativa devem assimilá-la –, o

participante, no processo, submete-se a ele por intermédio de sua própria participação. “Dessa forma, **sugere-se a todos que esperem irrefutavelmente que terceiros esperem normativamente que todos os terceiro atingidos se orientem cognitivamente, isto é, dispostos a assimilar o que for normatizado por decisões vinculativas**”.(72) A legitimação não mais surge, diante disso, como uma justificação antecipada, mas, sim, como resultado do próprio processo de seleção e decisão – algo, aliás, afirmado anteriormente por Luhmann desde “Legitimação pelo procedimento”.(73)

1.4 Sumário do direito em Luhmann

Em Luhmann, o direito encontra-se integrado inescapavelmente à sociedade. Mais que isso, o direito é apresentado como um mecanismo que processa as frustrações às expectativas e, na medida em que o faz, permite uma maior integração social. Ao ordenamento jurídico, conceituado como sendo construção de alta complexidade estruturada, será atribuída a função de, por meio dos processos de positivação e institucionalização – considerando-se, desde logo, o direito como uma estrutura que favorece a generalização congruente de expectativas –, possibilitar um maior grau de escolhas sensatas abrindo possibilidades comportamentais.

Por intermédio de processos de estabilização de expectativas sociais – que logo são selecionadas e diferenciadas como normativas ou cognitivas –, torna-se possível a integração social por meio do amortecimento dos desapontamentos. O direito processa, pois, dada sua diferenciação sistêmica, expectativas – selecionando as que serão assumidas normativamente –, (74) bem como desapontamentos de expectativas: hipótese diante da qual ou o direito garante normativamente à manutenção de tais expectativas por meio de uma espécie de blindagem contrafática ou demanda que o

desapontamento seja assimilado – caso em que estaremos diante de uma expectativa cognitiva, incapaz de sustentar-se frente a um acontecimento que acarrete sua frustração.

Processos de normatização, institucionalização e fixação de sentidos para as expectativas possibilitam uma congruente generalização de expectativas comportamentais, de modo a fazer frente a uma realidade social mais complexa e contingente. Por isso afirmamos que, em Luhmann, o direito encontra-se irremediavelmente integrado à sociedade: ao mesmo tempo em que serve como estrutura às relações sociais, dotando as expectativas normativas de uma certa indiferença factual, o sistema do jurídico também se move entremeado nas malhas do tecido social. Cria-se, portanto, um círculo de mútua influência entre direito e sociedade, uma vez que o direito, de seu lado, é criado para enfrentar a complexidade social crescente, enquanto o ganho de complexidade social e o aumento do risco de desapontamentos exigem modificações no arcabouço jurídico, fazendo supor uma seleção racional das expectativas. Assim, o direito, em sua estrutura, tem seus limites e formas de seleção definidos pelo sistema social.

Em poucas palavras, considerado como estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas normativas, o direito imbrica-se à sociedade, favorecendo a integração por meio de processos que buscam sedimentar o sentido que será globalmente admitido como vinculante e ocasiona a acomodação de expectativas. Ao participar do processo, ou o ator social obtém uma decisão favorável, ou o processo lhe sugere racionalmente a natureza cognitiva de sua expectativa frustrada, impondo-se a assimilação. Eis o direito em Luhmann: um processo definido em virtude de suas funções, não de seus conteúdos. Algo

semelhante àquilo que poderemos notar em Jürgen Habermas – que, ademais, constitui nossa próxima paragem.

2 Segundo estriamento: direito, democracia e razão comunicativa em Jürgen Habermas

Nessa segunda etapa, devemos analisar as recentes ideias de Jürgen Habermas a respeito do direito, de suas condições de produção e de implementação de sua legitimidade, sob a égide de uma nova forma de razão – ou de fundamentação racional, se assim se preferir – para o discurso jurídico: a razão comunicativa.

Inventado pela modernidade como faculdade subjetiva, Habermas escreve que o conceito de razão prática foi implodido pela filosofia do sujeito. Diante disso, que ocasiona a perda dos vestígios do normativismo do direito racional, e da impossibilidade de “(...) fundamentar os conteúdos da razão prática na teleologia da história, na constituição do homem ou no fundo casual de tradições bem-sucedidas”,⁽⁷⁵⁾ o autor lançará mão da teoria do agir comunicativo, substituindo os escombros da razão prática pela **razão comunicativa**.

Isso significa que se desloca a razão do conceito moral – que orientou durante certo período da modernidade as ações dos indivíduos – ao *medium* linguístico. Esse mediador linguístico é que torna a razão comunicativa possível. Ademais, a razão comunicativa, ao contrário da razão prática, não constitui, segundo Habermas, fonte de normas para o agir, embora possua um conteúdo normativo na medida em que aquele “que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual.”⁽⁷⁶⁾ Ou seja, ele é obrigado a empreender idealizações, por exemplo, a atribuir significado idêntico a enunciados, a

levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros”;(77) defronta-se, pois, não com uma prescrição, mas com uma coerção transcendental fraca, “(...) derivada da validade deontológica de um mandamento moral, da validade axiológica de uma constelação de valores preferidos ou da eficácia empírica de uma regra técnica”.(78)

Tal razão comunicativa tem por papel possibilitar uma orientação da base de pretensões de validade, ainda que não forneça qualquer conteúdo ou indicação concreta, dado seu caráter não informativo. Veremos, mais à frente, que, para Habermas, mesmo os direitos humanos surgem como condição formal para o exercício do direito de participação comunicativa.

2.1 O direito como *medium*: facticidade e validade

2.1.1 A verdade à luz da razão comunicativa

Ao questionar-se acerca do sentido da verdade cotejado pela razão comunicativa, Habermas aproveitará o conceito de verdade em Peirce – responsável, segundo o autor, por ter complementado a guinada linguística; **verdade**, para Peirce, confunde-se com aceitabilidade racional, “como o resgate de uma pretensão de validade criticável sob as condições comunicacionais de um auditório de intérpretes alargado idealmente no espaço social e no tempo histórico”.(79)

Essa explicação de Peirce faz-nos tocar um ponto de relação entre facticidade e validade: o de que “devem ser realizáveis no mundo as condições que supomos suficientemente preenchidas para a pretensão incondicional de pretensões de validade transcendent”.(80) Eis o que desloca a tensão entre

facticidade e validade para pressupostos comunicativos, que, ainda que concebidos idealmente, devem ser assumidos factualmente por todos, quando se queira fazer passar pelo crivo da crítica uma determinada proposição.

Isso, reconhece Habermas, só é possível porque Peirce possuía como ponto de partida a prática da argumentação em uma república de eruditos. Ocorre que as mesmas estruturas, para Habermas, devem ser validadas em razão das práticas cotidianas, uma vez que “aqui também os participantes entendem-se entre si sobre algo no mundo, ao pretenderem validade para suas expressões (...)”.(81)

2.1.2 O agir comunicativo e a obturação do dissenso: a transcendência das pretensões de validade

Implantada a razão comunicativa, a linguagem passa a ser explorada pelos diversos atores sociais como fonte primária de integração social por meio de processos de entendimento, negociando e harmonizando interpretações. Unidos ao redor da pretensão de validade de suas ações de fala, os participantes constataam dissensos, criticam proposições que apontam para o reconhecimento intersubjetivo, ofertam atos de fala apontando para razões potenciais, ulteriormente resgatáveis e que, justificadas, podem ser racionalmente aceitas pela crítica – já que as verdades estão contidas nas proposições.

Dada essa condição, os partícipes devem pressupor-se capazes de orientar-se racionalmente por pretensões de validade capazes de transcender espaço e tempo de sua produção enunciativa; vale dizer, trata-se de pretensões de validade metacontextuais, no sentido de que extravasam, ou superam, o contexto espaço-temporal de

sua

produção.

Com base nessas pretensões de validade metacontextuais, Habermas buscará reconstruir as condições de integração social, conduzindo-nos ao conceito de **mundo da vida**.⁽⁸²⁾ Isso implica investigar as formas pelas quais atingimos o consenso entremeados pela tensão entre facticidade e validade.

Como Habermas reconhece, o problema típico das sociedades modernas consiste em saber como estabilizar, na perspectiva dos próprios atores, a validade de uma ordem social na qual ações comunicativas tornam-se autônomas e distintas de interações estratégicas. Com a profanação da sociedade, decai a fusão sacral entre facticidade e validade, fazendo transferir o fardo da integração social para o entendimento entre os atores sociais. Para Habermas, seguindo Durkheim e Parsons, complexos de interação devem ser estabilizados por meio do **agir comunicativo**. De todo modo, profanizado o mundo da vida, aumentam-se as chances de as interações sociais desaguarem em **dissenso**; para evitar a dissolução social é necessário obturá-lo pela transcendência das pretensões de validade.

2.1.3 A validade do direito – primeira aproximação do processo democrático fundado na razão comunicativa

De uma perspectiva empírica, Habermas reconhece a redução da validade do direito positivo como determinada pelo fato de só valer como direito aquilo que adquire força de direito através de procedimentos juridicamente válidos. Sua validade social é avaliada pelo grau em que o direito consegue impor-se mediante uma facticidade artificial ligada à ameaça da sanção. Já a legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se. Por isso, Habermas elege o processo da legislação como o

lugar privilegiado da integração social.(83) Isso pressupõe que os atores desalojem-se de seus papéis privados e assumam a condição de cidadãos, atingindo o espaço do político – desde o princípio marcadamente intersubjetivo.

Os direitos de comunicação e participação política seriam, nessa medida, constitutivos da legitimidade dos processos de legislação – o que faz com que tais direitos devam ser entendidos desde a perspectiva de pertencentes a participantes orientados pelo entendimento e por uma prática intersubjetiva; escreve Habermas: “A positividade do direito vem acompanhada da expectativa de que o processo democrático da legislação fundamente a suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas”.(84) Vale dizer: a validade do direito sustenta-se sobre sua legitimidade na medida em que se origina de um processo comunicativo no qual os cidadãos figuram como partícipes, gerando a aceitabilidade racional às normas estatuídas por meio do processo, assegurados, desde o início, por direitos de comunicação e participação. Isso tende à formação de uma vontade racional, como Habermas faz notar, buscando encontrar o nexos interno entre soberania popular e direitos humanos:

“(...) se discursos (e, como veremos, negociações, cujos procedimentos são fundamentados discursivamente) constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, o direito apoia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controversa encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. Por conseguinte, o almejado nexos interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá, se o sistema do direito apresentar condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para

uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente.”(85)

Daí se originam as autonomias privada e pública; isso faz com que os direitos humanos insiram-se como condições formais para instituir juridicamente a opinião ou a vontade na qual a soberania do povo assume figura jurídica.(86)

2.2 Entrelaçamentos: direito, moral e razão comunicativa

Ainda é necessário, antes de chegarmos definitivamente ao tema da legitimação do direito por intermédio de procedimentos democráticos institucionalizados, perscrutarmos alguns entrelaçamentos e proceder a algumas separações; dentre elas, devemos analisar como, em Habermas, direito e moral relacionam-se e como o princípio moral diferencia-se do princípio democrático – bem como de que maneira o princípio democrático é institucionalizado por meio do direito positivo.

2.2.1 Direito, princípio moral e princípio democrático

Habermas evidencia um princípio capaz de analisar a cooriginariedade do direito e da moral – eis o chamado **princípio do discurso (D)**: “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”.(87) Diferenciando princípio moral e princípio da democracia, Habermas afirmará que o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Por isso, o princípio da democracia não se encontra no mesmo nível do princípio da moral.

Assim, o autor apresenta a possibilidade racional-comunicativa de institucionalização do princípio da democracia a partir de sua positivação:

“Partindo do pressuposto de que uma formação política racional da opinião e da vontade é possível, o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada – através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação nos processos de normatização jurídica, já garantido em seus pressupostos comunicativos.”(88)

O princípio moral funciona na constituição interna de um determinado jogo de argumentação; nessa medida, constitui, discursivamente, o direito, pois participa, inevitavelmente, da comunicação na qualidade de um de seus elementos. O princípio da democracia, por sua vez, refere-se “ao nível de institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito”.(89) Assim, sobressai o princípio democrático como garantidor de um *quantum minimum* de condições de possibilidade institucionalizadas para o desenvolvimento de processos de argumentação não excludentes.

Indo mais adiante, faz-se a ocasião de examinarmos de que modo o princípio do discurso – diretivo na constituição da razão comunicativa – pode servir como ponto de apoio para fundamentação do direito em Habermas.

2.2.2 Fundamentação do direito por meio do princípio do discurso

Para oferecer resposta à questão “como o princípio do discurso pode servir de fundamento ao direito?”, o autor

explicita que o direito define as pessoas como portadoras de direitos em geral. Isso, contudo, baseia-se, segundo Habermas, no fato de que

“(...) o princípio da democracia resulta da interligação existente entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma **gênese lógica de direitos**, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um **sistema de direitos**. A gênese lógica desses direitos aparece como um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo cooriginário.”(90)

Em outras palavras, o princípio da democracia não pode prescindir do princípio do discurso nem da forma jurídica: de um lado, porque o princípio do discurso rege o processo de formação das possibilidades de uma argumentação racional; de outro, porque a forma jurídica institucionaliza aquele princípio. Isso conduziria, em Habermas, a uma gênese lógica de direitos que se afinam, como sistema, com o surgimento cooriginário, mutuamente determinado, da autonomia privada e da autonomia política. Assim, de modo simultâneo e correspondente – ou, como Habermas explicita, “circular” –, o sistema de direitos surge como garantia formal à implementação e ao exercício do princípio democrático, e o princípio democrático de formação de direitos e do código de direitos garantiria a produção desse sistema de

direitos originário.

2.2.3 O sistema de direitos como coproduto do princípio democrático

A partir disso, Habermas enuncia abstratamente as categorias de direitos que geram o código jurídico ao determinarem o *status* das pessoas. Essas categorias determinam o sistema de direitos que poderiam ser assim sintetizados:

“a) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação.

Desses direitos, são correlatos:

b) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status* de um membro de uma associação voluntária de parceiros do direito;

c) Direitos fundamentais que resultam da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual. Esses direitos garantem a autonomia privada de sujeitos jurídicos na medida em que eles reconhecem mutuamente seu papel de destinatários de leis.

d) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação de opinião e vontade, nos quais os civis exercitam a sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo. Trata-se de direitos políticos que garantem a condição de cidadãos livres e iguais.

e) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário a um aproveitamento, em igualdade de

chances, dos direitos elencados de *a* a *d*.”(91)

Tal sistema de direitos coloca a autonomia pública numa relação de pressuposição recíproca em relação ao princípio do discurso e à forma jurídica de relações interativas,(92) e faz entrever um novo problema: a necessidade de reconstrução, sob fundamentos discursivos, dos princípios do Estado de direito, a partir da relação entre direito e política.

2.2.4 A relação interna entre direito e política: reconstruindo os princípios do Estado de direito

O Estado de direito tem por objeto canalizar o poder executivo, de organização e de sanção, pelas vias do direito.(93) O poder politicamente organizado, por sua vez, constitui uma necessidade interior ao direito – pressuposta, por isso, por ele. Isso posto, o poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais. A legislação passa a incorporar, portanto, no dizer de Habermas, um poder **no** Estado.

O Estado pode servir-se do direito como um meio de organização; isso implica que não é mais tão somente o direito que conduz à legitimação do poder político: “Ao emprestar forma jurídica ao poder político, o direito serve para a constituição de um código de poder binário”.(94) Quem detém poder serve-se do direito para organizar, ao mesmo tempo em que o direito, para ter suas decisões implementadas, serve-se do poder para tal finalidade.

As relações entre poder e direito não são, contudo, plenamente horizontais; vale dizer: não basta o direito para legitimar o poder, e isso foi sentido desde os tempos modernos, marcados pela profanização do poder político. O direito só funciona como força legitimadora na medida em que se apresenta como fonte de justiça. A esse

respeito devemos lembrar que o Estado de direito surge, historicamente, como peça de contestação racional ao poder. Por intermédio do Estado de direito, a razão substituiu a fonte sagrada do direito.(95)

Lembrando Hannah Arendt, Habermas esclarece que o fenômeno básico do poder não está na imposição, mas no potencial de uma vontade comum formada em uma comunicação não coagida.(96) O poder nasceria, pois, da capacidade humana de agir e de associar-se com outros. Assim é que, para Arendt, poder diferencia-se e aparta-se de força.

O direito, na leitura habermasiana, ligar-se-ia, então, **naturalmente** a um poder comunicativo capaz de produzir direito legítimo. O poder comunicativo permite-nos atingir o surgimento do poder político, mas não a esfera de sua administração. Para isso, segundo Arendt, dependeríamos da formação e renovação comunicativa desse poder.

O exercício da autonomia política significa a formação discursiva de uma vontade comum; daí a leitura a que procede Habermas ao requerer que se considere o direito como *medium* através do qual o poder comunicativo se transforma em poder administrativo – que não se reproduz, como quisera Luhmann, mas que apresenta a capacidade de regenerar a si mesmo.

2.3 A democracia como processo de legitimação do direito

Desde essa reconstrução do sentido do Estado de direito, situando-o, agora, no contexto da razão comunicativa e interpondo-o como responsável pela regeneração do poder comunicativo, surgem novas dificuldades que realizam o percurso que parte do poder comunicativo,

passam pela legitimação do direito do que é comumente chamado por modelo procedimentalista, desaguando na proposição de uma política deliberativa, destinada a sociedades ocidentais de capitalismo avançado.

2.3.1 Do poder comunicativo à formação racional do consenso

O princípio do discurso, na participação política, possui duas funções: realizar a filtragem cognitiva de contribuições e temas e ter um sentido prático de produzir relações de entendimento **não violentas**, permitindo a liberdade comunicativa.(97) Eis o momento em que a normatização discursiva do direito e a formação discursiva do poder se entrecruzam-se. Assim, diferenciam-se permanentemente vontade política de vontade moral, em Habermas:

“(...) enquanto a vontade moralmente livre é, de certa forma, virtual, pois afirma apenas aquilo que pode ser aceito racionalmente por qualquer um, a vontade política de uma comunidade jurídica, que também deve estar em harmonia com ideias morais, é a expressão de uma forma de vida compartilhada intersubjetivamente, de situações de interesses dados e de fins pragmaticamente escolhidos.”(98)

Embora o autor reconheça que o Estado deva estar entregue à persecução dos fins coletivos, aduz que o direito não pode, por obra da teleologia do Estado, diluir-se em política, sob pena de extinguir-se a tensão entre facticidade e validade sustentada pelo direito moderno. Retomando a questão que se põe sobre direito e moral, Habermas escreve que a deontologia moral, de um lado, não serve, a exemplo do direito, a qualquer fim. Na moral, o dever surge da justeza da proposição, com pretensão de universalidade. Normas jurídicas, de seu turno, são impostas. Isso acarreta que sua validade ou

aceitabilidade racional constitua um momento que se liga à aceitabilidade social.

As normas jurídicas possuem, para Habermas, a pretensão de concordar com normas morais, isto é, pretensão de não infringi-las.(99) Embora isso ocorra, a validade de uma norma jurídica concordante com valores morais não exprime “uma autocompreensão autêntica da comunidade jurídica ou a consideração imparcial dos valores e interesses nela distribuídos ou ainda a escolha teleológica de estratégias e meios”.(100) O elemento teleológico das normas jurídicas encontra-se depositado não apenas no conteúdo e no sentido de validade das leis, mas nas contingências do processo de construção das normas.

Por meio da construção de normas jurídicas construímos racionalmente formas de vida concretas; escreve Habermas:

“Os argumentos que justificam regras morais levam a um **acordo** racionalmente motivado; a fundamentação de normas jurídicas serve para uma negociação racionalmente motivada. (...) A ideia de autolegislação, que significa autonomia moral para a vontade particular, adquire para a formação coletiva da vontade o significado da autonomia política, porque o princípio do discurso encontra aplicação a outros tipos de normas de ação, assumindo ele próprio uma figura jurídica ao lado do sistema dos direitos. O que distingue a autolegislação moral da política não é apenas a forma jurídica, mas a contingência da forma de vida, dos fins e das situações de interesses que determinam preliminarmente a identidade da vontade que se autodetermina.”(101)

Diante de um pensamento pós-metafísico e pós-convencional, a teoria do discurso torna o que se encontra pressuposto – a possibilidade da razão –

consciente, e isso a partir das regras do discurso. Os processos de formação política racional auxiliam na ponderação do que constitui fins coletivos e propõem estratégias para a consecução de tais fins; ainda, fornecem um "horizonte de orientações axiológicas, no qual se colocam essas tarefas de escolha e de realização de fins", (102) que pode "ser introduzido no processo de formação racional da vontade pelo caminho de um autoentendimento que se apropria de tradições". (103)

O tecido da argumentação permite a formação discursivamente estruturada da opinião e da vontade de um legislador político, seguindo um modelo processual que evidencia a ligação entre a normatização jurídica e a formação do poder comunicativo: ele parte de questionamentos pragmáticos (o que devemos fazer?), passa pela formação de compromissos e discursos éticos, atinge a clarificação de questões morais, chegando finalmente a um controle jurídico de normas.

No primeiro plano, é necessário que um certo saber especializado realize a filtragem das informações necessárias e confiáveis, elaborando-as corretamente. (104) Com base nas alternativas de ação baseadas naquelas informações e em preferências de fundamento axiológico que se contraditam, será realizada uma decisão consensual, mas ainda não se encontra estabelecida, na etapa pragmática, a formação racional da vontade. Prossegue a controvérsia com base em argumentos e na avaliação prognóstica das possibilidades de ação, escreve Habermas. Falhadas as possibilidades de convencimento a uma das alternativas baseadas em preferências, Habermas diz restar a alternativa da disposição cooperativa consistente em um processo de negociação não regulado, em que as relações de poder possam ser neutralizadas. (105)

O equilíbrio obtido compõe os interesses conflitantes. O

princípio do discurso deve, pois, garantir procedimental-normativamente a formação de um consenso não coagido, garantindo a todos igual participação nas negociações e poder de influência recíproca, bem como a concretização de todos os interesses envolvidos.

Habermas procura oferecer limites materiais à inovação que pode ser produzida pelo processo de formação e estruturação discursiva da vontade política; o curioso é que o faça processualmente: “O legislador político só pode utilizar suas autorizações de normatização jurídica para a fundamentação de programas de leis compatíveis com o sistema de direitos e acopláveis ao *corpus* das leis vigentes. Sob esse **aspecto jurídico**, todas as resoluções têm de ser submetidas a um exame de coerência”, (106) lembrando que o sistema de direitos é componente ou condição de vez formal – eis a maneira pela qual Habermas tenta não ser capturado pelo substancialismo de discursos que refere serem jusnaturalistas.

2.3.2 Princípios do Estado de direito e razão comunicativa

Que o poder político forme o direito, não resta dúvida; o Estado, contudo, apenas torna-se legítimo ao lograr a conversão do poder político em poder administrativo por meio do direito legítimo. (107) Eis o perfil que Habermas delinea e devota ao Estado de direito, desenvolvido na perspectiva da institucionalização de discursos e negociações.

Com fundamento no princípio da soberania popular, os participantes do processo democrático integram-se e autodeterminam-se ao criarem para si mesmos seus modos de convivência e cidadania. Assim, todo poder político resta deduzido do poder comunicativo dos cidadãos, devendo sua força legitimadora ao processo democrático, destinado a garantir um tratamento racional

dispensado a questões políticas.

A divisão das competências entre a legislação e a aplicação do direito é explicada pelo fato de os discursos e a lógica de base serem diversos, a fim de impedir uma autoprogramação. A legalidade, por sua vez, em nível administrativo, impede que a administração possa interferir na jurisdição e no processo democrático de formação das leis sob cuja legitimidade estabelece suas decisões. Eis o que Habermas chama por **princípio da proibição da arbitrariedade no interior do Estado**. Os direitos liberais, ao serem exercitados em face do poder executivo, remanescem ao fundo como direitos de defesa; Habermas reconhece expressamente, aliás, que deles nasce o sistema de direitos.(108)

Por fim, o princípio de separação entre Estado e sociedade garante, às vistas de Habermas, a esfera de autonomia social dos sujeitos, atribuindo-lhes condições de participação e comunicação políticas, indo, por isso, além do que comumente denomina-se por Estado constitucional liberal de feição burguesa. Isso tende a afirmar que “a organização do Estado de direito deve servir, em última instância, à auto-organização política autônoma de uma comunidade, a qual se constitui, com o auxílio de sistemas de direitos, como uma associação de membros livres e iguais do direito”.(109) Cria-se, pois, uma função para as instituições do Estado de direito: devem servir à garantia do processo de formação racional-comunicativo da vontade política, possibilitando, ainda, que a administração implemente e desenvolva programas legais, estabilizando expectativas e realizando fins coletivos. Assim, Habermas busca redefinir as possibilidades de fundamentação racional do direito, estabelecendo como base a razão comunicativa, fazendo entrelaçarem-se direito, discurso e democracia.

2.3.3 A construção de um conceito procedimental

de democracia desde a política deliberativa

O consenso não é a pura e simples convicção racionalmente motivada; ele manifesta o autoconhecimento e a decisão pela adoção de formas de vida.(110) Eis o que motiva a vedação habermasiana a não participantes: **todos devem tomar parte no discurso**. Apenas assim os discursos tornam-se “porosos e sensíveis aos estímulos, temas e contribuições, informações e argumentos fornecidos por uma esfera pública pluralista, próxima à base, estruturada discursivamente, portanto diluída pelo poder”.(111)

Baseada em trocas discursivas, a legitimidade é construída normativa e comunicativamente, baseada em um processo capaz de garantir sua própria racionalidade, uma vez que formalmente baseado no já citado sistema de direitos.

Conformando procedimentalmente a democracia desde a política deliberativa, Habermas parte de um resgate da centralidade dos processos políticos, que comportam negociações e argumentações.(112) A teoria do discurso, na medida em que suporta as relações comunicativas intersubjetivas, requer a institucionalização dos processos e procedimentos comunicacionais, como do jogo de deliberações; tal institucionalização é realizada pelo direito.(113)

Diante disso, esboça o pensador alemão o que denominou por **mínimo procedimentalista**, contemplando:(114) a) a participação política do maior número possível de pessoas privadas; b) a regra da maioria para decisões políticas, facilitando o estabelecimento do consenso e a obturação das possibilidades de dissensões; c) os direitos comunicativos usuais e com isso a escolha entre diferentes programas e grupos dirigentes; d) a proteção

da esfera privada.

Isso, contudo, não esgota o processo democrático. Por isso, Habermas apresenta os postulados do processo democrático baseados em Cohen:(115) a) as deliberações realizam-se de forma argumentativa por meio da troca regulada de informações e argumentos entre as partes, que recolhem e examinam criticamente propostas; b) as deliberações devem demonstrar-se inclusivas e públicas; c) ainda, devem ser livres de coações externas; d) livres, também, de coerção interna.

Tendo em vista o caráter político das deliberações, Habermas ainda postula a inclusão de outras condições, as quais:(116) a) visam a um acordo racionalmente motivado, podem ser desenvolvidas livremente e retomadas a qualquer momento; b) abrangem todas as matérias passíveis de regulação, tendo em vista o interesse simétrico de todos; c) incluem interpretações de necessidades e a transformação de preferências e enfoques pré-políticos.

Na visão de Habermas, o processo democrático é constituído por princípios gerais de justiça; de toda forma, apresenta-se relevante o laço linguístico entre os parceiros do direito. Aí se nota que as questões relativas à vida boa, para Habermas, cedem lugar à discussão do **justo**.

2.4 Sumário do direito em Habermas

Assim, denota-se que, em Habermas, o procedimento regula as condições de produção e de legitimidade do direito, mas, ao mesmo tempo, o procedimento deliberativo é formal-normativamente constituído por um sistema de direitos orientados a garantirem a participação total dos cidadãos nas deliberações políticas. A comunicação estabelecida intersubjetivamente desaloja o

sujeito de sua interioridade e o lança à comunidade na condição de interlocutor de um emaranhado de discursos racionais. O mínimo procedimental é inteiramente regulado por uma normatização que garante condições processuais de acesso e participação democrática na elaboração do direito e na formação do consenso que estabelece os modos de vida e de interação sociais.

A preocupação habermasiana passa por negar a substancialidade do sistema de direitos que serve de base para o estabelecimento do procedimento de discussão e formação racional discursivamente estruturada. Isso significa guardar atenção ao princípio do discurso, segundo o qual "São válidas as normas de ação as quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais".(117) Com fundamento nisso, a racionalidade da argumentação é garantida pelo procedimento, sem qualquer vinculação com conteúdos de qualquer natureza. Isso corrobora com a implosão do pensamento metafísico que sustentava o direito natural e as possibilidades de pensar o direito e sua legitimidade com base na verificação de sua legalidade.

O princípio do discurso exige, pois, que os participantes possam deliberar racionalmente sobre a justeza de um argumento, de uma norma e de padrões de vida. Assim, constitui-se a teia de relações que se fundamenta nas regras do discurso a serem aceitas por todos, sob pena de autocontradição performativa. Os direitos básicos surgem como condições formais de validade do procedimento democrático e fundamentam-se na aceitação como racionais das regras do discurso. Tal aceitação torna-se necessária à utilização, pelos cidadãos, do direito positivo como *medium* para regular legitimamente seus modos de vida e de convivência.

3 Contiguidades: o plano de consistência do direito

Realizado o *excursus* a propósito das obras de Luhmann e Habermas – seguindo nossa proposta não reducionista –, faz-se a oportunidade de traçarmos o plano de consistência do direito como processo, buscando as contiguidades entre Habermas e Luhmann. Os afastamentos teóricos entre um e outro autores, supomos, devem ter restado claros a partir das enunciações precedentes.

3.1 Um primeiro ponto desenha-se desde o contexto de produção teórica dos pensadores analisados. Luhmann escreve buscando descrever sistemas sociais que pudessem fazer frente às palpitações da realidade de sociedades de alta complexidade estruturada; Habermas, no mesmo sentido, produz intelectualmente visando a superar a crise produzida nas sociedades de capitalismo avançado pela profanização do direito e do poder político – perscrutando as capacidades emancipatórias do assim denominado pensamento pós-metafísico.

3.2 O segundo ponto, capaz de orientar a construção do plano de consistência do direito como processo, pode ser materializado a partir das relações que os autores logram realizar entre sociedade e direito.

3.2.1 Em ambos, ocorre a perspectiva do jurídico inextrincavelmente relacionado à sociedade. Essa relação contingencial é admitida por Luhmann ao referir que o propósito do direito é possibilitar a integração do *corpus* social. Já Habermas, de seu turno, posiciona o direito como um *medium* que, para ser utilizado em favor da constituição do regramento das relações intersubjetivas, deve ser concebido baseado no consenso formado em um espaço comunicacional de formação racional da vontade política. Vale dizer, a razão comunicativa fundamenta, tendo fiel uma base de pretensões de veracidade das

ações de fala, as possibilidades de relacionamento intersubjetivo.

Eis que a primeira relação entre direito e sociedade surge, a partir de formas diversas de estriar o mesmo plano, para colocar o direito como possibilitador normativo das relações sociais.

3.2.2 Uma segunda relação entre direito e sociedade que ainda define o segundo ponto diz respeito à perspectiva segundo a qual os autores trabalham com o conceito de ordenamento jurídico e com a respectiva ideia de legitimidade de suas normas.

Luhmann entende o ordenamento como construção de alta complexidade estruturada, a qual tem por função um ganho de possibilidades de representar uma escolha sensata. Nesse aspecto, o ordenamento representa uma espécie **de compromisso com maiores possibilidades** de seleção ou decisão racional. A legitimidade do direito é, então, alcançada mediante a participação de partes no processo, cujo desfecho deve sugerir uma das duas possíveis conclusões: a) ou a decisão alcançada satisfaz o ator social; b) ou o ator social, por haver participado do processo decisório, não deve furtar-se a assimilar o desapontamento de suas expectativas, convencendo-se de que a expectativa de seu parceiro possuía feição normativa – e não poderia, por isso, ser frustrada, posto que se sustenta contrafaticamente –, ao passo que a sua expectativa, insustentável contrafaticamente, possui acento cognitivo. Politicamente, ainda se pode ler a decisão como processo de seleção legislativa de expectativas, gravando algumas delas como normativas e, por exclusão, as demais como cognitivas. O mecanismo representativo e o sufrágio universal exercem, a esse propósito, a função de constituírem o mecanismo de legitimação.

Em Habermas, o ordenamento é trabalhado a partir da diferenciação entre a validade social do direito – que tem a ver com a eficácia atualizada das normas jurídicas – e a legitimidade do direito que, construída pela participação no processo comunicativo, é capaz de fundamentar a aceitabilidade racional das normas consensuadas.

Em síntese, o ordenamento jurídico representa, tanto em Habermas quanto em Luhmann, uma construção social.

3.2.3 Isso posto, ambos os autores tencionam retratar, também, a influência contrária; isto é, a noção de que não apenas a sociedade constrói o direito, mas o direito constrói, também, a sociedade.

Luhmann clarifica essa influência que se torna mútua ao afirmar que os processos de institucionalização, generalização congruente, estruturação e acomodação de expectativas, bem como o sistema jurídico de arrefecimento dos desapontamentos ocorridos, possibilitam que o direito promova a integração social, constituindo, assim, as possibilidades de interação entre atores sociais.

Habermas, por sua vez, demarca a questão ao enunciar que o processo comunicativo de construção de normas baseadas no consenso constrói, politicamente, as condições de vida. Em outras palavras, os processos de formação de vontade racional e de autonomia política, baseados no princípio do discurso, com observância dos pressupostos comunicativos, fazem surgir, do consenso alcançado por intermédio da discussão pública, normas que orientam modos de vida.

3.3 Dessa forma, o terceiro e último ponto constitui o laço que ata as duas pontas dessas proposições: as configurações de processo em Luhmann e em Habermas guardam uma tensão circular entre seus elementos.

Luhmann afirma que o processo, mais que um encaminhamento ordenado, é dotado de estrutura como sistema parcial, especificado ou diferenciado funcionalmente, com eficácia seletiva para proceder a processos de institucionalização, e visa a sedimentar o sentido e a acomodar expectativas, bem como a amortecer os eventuais e inescapáveis desapontamentos. Tal processo gera a integração da sociedade que, crescente em complexidade e severamente contingenciada, vê-se adstrita à consecução de processamentos de seleção de expectativas, de estruturação por normas, de alcance de mais ricas possibilidades de decisão racional, gravando as conquistas por meio da institucionalização e da fixação do sentido que reacomoda as expectativas, fazendo recair, uma vez mais, no aumento da complexidade e, por extensão, na cadeia inicial do processo.

Habermas, por seu turno, concebe que o direito deva ser legitimado não por sua validade social, mas por meio do político, o qual se fundamenta no princípio comunicativo, com raízes infiltradas na possibilidade profanizada e, portanto, pós-metafísica da razão; tal princípio, ao possibilitar o processamento comunicacional e a participação da totalidade do *corpus* social na discussão pública para o atingimento do consenso, funda a legitimidade das normas extraídas do consenso na inescapabilidade de tal participação no discurso, partilhado desde a assunção de pressupostos comunicativos que garantem a racionalidade do procedimento. Assim, para poderem utilizar o *medium* do direito para reger seus modos de vida, a sociedade deve elaborar, com base no princípio do discurso, o processo de formação racional do consenso para extrair dele tais regras.

3.4 Nota-se, portanto, a profunda circularidade que une,

processualmente, direito e sociedade no plano de consistência do direito como processo – nunca visíveis, porém, como permanentemente constituídos. Processos, ainda que no plano circulem e façam circular – estriando-lhe dessa ou daquela forma –, sempre possibilitam um novo – mas apenas na medida em que esse novo ultrapasse, sem ferir, os totens de seus códigos.

Eis, portanto, o que poderíamos arrolar como mais um ponto comum definidor: processos possuem uma dimensão normativa que abole possibilidades do novo que se mostrem incompatíveis com seus códigos. Produzem uma espécie de novo que só se produz como possibilidade codificada, inautêntica. Os códigos, por sua vez, são estruturantes dos respectivos processos. Não nos parece possível que o novo nasça em meio à circularidade, ao vicioso e ao estruturado. O novo é criação – e nela há qualquer coisa que nos desacomoda, desestrutura e destrói.

Referências bibliográficas

DE GIORGI, Raffaele. A complexidade na sociedade contemporânea. Trad.: Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowski. **Revista Sequência**. n. 28, jun./94, p. 46-54.

DUARTE, Francisco Carlos; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urqhart; CADEMARTORI, Sérgio Urqhart de. **Governança sustentável nos paradigmas sistêmico e constitucional**. Curitiba: Juruá, 2008.

DUARTE, Francisco Carlos. Decisão Judicial Urgente na Sociedade de Risco. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 54, p. 145-155, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Apresentação**. In: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília:

Universidade de Brasília, 1980. p. 01-05.

HABERMAS, Jürgen. A soberania do povo como processo (1988). In: **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. 2. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997, p. 249-305.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. 1., 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. 2., Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. Direito e moral. Tanner lectures 1986. In: **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. 2. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 193-247.

_____. Posfácio. In: **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. 2. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 307-325.

LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto**. Bologna: Il Mulino, 1990.

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

_____. **Poder**. Trad. de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: UNB, 1985.

_____. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: 1983.

_____. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo

Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. Milano: Franco Angeli, 1996.

NEVES, Marcelo. Da Autopoiese à Alopoiese do Direito. **Anuário do Mestrado em Direito**. Recife: UFPE, 1992, p. 273 – 298

ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. **Revista Sequência**. n. 28, junho/94, p. 01-13.

Notas

1. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 08.

2. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 10.

3. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 12.

4. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. loc. cit.

5. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 13.

6. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. loc. cit.

7. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,

1983. p. 13.

8. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. loc. cit.

9. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 16. Daqui sai, também, o decisionismo?

10. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 35.

11. A complexidade é conceito que enuncia que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. A contingência, por sua vez, diz-nos que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser divergentes das esperadas. Cf., a respeito, LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 45.

12. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 46.

13. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. loc. cit.

14. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 47.

15. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 49.

16. Diante disso, algumas tentativas contemporâneas de aproximar os pensamentos de Niklas Luhmann e Jacques

Lacan. Por oportuno, indica-se a leitura de DUARTE, Francisco Carlos. Decisão Judicial Urgente na Sociedade de Risco. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 54, p. 145-155, 2007.

17. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 50.

18. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 52.

19. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 53.

20. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 54.

21. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. loc. cit.

22. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. loc. cit.

23. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 55.

24. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 56.

25. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,

1983. p. 57.

26. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 58.

27. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 66.

28. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 67.

29. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. loc. cit.

30. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 71.

31. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 92.

32. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 93.

33. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 109-110.

34. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 110.

35. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,

1983. p. 111.

36. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 115.

37. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. loc. cit.

38. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 116.

39. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 120.

40. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 120-121.

41. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 121.

42. ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. **Revista Sequência**. n. 28, jun./94, p. 09.

43. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 169.

44. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 170.

45. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,

1983. p. 173.

46. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 175.

47. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 176.

48. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 177. i. e, "de sistemas de interação que são realizados para a seleção de decisões jurídicas". Idem, ibidem, loc. cit.

49. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 178.

50. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. loc. cit.

51. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 180.

52. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 181.

53. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 07.

54. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 08.

55. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. loc. cit.

56. Idem, ibidem, loc. cit.

57. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 09.

58. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 10. Aqui, pode-se perceber nitidamente a influência que Luhmann teve sobre as teorias decisionistas do direito.

59. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 12-13.

60. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 13.

61. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 14.

62. A propósito, eis o papel que Luhmann atribui à Constituição.

63. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 18.

64. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 19.

65. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**.

Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 19. Programa: "significa que os problemas podem ser definidos especificando-se as condições restritivas de suas soluções (...) e que eles são solucionáveis através de decisões baseadas nessa definição; além disso, o caráter programático significa que mesmo essa definição do problema é realizada por processos decisórios e é testada também por decisões". [loc. cit.]

66. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 34-35.

67. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 42.

68. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 53. Algo, aliás, bastante característico do paradigma decisionista contemporâneo.

69. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 61.

70. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 67-68.

71. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 65-66.

72. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 67.

73. LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo**

procedimento. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

74. E eis, novamente, um dos pontos de fuga para as teorias decisionistas do direito, como já apontamos outrora.

75. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 19.

76. É digna de nota, nesse ponto, a influência que Karl Otto Apel e sua ética do discurso tiveram sobre o pensamento de Jürgen Habermas.

77. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 20.

78. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. loc. cit.

79. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 33.

80. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 33.

81. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,

2003. p. 34.

82. Para Habermas, “O mundo da vida, do qual as instituições são uma parte, manifesta-se como um complexo de tradições entrelaçadas, de ordens legítimas e de identidades pessoais – tudo reproduzido pelo agir comunicativo”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 42.

83. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 52.

84. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 54.

85. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 138.

86. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 139.

87. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 142.

88. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,

2003. p. 146.

89. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. loc. cit.

90. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 158.

91. Cf. a respeito, HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 159-160.

92. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 165.

93. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 169.

94. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 181.

95. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 185.

96. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,

2003. p. 187.

97. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 191.

98. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. loc. cit.

99. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 196.

100. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. loc. cit.

101. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 197.

102. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 202.

103. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. loc. cit.

104. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,

2003. p. 206.

105. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 207.

106. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 210.

107. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 212.

108. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 218.

109. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 220.

110. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 227.

111. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 227-228.

112. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 2. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.

09.

113. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 2. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 21.

114. Cf. a respeito HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 2. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 27.

115. Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 2. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 29.

116. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 2. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 30.

117. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 142.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

CORRÊA, Murilo Duarte Costa . *O plano de consistência do direito como processo: do sociologismo decisionista de Niklas Luhmann à teoria procedimental do direito de Jürgen Habermas*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 29, abril. 2009. Disponível em:

< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao029/murilo_correa.html>

Acesso em: 20 ago. 2009.